TECNOLÓGICO DE MONTERREY

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

DERECHOS INDIVIDUALES E INTEGRACIÓN REGIONAL (ANTOLOGÍA)

Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani
Coordinadores

ISEG
Roma-Perugia-México

Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)

Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani

Coordinadores

ISEG

Roma-Perugia-México

PROPIEDAD LITERARIA RESERVADA

©*Copyright 2013 by*
Istituto per gli Studi Economici e Giuridici - "Gioacchino Scaduto"
Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di Medicina Sperimentale e Scienze Biochimiche
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – Campus de Ciudad de México

Roma – Perugia – México

ISBN 978-88-95448-41-1

Este libro forma parte de las actividades del Proyecto "IR&RI - Individual Rights and Regional Integration", financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme. Proyecto n. 528610

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra. La infracción de los de-rechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual.

Impreso en Italia, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Gioacchino Scaduto" s.r.l.
Spin-off dell'Università degli Studi di Perugia, Via Margutta, 1/A – Roma por Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di medicina sperimentale y Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – Campus de Ciudad de México

NIF-IVA IT 08967801005

Derechos reservados

Coordinadores del Proyecto IR&RI: Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia); Mario I. Álvarez Ledesma (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey - CCM)

Comité científico del Proyecto IR&RI: Rainer Arnold (Universität Regensburg); Hadley Christ (University of Brighton); Valentina Colcelli (Università degli Studi di Perugia), Juan J. Faundes (Universidad Católica de Temuco), Manuel Hallivis Pelayo (Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, D.F.); Víctor M. Martinez Bulle-Goyri (Universidad Nacional Autónoma de México), Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares), Juan P. Pampillo Baliño (Universidad Anáhuac; Escuela Libre de Derecho), Hellen T. Pacheco (Universidad de la Frontera); Luz Pacheco Zerga (Universidad de Piura); Massimo Paradiso (Università degli Studi di Catania); Calogero Pizzolo (Universidad de Buenos Aires); Antonio Palazzo (Università degli Studi di Perugia); Susana Sanz Caballero (Universidad Carlos Herrera); Andrea Sassi (Università degli Studi di Perugia); Francesco Scaglione (Università degli Studi di Perugia); Giovanni Semeraro (Universidade Federal Fluminense de Niteroi); Stefania Stefanelli (Università degli Studi di Perugia); Ferdinando Treggiari (Università degli Studi di Perugia); Andrea Trisciuglio (Università degli Studi di Torino).

Segretaria editorial: Rossana Riccini (Università degli Studi di Perugia)

ÍNDICE

Preamble pag. 13
Andrea Sassi

Introducción

Individual rights and models of international cooperation » 19
Mario I. Álvarez Ledesma, Roberto Cippitani

1. Individual rights and legal system. » 19
2. Legal subjects within the international law. » 24
3. The internationalisation of human rights. » 27
4. The Regional Model. » 33
5. The courts and the construction of the Regional Legal Order. » 36
6. The "regional approach" to legal interpretation. » 44
7. The supranational model of integration. » 51
8. From the economic rights toward the status of European Union's citizenship. » 56
9. Individual rights in the international integration processes: some conclusive observations. » 63

Primera parte
PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN AMÉRICA: REALIDAD EN CONSTRUCCIÓN

La integración regional y los derechos individuales a la luz del derecho internacional y de integración » 69
Alicia Gutiérrez González

1. Introducción. » 69
2. La evolución de los procesos de integración a nivel internacional y regional: aspectos económicos. » 70
3. La protección de los derechos individuales en el ámbito del derecho internacional, regional y del derecho de integración. » 95
4. Conclusiones. » 104

Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América pag. 107
Juan Pablo Pampillo Baliño

1. Presentación del tema. » 107
2. Importancia del derecho comunitario y del derecho común. » 108
3. Integración regional y derecho comunitario. » 111
4. El derecho comunitario y común europeo como base de una nueva dogmática global. » 121
5. Retrospectiva y actualidad de la Integración Jurídica Americana. » 133
6. Algunas reflexiones (económicas, políticas, sociales y jurídicas) sobre la integración americana. » 152
7. Hacia un nuevo ius commune americano. » 159

La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea » 167
Carlos Francisco Molina del Pozo

1. Derechos de ciudadanía. Introducción. » 167
2. Análsis de la ciudadanía europea en los Tratados. » 169
3. Posible ampliación del concepto de ciudadanía de la Unión. » 175
4. Consideración de otros posibles derechos de ciudadanía. » 179

Las dicotomias en el derecho » 183
Leticia Bonifaz Alfonzo

1. Marco Teórico. » 183
2. Problemas específicos del derecho. » 188
3. Igualdad/ Desigualdad _ Igualdad/Diferencia. » 200

Libre circulación de personas: alcance y límites » 205
Calogero Pizzolo

1. Nociones preliminares. » 205
2. La cuestión en la Unión Europea. » 207
3. La cuestión en el Mercosur. » 231
4. La cuestión en la Comunidad Andina de Naciones (CAN). » 243
5. Consideraciones finales. » 249

Secunda parte
DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN REGIONAL

Derechos humanos y democracia como factor de integración regional pag. 253
Víctor M. Martínez Bullé Goyri

1. Introducción. » 253
2. La democracia en América Latina. » 260
3. El desarrollo constitucional de los derechos humanos. » 265
4. El obstáculo de las condiciones sociales. » 269

El control en el sistema interamericano de derechos humanos. Hacia una restructuración del sistema. » 275
Manuel Becerra Ramírez

1. Introducción. » 275
2. El control de convencionalidad. » 277
3. Del Caso Almonacid a la evolución actual del CC. » 278
4. ¿Hasta dónde pueden llegar los efectos de las sentencias de la Corte IDH? » 283
5. ¿Control sobre el control? » 285
6. Los minus en el sistema interamericano. » 287
7. Hacia el fortalecimiento de la Corte IDH. » 289
8. Conclusiones. » 292

La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos » 293
Luis Castillo Córdova

1. Introducción. » 293
2. El ámbito jurisprudencial nacional: La posición jurídica del TC. » 294
3. El TC como comisionado del Poder constituyente. » 297
4. El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad. » 299
5. El TC como creador de derecho constitucional. » 303
6. La posición jurídica de la Corte IDH. » 306
7. La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional. » 309
8. La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH. » 310
9. La Corte IDH como creadora de derecho convencional. » 317
10. La Corte IDH como controladora de convencionalidad. El juicio de convencionalidad. » 326
11. Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal. » 328

12. Implicancias de las posiciones jurídicas de la Corte IDH y del TC. pag. 331
13. ¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad? » 333
14. ¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional? » 336
15. A modo de conclusión: No es un mero juego de palabras. » 340

Los derechos humanos en el Mercosur » 343
Andrea Mensa González

1. Consideraciones prelimares. » 343
2. Los derechos humanos en la normativa mercosureña. » 345
3. Antecedentes en materia de derechos humanos. » 349
4. Declaración socio-laboral del Mercosur (Río De Janeiro, 10 de diciembre de 1998). » 352
5. Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur. » 355
6. Campaña de información y prevención del delito de trata de personas - Decisión cmc nº 12/06. » 356
7. Observatorio de la democracia del Mercosur. » 357
8. Instituto social del Mercosur. » 357
9. Acuerdo entre los estados parte del Mercosur y estados asociados sobre cooperación regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad. » 358
10. Instituto de políticas públicas de derechos humanos del Mercosur. » 359
11. Solicitud de opinión consultiva ante la corte interamericana de derechos humanos presentada por la Argentina, Brasil, Uruguay Y Paraguay. » 362
12. Conclusion. » 364

Hacia la integración regional a través de los derechos fundamentales: el caso de la unión europea como historia de un éxito » 367
Susana Sanz Caballero

1. Introducción. » 367
2. Evolución. El vacío de los tratados constitutivos. » 368
3. El Tribunal de Justicia como motor de la integración europea: su liderazgo en la protección de los derechos fundamentales. » 372
4. Opciones para salvar la laguna del derecho originario en materia de derechos fundamentales. » 398
5. Aportación del Tratado de Lisboa a la integración de los derechos fundamentales en Europa. » 410
6. Conclusiones. » 415

Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizados socialmente pag. 417
Juan Jorge Faundes Peñafiel

1. Introducción » 417
2. Reformas a la Justicia y procesos de integración en América Latina. Algo más que un horizonte de Derechos Humanos. » 423
3. La neoliberalización global y su impacto en América Latina como contexto de la "Emergencia Indígena". » 425
4. La "emergencia Indígena" en América Latina y la criminalización de la protesta mapuche. » 433
5. La "criminalización de la demanda mapuche" ¿una crítica política o un problema de derecho? » 438
6. Estándar internacional de derechos humanos. » 440
7. La interpretación evolutiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. » 442
8. El "debido proceso" como estándar normativo de derechos humanos. » 443
9. El principio de proporcionalidad. » 446
10. Derecho a la igualdad procesal. » 448
11. Principio de investigación racional y justa. » 448
12. Las garantías judiciales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. » 450
13. Principales conclusiones del estudio de casos en Chile. » 451
14. Prisión preventiva de imputados mapuche y cumplimiento del estándar internacional de derechos humanos. » 464
15. Situación mapuche en torno al estándar mínimo de prisión preventiva. » 469

Derechos sociales e integración » 477
Luz Pacheco Zerga

1. Introducción. » 477
2. Los derechos humanos de primera generación. » 479
3. Los derechos humanos de segunda generación. » 486
4. Los derechos sociales en la Comunidad Andina de Naciones. » 492
5. Los derechos de tercera generación en la CAN y en la UE. » 497
6. Los cánones de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de solidaridad en los procesos de integración. » 502
7. Conclusiones. » 510

Las patentes en medicina y su vínculo con el derecho a la salud como un derecho humano integral pag. 515
Iliana Rodríguez Santibáñez

1. Introducción. » 515
2. Del origen de la propiedad al concepto de la propiedad industrial. » 519
3. El régimen jurídico de las patentes en el ámbito internacional. » 526
4. Disposiciones internacionales que generan correlación del binomio propiedad industrial y derechos humanos en la sociedad del conocimiento. » 538
5. La diferencia de criterios entre países desarrollados y menos desarrollados. » 543
6. Conclusiones. » 549

The integration of religion within the European Union » 551
Hedley Christ

1. Introduction. » 551
2. The Meaning of Religion and Religious Bodies. » 552
3. A Dialogue Between Religious Bodies and the European Union. » 555
4. Religious freedom. » 559
5. Laïcité Positive et Laïcité Neutre. » 567
6. EU Position Concerning Third Countries. » 569
7. Conclusion. » 570

Tercera parte
PERSPECTIVAS DE INTEGRACIÓN

Private law instruments as way of EU regional integration » 575
Valentina Colcelli

1. Instruments of private law and incentivising of regional process in European Union. » 575
2. Individual rights as construction of the EU legal system. » 578
3. A joint reconstruction between liability in horizontal and vertical relationships. » 582
4. Discretion and personal non-contractual liability. » 585
5. The guarantee of the EU legal system troughs the contractual liability and compensation for damages suffered. » 586
6. Non-wrongful conduct of Member States and recovery of sums paid but not due. » 588
7. Unimplemented Directives in the relationships between private individuals: a control system at the discretion of Member States. » 590
8. Conclusion. » 594

Propiedad intelectual en la integración de chile a los mercados internacionales. El desafío de la preservación de los derechos indígenas sobre su patrimonio intangible pag. 599
Hellen T. Pacheco Cornejo

1. Introducción. » 599
2. Expansión de las normas de Propiedad Intelectual. » 603
3. Patrimonio intangible de los Pueblos Indígenas. » 618
4. Jurisprudencia asociada al tema. » 623
5. Sugerencias y conclusiones. » 630

El nuevo reglamento europeo de protección de datos: hacia un derecho uniforme supranacional » 631
Emilio Suñé Llinás

1. La necesidad de una protección de datos personales uniforme para toda Europa. » 631
2. Legitimación del tratamiento de los datos personales: prohibición del consentimiento tácito. » 634
3. El derecho a la información y los derechos de los niños. » 637
4. Derechos de acceso, rectificación y cancelación: la cuestión de la portabilidad y del derecho al olvido. » 639
5. El responsable del tratamiento y sus obligaciones: no hay que notificar los ficheros. » 642
6. Encargado del tratamiento: obligatoriedad del encargado independiente o delegado de protección de datos. » 645
7. Seguridad de los datos, evaluación de riesgos y violaciones de datos. » 648
8. Las P. E.T.: protección de la intimidad desde el diseño y por defecto. » 650
9. Las autoridades de control: el principio de ventanilla única europea. » 651
10. Simplificación de los flujos transnacionales de datos: decisiones de adecuación y normas empresariales vinculantes. » 653

Notas actuales en torno a la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores y la mediación » 657
Nuria González Martín

1. Introducción. » 657
2. Guía de Buenas Prácticas en Mediación. » 673
3. Mediación familiar internacional: desafíos y especialización. » 682
4. Desafíos para el Derecho Internacional Privado Cooperación entre Autoridades. » 683
5. Derecho aplicable o conflictos de leyes. » 686

6. Asuntos migratorios. pag. 689
7. Cargos penales. » 690
8. Especialización y formación. » 696
9. La distancia y la tecnología de comunicación (Online Dispute Resolution -ODR-). » 710
10. Conclusiones. » 724

*Sobre la indemnización expropiatoria (*pretium emptionis*) en la experiencia romana* » 727
ANDREA TRISCIUOGLIO

1. Premisa. » 727
2. Indemnización expropiatoria en las fuentes jurídicas. » 731
3. Observaciones finales. » 740

Andrea Sassi*

PREAMBLE

The present work is one of the outcomes of the Research and Information Project IR&RI – Individual Rights and Regional Integration, funded by the EACEA (Education, Audiovisual and Culture Executive Agency) in the context of the Jean Monnet – LifeLong Learning Programme of the European Union.

The idea of the Project comes from the scientific cooperation between the Università degli Studi di Perugia and the Tecnológico de Monterrey (Departamento de Derecho, Campus de Ciudad de México).

The two Universities, during the last five years, have been studying the legal and social implications of the processes of international and regional integration, both in Europe and Latin America.

Several events (summerschool, seminar, congress), publications (books and reviews), exchange programmes of lecturers and students and other activities have been carried out.

Especially, one important result of that cooperation was the establishment of the Doctorate Course «Knowledge-Based Society and the Legal Discipline of the Common Market: Interdisciplinary Aspects of the European and international Integration».

In this framework the two Universities have submitted to the EACEA the Project IR&RI which aims at promoting the reflection about how the process of the international integration may impact, at different level, to the elaboration of the application of the individual rights.

The starting point of such a reflection was the experience of legal system of the European Union, which has been built on the recognition of the rights

* Coordinador del Curso de Doctorado «Sociedad del Conocimiento y la Disciplina Jurídica del Mercado Común: aspectos interdisciplinarios de la integración europea e internacional», Universitad de los Estudiantes de Perugia.

directly to the natural persons and other legal subjects, since the Van Gen en Loos case-law. Such individual rights are enforced by the Court of Justice. The enforceability of the right supports the «*primauté*» of the supranational legal system and contributes to the European integration.

The European Union primarily concerned with economic actors and the free market. Now the community laws impact on the lives of its citizens and they regulate matters regarding the personal sphere of the people (like the familiar relationships, the status of persons, social rights, et.). Such an impact has been enhancing in application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and of the European Convention on Human Rights, which has been constitutionalised by the article 6 Treaty EU.

On the other hand, one can observe that also in the other processes of regional integration, the individual rights are, at the same time, the aim and the instrument of the cooperation between States and legal system.

Is the case of the regional integration put in place in Latin America.

As happened in the Europe, such processes are inspired by economic reasons: Mercosur, Comunidad Andina, TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), SICA (Sistema de Integración de Centro América), etc. born in order to establish common regional markets.

Howsoever the Latin America Region (or Regions) is developing other kinds of integrations, in particular those concerning cultural and political aspects (see the recent experience of Unasur).

The regional organisations in that area are focusing their attention to exclusively economic aspects of the integration. Mercosur, SICA and the Comunidad Andina, for example, take into consideration the safeguard of the environment, and the protection of the workers and of the consumers; other aspects have been considering like the harmonisation of the educational systems.

Moreover the Countries of the Latin America stipulated between them a Convention on Human Rights which is granting the democratic and cultural development of the entire Continent.

The Corte Interamericana de los Derchos Humanos and the other supranational Courts of the Regions (like the Tribunal de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente del Mercosur) support those regional integration processes.

The regional Courts, which take as model the European Courts (The ECHR and the Court of Justice), are elaborating legal notions which are very important in a legal integration of the Continent. In particular such Courts recognise rights and other kinds of legal positions of the subjects, in particular of the natural persons.

The Project IR&RI aimed at studying the influence of the legal integration on the individual rights arising from the several branches of law, mainly: public and administrative law; civil law; procedural law; penal and fiscal law; labour law; commercial law.

Furthermore, the research had to take into consideration several aspects of the legal integration processes, as those concerning the general theory, the philosophy of law, the history of law.

Therefore, in order to achieve the aims of the Projects was needed to bring together scholars with different skills, coming from universities both European and Latin American and, from the different regional blocks of the American continent.

In the end, the scholars involved in the Project, who contributed to the publications and the events, were more than 60, belonging to more than 20 universities of several European and American Countries: Università degli Studi di Perugia, Sapienza – Università di Roma, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – CCM, Universidad de Alcalá de Henares, Universität Regensburg, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Piura, University of Brighton, Universidad Católica de Temuco, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Universidad de Buenos Aires, Escuela Libre de Derecho, Universidad de la Frontera, Universidad de La Sabana, Universidad Anáhuac, Università degli Studi di Catania, Universidad de Murcia, Universidad Carlos Herrera (Valencia), Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), Universidad Complutense de Madrid, Università degli Studi di Torino.

Taking into consideration the role of the Courts in the legal integration process, it was important to involve judicial institutions and professionals. Indeed the research group also includes judges and other officials and lawyers operating within bodies as Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México); Suprema Corte de Justicia de la Nación (México); Consejo Superio de la Magistratura and the judicial bodies of the Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo (Brazil); Academia Mexicana de Derecho Fiscal.

The results of such cooperation are an anthology of the papers of the scholars participating to the research and a dictionary including more than 100 entries concerning the topics related to the individual rights and regional integration. The latter work intends provide the scholars and the professionals (in particular judges, lawyers, officers) with an instrument rigorous but easy to use, showing the rights recognised by two regions of the world.

Much more important has been the result to establish a network of scholars and professionals passionate about the idea of building an integration between rights, nations and people.

The hope is that the research work carried out under the Project will be the base of the future analyses, putting in evidence the importance of the comparison and cross fertilization between the different approaches in the regional legal integration.

A special tanks goes to the members of the scientific committee who, with prestige and friendship, made possible the realization of the activities of the Project: Rainar Arnold (Universität Regensburg); Hadley Christ (University of Brighton); Valentina Colcelli (Università degli Studi di Perugia), Juan J. Faundes (Universidad Católica de Temuco), Manuel Hallivis Pelayo (Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, D.F.); Víctor M. Martinez Bulle-Goyri (Universidad Nacional Autónoma de México), Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares), Juan P. Pampillo Baliño (Universidad Anáhuac; Escuela Libre de Derecho), Hellen T. Pacheco (Universidad de la Frontera), Luz Pacheco Zerga (Universidad de Piura), Calogero Pizzolo (Universidad de Buenos Aires), Antonio Palazzo (Università degli Studi di Perugia), Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid); Susana Sánz Caballero (Universidad Carlos Herrera); Andrea Sassi (Università degli Studi di Perugia), Francesco Scaglione (Università degli Studi di Perugia); Giovanni Semeraro (Universidade Federal Fluminense, Niteroi); Stefania Stefanelli (Università degli Studi di Perugia); Ferdinando Treggiari (Università degli Studi di Perugia); Andrea Trisciuglio (Università degli Studi di Torino).

Introducción

Mario I. Álvarez Ledesma [*]
Roberto Cippitani [**]

INDIVIDUAL RIGHTS AND MODELS OF INTERNATIONAL COOPERATION [***]

Summary: 1. Individual rights and legal system. — 2. Legal subjects within the international law. — 3. The internationalisation of human rights. — 4. The regional model. — 5. The courts and the construction of the regional legal order. — 6. The regional approach to legal interpretation. — 7. The supranational model of integration. — 8. From the economic rights toward the status of European Union's citizenship. — 9. Individual rights in the international integration processes: some conclusive observations.

1. — *Individual rights and legal system.*

Individual rights, a concept today so basically linked to the idea of legal system itself [1], could be studied from various perspectives by all human sciences [2].

Even if one intends to consider the individual rights only from the legal perspective, the elaboration of a general concept is very difficult, due to the

---

[*] Tecnológico de Monterrey.

[**] Università degli Studi di Perugia.

[***] This paper arises from the collaboration of the two authors. Anyway the paragraphs should be attributed as follows: the paragraphs 1, 2, 3, 9 to Mario I. Alvarez Ledesma; the paragraphs 4,5,6,7,8 to Roberto Cippitani.

[1] The legal systems are built on particular representations of the world which the jurists call «cases». The case could be analised trough its composing elements defined as «subjects», «objects», «conduct» (prescribed, prohibited, permitted, et.), «interests», etc. In particular, the cases regulated by the law indicate a legal subject who is expected to have a specific conduct and (al least) an other one who is entitled, who has the rights, to claim such a conduct. Therefore, the reference to a subject (the «*Zurechnung*» for Hans Kelsen) has the technical function to attribute the legal consequences arising from the fulfilment or not fulfilment of a norm. The concept of rights, from the formal point of view, arises from that need of subjective reference, without which the norm is not applicable.

[2] See W. Cesarini Sforza, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss.

different definitions which may be found within the various legal systems and ages.

In the ancient age, the roman law was more than a notion of the right referred to a subject. It was a set of actions which were used in different manners, granting the protection of the patrimonial interests of the legal subjects (*pater familias* and other *sui juris* persons; few typologies of legal subjects different from the natural persons).

In the Middle Ages, at the centre of the social ideology were not the persons but the categories (according to Jacques Le Goff: nobles, merchants, farmers and religious) [3], to which they belonged on the basis of strict and unchangeable criteria [4].

During the eighteenth century, the political philosophy inspired by theories as the jusnaturalism and contractualism, aimed to establish new principles of political legitimacy to justify the power of the States.

The most important part of this theory of justice, is that which completely outlines new moral, political and legal principles focused on the human person, a being endowed with reason and moral attributes, who is entitled to rights, such as autonomy and human dignity [5].

The rights of the law of nature were formalised in the «*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*» of 1789 and in the contemporary «Bill of Rights», the first ten amendments to the Constitutions of the United States of America.

Moreover in Europe such solemn declarations had not great consequences on the national legal systems, with exception of the formal reference included in the Constitutions «*octroyées*» of the XIX century, considered as limitations to the powers of the absolute monarchies.

The Enlightenment introduced also the idea that the State had to act in order to solve the problems affecting the society, as in the thought of Ros-

---

[3] J. Le Goff, *L'Homme médiéval*, Paris, 1994.

[4] G. Alpa, *Status*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013.

[5] See M. I. Álvarez Ledesma, *Derechos Humanos y Políticas Públicas: la función de los derechos humanos en las políticas públicas,* in A. Rossi, L. E. Zavala (coord. by), *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México*, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, México, 2010, pp. 117-153.

seau and Condorcet [6], in particular the poverty, as proposed by Luis Vives (*De Subventione Pauperum Sive de Humanis Necessitatib*us of the 1526).

However, until the twentieth century, the concepts of individual rights and the duties of the States were conceived more as a political and moral plan [7], rather than as poles of a legal relationship between State and the legal subjects.

The legal concept of right had greater development in the private law.

During the nineteenth century, the European jurists focused their studies on the roman law, considered as the higher expression of the human way of understanding legal relationships (as Bernhard Windscheid says in his *Lehrbüch des Pandektenrechts*), in order to give coherence to the extreme fragmentation of the local legislations.

Therefore the «Pandectists», for the first time, used the notion of «system» referred to the law as whole, introducing the concept of «subjective right», as the pivot of the system itself.

According to Windscheid the subjective right is to be considered as «power of the will» recognised by the law to a legal subject. Such a power may be also attributed by the contracts or other acts, anyway provided by the law.

The idea of the rights as power of will was elaborated under the private law, to outline the discipline of the relationship between private persons, especially the relationships concerning the patrimony.

As a result of that tradition, the civil codes have been dealing with patrimonial relationships, concerning obligations and property rights (see for example the thought of Savigny in the *System des heutigen römischen Rechts*), and the instruments in order to transfer them from a subject to another one.

Fields such as the family law, which have not only patrimonial implications, were considered only from the patrimonial point of view.

---

[6] G. Peces-Barba Martinez and oth., *Historia de los Derrechos fundamentales*, t. II, *Siglio XVII*, vol. I, *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, 2001, p. 211.

[7] In particular see the history of the elaboration of the rights of poor people: B. Tierney, *Medieval Poor Law*, Berkeley-Los Angeles, 1959; G. Couvreur, *Les pauvres. Ont-ils des droit?*, Roma, 1961, p. 91 ss.; K. Pennington, *The History of Rights in Western Thought*, in *Emory Law Journal* 47, 1998, 237 ss.

Nevertheless, not only the patrimonial interests were emerging. As Antonio Palazzo affirms, during the entire history of the legal culture, it is possible to identify the use of the so called «permanencies» [8], fundamental values of the legal systems, which in the past were expressed through principles such as «Good faith» or «Equity».

The first half of the twentieth century was the moment of the exacerbated nationalisms and authoritarianisms that led to the destructive wars and to the mortification of the rights.

As result of that terrible period, the Constitutions approved after the Second World War, anticipated by the brief but significant experience of Weimer, the change from the notion of the individual rights, establishing the relationship between State and human rights at the base of a «New Constitutionalism» [9].

Thus was born the rule of law [10], legally binding to respect and to protect political, civil, but also social rights, based on the principles of solidarity and of the effective (not only formal) equality [11].

The constitutionalisation had several consequences on the legal concept of individual rights.

The Constitutions sated that the rights must be recognised not only to the citizens, but also to all the people [12].

The protected rights do not deal only with the patrimonial sphere of the persons. In this case, the patrimony becomes just a dimension of the personality [13].

---

[8] See A. PALAZZO, *Permanencias* and A. SASSI, *Derechos civiles patrimonialmente neutros*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[9] R. SEPULVEDA IGUÍNIZ, *El Reencuentro de los Derechos Humanos y el Estado, a través de la Constitución,* in *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 2004.

[10] See, among others, R. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, *El Estado de Derechos*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[11] M. MAZZIOTTI, *Diriti sociali*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XII, 1964, p. 804 ss. See also, R. CIPPITANI, *Solidaridad*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.; Id. *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, 2010.

[12] See L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil,* 3ª edición, Madrid, 2002, pp. 116 f.

[13] Regarding to the impact of the consitutional principles on private law, among the

As matter of fact, the patrimonial rights are focused on the development of the natural persons and they have to be consistent with the principles of the constitutional systems, for instance: solidarity.

The Constitutions recognise and formalise the interests considered «Fundamental» within the domestic legal system. Indeed, the fundamental rights are only eventually linked to the will of their owners. They are not disposable under the relationships between the parties, including the contractual ones.

In the contemporary law, individual rights are the base and the principal aim to be achieved by the democratic State [(14)]. There must be a strong link and interdependence between the Rule of Law and the protection of the individual rights [(15)].

In modern democratic societies these rights are the main criterion of justice, whose basic function, in the theory of Rawls, is to grant the performance of social institutions [(16)].

Human rights, by their incorporation in the Constitutions, are to become the paradigm of the legal certainty for States that recognize them, thus conditioning, justifying and monitoring the use of public powers.

The perspective is no longer the mere recognition of the rights established by «Laws of Nature», but the positive obligation of the State to comply with the individual rights.

Even though there are some difficulties, the individual rights established under the Constitutions have been considered applicable in order to regulate all kinds of legal relationships, both horizontal (between private legal

---

others, see P. Perlingeri, *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991; S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, 2007.

(14) On the necessary link between democracy and human rights, see in this book, V. M. Martínez Bullé Goyri, *Derechos humanos y democracia como factor de integración regional.*

(15) A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, p. 19.

(16) In the original thought of John Rawls, justice is a key element for the functioning of the basic structure of society, that is, the free market, the family, the private ownership of the means of production, and so on. Justice, Rawls explains, is not a matter of strict morality, but rather an attitude, belief or state of mind that facilitates performance of these institutions, which corresponds to the distribution of fundamental rights and duties, as well as the distribution of the advantages that result from social cooperation. See J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 4-7.

subjects) and vertical (between legal subjects and legal administrations) [17].

2. — *Legal subjects within the international law.*

After the birth of the national States, the domestic legal systems were considered as autonomous, whereas the autonomy is the consequence of the «Sovereignty», that is to say its supreme law making power and the power to comply or not with the international law.

While Grotius thought that relationships between Nations arose from the natural law (the Law of the Nations within his work «*De jure belli ac pacis*»), adhering it modern international law is exclusively based on the will of the States and it is regulated by the acts of autonomy such as the treaties concluded between governments.

Henkin argued that «almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations most of the time» [18].

This is an empirical observation but generally speaking, international law lacks bodies exercising effective legislative, executive, or judiciary powers and «it is sometimes violated with impunity» [19].

The international law is a type of «coordination law» [20], regulating the inter-States relationships [21], which establishes the respective competences

---

[17] The constitutional principles did not immediately influence the interpretative practice, see F. Ost, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, Bruxelles, 1990, p. 161. In Italy, for expample, some authors argued that the constitutional norms establishing the social rights were mere programmatic directive to be implemented by the legislative power (See V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 135; A. Barettoni Arleri, *L'assistenza nell'attuale momento normativo e interpretativo*, in *Riv. infort.*, 1975, II, p. 410 ss.; P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 28 s.; R. Lucifredi, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, p. 275)

[18] L. Henkin, *How Nations Behave*, 1979.

[19] J.L. Goldsmith, E.A. Posner, *The Limits of International Law*, New York, 2005, p. 13; see also A.T. Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, 2008,

[20] C. Pizzolo, *Derecho e integracion regional*, Buenos Aires, 2010, p. 5.

[21] See the definitions as those provided by B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 3 ff and C. Rosseau, *Derecho internacionl púplico*, Barcelona, 1966, p. 1 ff.

and mutual obligations. The compliance with these obligations depends exclusively on the willingness of the States themselves.

Modern International Law contains several rules aiming to assure coordination with Domestic Legal Systems. These rules are summarised in the sentence «*pacta sunt servanda*» which obliges the State to adequate its internal legal system to international norms (see Article 26 of Convention on the Law of the Treaties) [22]; the «principle of concordance» in the interpretation of the international treaties, which obliges to prefer the meanings common to the parties of the international legal instruments [23]; the good faith principle which needs to take into consideration also the interests of the other parties, etc.

Moreover, the effectiveness of the international law is granted by national dispositions. For example, under the Italian Constitution, the article 10 provides that the legal system has to comply with the «generally recognised» international law, thus including also the customary rules.

The preamble of the French Constitution of 27 October 1946 establishes that «*La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international*».

Even stronger is the effect of the international rules granted by the German Basic Law which sets out «The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory» (Article 25).

However, the relationship between legal systems is based on intergovernmental logic and it is regulated by international arrangements, which only indirectly impact on domestic law.

Indeed, the legislative monopoly of each State does not allow the direct applicability of the international law to the legal relationships in the domestic law.

This situation does not admit any exceptions, not even in the case of the

---

[22] As commentary of the Article 26 of the Convention of Weiner, see J. SALMON, Jean, *Observance of Treaties, Article 26*, in O. CORTEN, P. KLEIN (coord.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, *A Commentary,* Oxford, Vol. I, Part III, pp. 659-685

[23] M. HALLIVIS PELAYO, *Hacia una homologación metodológica del control de convencionalidad en Latinoamérica*, in this work.

international norms which are defined as «self-executing», as well as those considered belonging to the «*jus cogens*». The latter ones, in accordance with article 53 of Convention on the Law of the Treaties, could be defined as «a peremptory norm of general international law that is accepted and recognized by the international community of States as a whole, as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character».

Both the self-executing dispositions and the «*jus cogens*» mainly affect the relationships between States and they are not directly applicable in the national law, if the States do not agree upon it.

Therefore the lack of enforcement is a traditional feature of the international law, which is partially solved by the establishment of international courts (the so called «formal enforcement»).

Surely the international courts support the implementation and they «may serve to establish or clarify the substantive rules of the international law» [(24)].

Nevertheless, the work of such courts is affected by several problems, such as «when tribunals exist, as they typically do not have busy dockets» [(25)]. This is because of the limits to bring complaints, which are reserved to States or private but only after a sever filter controlled by the States. The insufficient ability of private parties to initiate proceedings entails the lack of effectiveness of the international courts [(26)].

Furthermore, even the presence of the international courts, the non-fulfilment of the obligations arising from the international law may lead to the international liability of the State, rather than to the direct application in the domestic law [(27)].

[(24)] See A.T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, 2008, p. 68; A. DANNER, *When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, in *Vanderbilt Law Review*, 2006, 59, pp. 1-65.

[(25)] A.T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, 2008, p. 63.

[(26)] R.E. SCOTT, P.B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, New York, 2006.

[(27)] C. PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, quoted, p. 17, who makes reference to the case law of the international arbitral tribunal, as the case Alabama of 1872, United Kingdom vs. USA, decided by Arbitral Tribunal established in Geneve; see also the claim of indemnity decided in the case Chorzów, Germany vs. Poland, decided by The Permanent

In the context of the traditional international law, the intergovernmental treaties only indirectly influence the rights of the people.

The law applicable to natural persons and to other legal subjects is domestic law.

The internal rules are applicable not only to the citizens, but they also discipline the foreigners for the relationships subject to the domestic law of the hosting State. Under specific circumstances, when the relationship may have a connection with two or more legal systems, the solutions available are coherent with the intergovernmental approach. Either it will apply the so called «international private law», which is a set of national criteria for solving potential conflicts between norms, or the case will be regulated by the international treaties, if transformed into domestic law.

In the framework of International Law, the competences of national judges belonging to different States and the enforcement of their acts, are exclusively provided by international instruments. Generally speaking, even if such an international instrument would exist, no transnational courts are appointed in order to solve the conflicts of competence [28].

3. — *The internationalisation of human rights.*

After the second part of the twentieth century, along with the constitutionalisation of individual rights, another important legal phenomenon was put in place, which may be called «internationalisation of the Rights».

The tragedies of the first part of Age of Extremes, as Hobsbawm called the previous century, led to the belief that an actual protection of individual rights, especially against the excessive power of the States, could be achieved only at international level [29].

Therefore, during the last decades, the protection of individual rights

---

Court of International Justice of 13 September 1928.

[28] M. Munive Páez, *Conflicto de juridicción*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[29] The establishment of the international organisations, as instrument to achieve the peace, is underlined, for example, in N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1984.

is not only an issue confined within the national borders, but it has to be approached from a «Global Constitutionalism» [30] or a «Multilevel Constitutionalism» as a necessary evolution of the national constitutions [31].

Together with the establishment of international organisations and treaties concerning economic fields, the States entered into international agreements related to the recognition and safeguard of the rights of the human beings [32].

Even if such protection was not absolutely new [33], the enormous development of the international instruments dealing with the human right is typical of our age.

Those instruments can be implemented in a context where the International Law is characterised by a trend to the «legalisation» of transnational relations [34] due to the growing of the importance of international institutions [35].

In particular, the United Nations Charter of 1945 states in its preface, just before the aim, «to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind», the need «to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women», in order «to promote social progress and better standards of life in larger freedom».

According to Luigi Ferrajoli the Charter of the United Nations represents the transition from the international law based on bilateral relation-

---

[30] See J.E. ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, *Contitucionalismo global*, in *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 236.

[31] See J.E. ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, *Contitucionalismo global*, in *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 236.

[32] For an overview of the international institutions dealing with the matter of individual rights, see, in this book, A. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, *La integración regional y los derechos individuales a la luz del derecho internacional y de integración.*

[33] J.L. GOLDSMITH and E.A. POSNER (*The Limits of International Law*, New York, 2005, p. 117) quotes, among all, the Peace of Westphalia (1648), protecting the religious freedoms.

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

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

ships between States up to a true international legal system [36], in which not only the States but also people become subjects.

The people own individual rights recognised at supranational level, which have to be observed and protected within the domestic law.

The Article 1, paragraph 3, of the Charter commits the State to collaborate to the end of «promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion». Indeed, according to the internationalist doctrine, the States, as the modern constitutions provide at the international level have the positive obligation to implement the human rights, not only the duty of abstention for any action that would affect them [37].

In order to avoid any doubt about the identification and the contents of such human rights, the United Nations approved the Universal Declaration of Human Rights on 1948.

The role of the human rights in the international relationships is showed in the preface of the Declaration, as well as within the Charter: the recognition and protection of the «inalienable rights of all members of the human family» have to be considered as «the foundation of freedom, justice and peace in the world».

Without the protection of people's rights, as this is the most important message of the international legal sources, the peaceful collaboration between States would not be possible.

The rights identified became the most important example of the *jus cogens* in a broken world into north and south, west and east, capitalistic and Marxist economies.

The United Nations and the other international organisations (linked or not to the United Nations organisms, as UNICEF and OIL) have been promoting, during the last sixty years, the stipulation of other important treaties in the matter of human rights, such as those protecting the children or the workers.

---

[36] L. Ferrajoli, *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, in M. Carbonell, R. Vázquez, *Estado constitucional y globalización,* UNAM, México, 2001, pp. 313-318.

[37] S. Sanz Caballero, *Las obligaciones positivas del Estado en Derecho Internacional Público y Derecho Europeo*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, quoted.

The recognition of human rights at the international level has the important function of establishing the standards acceptable for the majority of the Nations in the world.

Although there are differences between cultures and legal definitions, it is possible to identify common values (the «permanencies» according to Antonio Palazzo) by which human rights are made «universal» by the International Law [38].

The Declaration on Human Rights of the United Nations is «universal» and has to be considered as «a common standard of achievement for all peoples and all nations so that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures. National and international rights secure their universal and effective recognition and observance, both among the peoples of Member States themselves and among the peoples of territories under their jurisdiction».

Article 1 of the Declaration sets out that «All human beings are born free and equal in dignity and rights».

Today, it is generally accepted that the international legal sources, their application and interpretation, identify a «*corpus iuris* of human rights», which interacts with the national legal systems and which is protected by the principle of the international liability of the States [39].

Several domestic legal systems provide a more strong engagement, in respect to the application of the general international law, in case of norms dealing with human rights.

It is the case of the Spanish Constitution of 1978 (Article 10.1), which sets forth that «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Uni-*

---

[38] V. M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, *Estándares internacionales de derechos humanos*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, quoted.

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

versal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» [40].

The British Human Rights Act of 2000 authorises the British Courts to directly implement the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

The internationalist doctrine shows how the matter of the human rights has been changing the international legal approach concerning the legal interpretation.

In Latin America many Constitutions set forth the obligation of the State to observe the human rights as established under the international treaties (amongst others: Mexico, Colombia, Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua and Brazil) [41].

As argued in the principle «*pro-persona*», the «universal» character of human rights is a fundamental hermeneutic instrument, so that the interpretation will be more extensive in the case of rules recognising a human right and more restrictively where any limitation to those rights has to be applied [42].

Therefore the universality of these rights means that national courts should apply the domestic law in a consistent manner with the international instruments.

Due to the importance of such a matter in the modern Constitution, it is broadly accepted that the international rules in this field and the interpretation given by the international courts allows domestic judges to implement the international c*orpus iuris* of human rights [43].

---

[40] See also the Article 40.2 «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

[41] D. Rueda Aguilar, *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, p. 11-12, http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf.

[42] R. Sepúlveda Iguíniz, *Principio* pro persona, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[43] R.E. Scott, P.B. Stephan, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, New York, 2006, quote the case-law of the Supreme Court of USA, especially the judgment Sosa v. Alvarez-Machain which has supported [542 U.S. 692 (2004)] the idea that the federal courts can use the international law; see also Medellin v. Dretke, 544 U.S. 660(2005); Roper v. Simmons [543 U.S. 551 (2005)].

Intergovernmental regional systems, such as the European and American Conventions on Human Rights, legal doctrine argues the application of the *Drittwirkung* [44], according to which the national courts apply the fundamental rights in relationships between individuals [45].

As affirmed by Scott and Stephan «International law was soft, in the sense that there existed no Hobbesian Leviathan to sanction default. The new approach, in contrast, allows private enforcement, employs independent tribunal and courts to do the enforcing, and empowers those tribunals and courts to wield the same array of tools that domestic courts traditionally use to compel compliance with their decisions. International law has become hard law, with its own Leviathan».

However, such kind of interpretative approach does not lead to the amendment or to the disapplication of domestic law, which is the main legal source to be applied, also in the field of the human rights. According to many scholars «the domestic courts never truly apply international law, but rather pick and choose among potentially applicable rules in a manner dominated by domestic jurisprudential, political, and methodological considerations» [46]. The absence of a supranational body able to coordinate domestic courts supports such a position.

Furthermore, the «universality» of the *corpus* of the human rights means also that the international standards have to be considered as a minimum acceptable compromise.

The effective application of those rights depends on the will of the States, in a pure intergovernmental approach. International lawyers point out that the treaties concerning human rights are expected to work as the

---

[44] L. Cassetti, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in *Federalisimi.it*, n. 23/2010, p. 15 s.

[45] See, for example D. Spielman, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privèes,* Bruylant, Luxembourg, 1995. In Italy the legal literature and the case-law affirm that the European Convention of Human Rights is directly applicable. See among others R. Nunin, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 ff. For he case-law see for example: Corte di Cassazione, 27 May 1975, no. 2129, in *Gius. it.*, 1976, I, p. 970; Id. 2 February 2007, no. 2247, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

[46] R.E. Scott, P.B. Stephan, *The Limits of Leviathan,* ref., p. 142.

other international formal agreements: the violation of those treaties does not have severe consequences for the defaulting State [47].

4. — *The Regional Model.*

The international relationships between States may establish forms of permanent collaboration, as it is the case of the associations between nations pertaining to specific regions of the world.

To identify this model of international collaboration, the legal doctrine uses the expression «regional integration». The regional integration law «*tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho*» [48].

An example of those associations could be found in all continents [49]: mainly in Europe (European Union, Council of Europe) and in America (Comunidad Andina de Naciones – CAN; Mercosur, Sistema de Integración Centroamericana – SICA; Mercado Común del Caribe – CARICOM; Unión de Naciones Suramericanas – UNASUR; Cumbres Iberoamericanas; the Alianza del Pacífico; North America Free Trade Agreement (NAFTA, or Tratado de Libre Comercio de América del Norte – TLCAN); but also in Africa (Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale – CEEAC; Southern African Development Coordination Conference – SADCC; Southern African Development Coordinating Conference – SADC; Preferential trading area – PTA; Economic Community of West African States – ECOWAS) and Asia and Pacific Area (Asia-Pacific Economic Cooperation – APEC; South Asian Association for Regional Cooperation – SAARC; Trans-Pacific Strategic Economic Partnership).

Regional integration has the features of whatever form of international relationships, depending on the arrangements between governments.

However, two elements seem to differentiate the regional integrations

---

[47] J.L. Goldsmith, E.A. Posner, *The Limits of International Law*, New York, 2005, p. 130, who conclude that «the modern human rights treaties do not significantly influence human rights behaviour» of the States (p. 137).

[48] TPR Mercosur, Laudo No. 01/2005, p. 4.

[49] For an overview and an analysis of the regional organisations, in particular in Europe and Latin America, see mainly C. Pizzolo, *Derecho e integracion regional*, ref.

processes in the framework of international relationships: the contents and the intensity of the cooperation; the institutionalisation of the relationships and moreover, through the setting up of judicial or arbitral bodies.

These elements do not produce a modification in the internationalist paradigm, but rather strengthen transnational relationships.

According to the contents of regional integration, in comparison with other forms of international relations, the objectives of the Inter-State co-operation become more concrete, as well as the problems to be faced and the solutions to be elaborated.

In particular, the regional integrational processes are often induced (or justified) by economic reasons, because a greater movement of people, products and factors of production is able to increase the economic flows and to lead to the development of the region [(50)].

The construction of common markets or custom areas are a tactic instrument to start the regional integration processes in order to reach more political strategic aims.

The «Declaration» of 9th May 1950 of the Foreign French Minister Schuman, which is considered to be the starting point of the European integration process, proposed that «The pooling of coal and steel production should immediately provide for the setting up of common foundations for economic development». But the setting up of the common market of coal and steel is clearly «a first step in the federation of Europe, and will change the destinies of those regions which have long been devoted to the manufacture of munitions of war, of which they have been the most constant victims».

Similarly, in Latin America, the regional organisations as Mercosur, Nafta, Comunidad Andina, Sica aim to pursue the construction of an economic integration between the States of the same region.

The democracy, the peace, and the respect of human rights were at the base of the process of integration in South America as affirmed by the Declaration of Foz de Iguazú of 1985, signed by Argentina and Brazil and by the *Acta de Amistad Argentino Brasileña en Democracia, Paz y Desarrollo* of the

[(50)] See J. P. Pampillo Baliño, *Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América*, in this book.

year 1986, which anticipated the Treaty of Asunción of 1991 [51].

Although the treaty establishing the Mercosur, as well as the European Communities Treaties of the 1950s does not make any reference to the human rights, other documents of the regional organisations put them at the base of the integration process [52], as the *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur* of 1996, the *Protocolo de Ushuaia* of 1998, the *Protocolo de Asunción* of 2005.

Likewise, according to the *Comunidad Andina*, the *Acuerdo de Cartagena* establishes a deep interconnection between the economic objectives of the CAN and the need to grant a permanent improvement of the level of the life for the inhabitants of the sub region (Article 1).

Furthermore, the D*eclaración of the Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración*, signed in Santafé de Bogotá the 7th August of 1998 states that CAN is a community of democratic nations and it respects the human rights and the fundamental freedoms.

The regional integration evidences the social aspects of the movement of the people, as those concerning the workers [53]; the circulation of students and teachers [54]; the rights of the indigenous populations [55], amongst others.

The regional integration processes may directly be referred to the topic of the human rights, as it happens in the cases of the *Convencion américana de los derechos humanos* [56], and the European Convention on Human Rights

---

[51] See A. Mensa González, *Los derechos humanos en el Mercosur*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[52] About this topic, see: V. Abramovich, *Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional en el Mercosur*, in *Democracia y Derechos*, 2012, p. 6; J. Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, in *Estudios Constitucionales*, 2005; O. Giupponi, *Derechos Humanos e Integración en América Latina*, Valencia, 2006, p. 303.

[53] L. Pacheco Zerga, *Trabajo*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[54] T. Palermo Buti, M. F. Buralli Vigna, *Integración universitaria en el Mercosur*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[55] See J.J. Faundes, *Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[56] See O. Huertas Díaz, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 264.

(formally the «Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms»). Those kinds of regional treaties do not seek a political integration, but they aim to establish continental standards in the application of human rights.

5. — *The courts and the construction of the Regional Legal Order.*

In many cases, the international agreements, which provide forms of regional integration, appoint bodies responsible to control the application of the regional rules.

Such bodies may have judicial or arbitral nature (see the case of the *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos* which provides a Commission [57], composed by independent experts, and a regional Court).

In particular, an important role is played by the judicial institutions of the regional legal systems [58], both in Europe and Latin America: the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as «ECJ»), the European Court of the Human Rights («ECHR»); the Corte interamericana de los derechos humanos («Corte IDH»); the Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina («TJCA»); the Tribunal Permanente del Mercosur («TPR»).

The regional courts have a specific reserved competence on the interpretation of the transnational law.

It is the case of the Corte IDH which, according to the Article 62.3 CADH «*tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención*».

Normally, the regional courts have judicial competences (for example see Article 62.3 CADH) or advisory functions (see Article 64, par. 1, CADH).

In carrying out their functions, these Courts achieve two relevant results: the elaboration of the contents of the individual rights and the identification of a legal system of reference.

---

[57] See J.C. COSTA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in *Diccionario Histórico Judicial de México*, ref., Tomo I, p. 185.

[58] Corte IDH, Opinión Consultiva, no. OC-1/82 of 24 September 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (articulo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), par. 19.

Regional integration, even if it is only a more developed form of international relations, represents a true jump in quality in the impact of individual rights.

Indeed, the greater concreteness and proximity of the regional organisations, as well as the presence of regional judicial or arbitral bodies, cause a more effective influence of the transnational law over the domestic one.

The interpretative activity within the regional system leads to identify the meaning and to develop the concepts related to the rights provided by the supranational legal sources.

As pointed out by TPR Mercosur, quoting the Advocate General of the Court of Justice of the European Union Paolo Mengozzi, the interpretation of the regional courts has led to a consider the persons and the enterprises as subject of the supranational legal systems [59].

In fact the «Regional Model» of human rights protection is more developed than the «universal» one, for the role of the natural or legal persons have either in a procedure boost phase or implementation phase, of the effects of judgments [60].

For instance, in the case law of the Corte IDH it is possible to find the definitions of the rights set forth by the *Convención Americana*, such as freedom of expression (Article 13) [61], religion (Article12), right of movement (Article 22) [62], the right to health [63], the right of association (Article 16),

[59] TPR Mercosur, Opinión Consultiva n. 1/2007, of 3 April 2007.

[60] A. Marchesi, *Derechos humanos (protección internacional)*, in *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ref.., Tomo I.

[61] A. Castilla Juárez Karlos, L*ibertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, pp. 73.

[62] Corte IDH, 31 August 2004, *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C No. 111, which makes reference to O.N.U.

[63] Corte IDH 4 July 2006, *Ximenses Lopes/ Brasil*, Serie C No 149.

political rights (Article 23 and ff.) [64], the rights of women [65], of children [66], of immigrants [67].

Emblematic is the elaboration of the meaning of property right, recognised by Article 21 of the *Convención Americana*.

In the case Yakye Axa vs. Paraguay [68], the Court has found Paraguay liable for failing to ensure the effective protection of the rights of an indigenous community on the land where people live. According to the Court, the indigenous community has to be considered «owner» of their «ancestral» territories, because they have an economic, social and cultural relationship with the land. The protection of such kind of property rights is functional to grant the other human rights of the indigenous people: the right to life, the right to ethnic identity, the right to culture and recreation of it, the right to integrity and survival as indigenous community.

The idea of the Court of the property as a set of both material and immaterial (political, symbolic, cultural) aspects is very interesting.

According to the Corte IDH, the notion of «property» of the Convention has not to be considered in the same meaning arising from the tradition of the civil law, as the mere right to possess and exploit material goods [69].

Also in the case-law of the Court EDH it is possible to find an idea of property which is not the traditional one, at least in the Civil Law Countries.

---

[64] For example, Corte IDH, 6 Agust 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 184.

[65] M. J. Franco Rodríguez, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, pp. 82.

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

[67] J. Morales Sánches, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, pp. 68.

[68] Corte IDH, 17 de June 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, Serie C No. 25. See the observations of L. Cassetti, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in www.federalismi.it, 15 December 2010, especially p. 7.

[69] See ECHR, no. 11810/03, *Maurice/ Francia*, and no. 1513/03, *Draon/ Francia*, judgement of 2005, concerning the French Law no. 2002-2003 of 4 March 2002, which limit the consequence of the indeminsation in case of medical error in pre-natal diagnosis.

According to the European Court, the notion of property includes: copyright, patent, goodwill, know-how, credits, especially legal positions of advantage arising from contracts and from relationships of judicial and administrative nature, such as claims in respect of judgments, the rights derived from the administrative concessions, the right to receive social benefits, the rights acquired and after removed by a subsequent legislation [70].

In the regional legal system, the property is considered as a fundamental right, as an essential tool to ensure the other freedoms and rights, impetus to the initiative and economic growth, incentives to saving and also responsibility towards future generations (see the case the Italian Constitution analised by Massimo Paradiso) [71].

Other concepts are elaborated in order to implement the rights arising from the regional legal sources. Within the case-law of the Corte IDH, it is possible to observe the elaboration of concepts such as legal personality [72] or personal identity (that means the right to have a name) [73], the concept of child and parental authority and care of the best interest of the child [74], of legal capacity [75],

---

[70] In generale see M. De Donno, *Propiedad en la Convención Europea de los Derechos Humanos*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.
According the social rights in the case-law of the ECHR see R. Cippitani, V. Colcelli, *Prestazioni sociali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Foro padano*, 2011, p. 135-166; according to the topic of the rights arising from a previous legislation, see R. Cippitani, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1327-1357.

[71] M. Paradiso, *Propiedad (Perfiles de derecho supranacional)*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[72] Corte IDH, 17 July l 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/ Paraguay*, Serie C No. 25, par. 84.

[73] See for example Corte IDH, 1 March 2005, *Las Hermanas Serrano Cruz / El Salvador*, Serie C No. 120, par. 120).

[74] See Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 August 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

[75] According to the Opinion mentioned «*Los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como incapaz y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional. Además, se enfatiza la protección a la familia por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares*».

the substantial and not formal notion of family [76], etc.

The elaboration of that complex set of legal concepts produces an interesting phenomenon, which is unexpected from the point of view of the international law.

Instead of (or together with) the reference to a broad notion of universality of the human rights, the regional courts argue that their activity is based on a true legal system: the Court of Justice of the former European Communities recognised the existence of the legal community system from the case-law *Van Gend en Loos* issued on 1963, at the beginning of the European integration history [77]; the European Court of the Human Rights considers itself as «constitutional guarantor European public order» [78]; the CJCA uses the expressions «*ordenamiento jurídico andino*» o «*Derecho andino*»; el Tribunal Permanente del Mercosur makes reference to a «*base jurídica de Mercosur*»; la Corte IDH holds that the legal instruments protecting the human rights are to be considered a legal system [79].

This type of legal order is not the traditional system of international relations concluded to accomplish the reciprocal bargain of rights for the mutual benefit of the contracting States [80].

Thus, the regional legal order is autonomous. As stated by ECJ with reference to the former «Communities»: «By contrast with ordinary international treaties, the EEC treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the treaty, became an integral part of the legal systems of the member states and which their courts are bound to apply» [81].

---

[76] The Corte IDH makes reference to the ECHR to identifiy the notion of «family», which could not be reduced to family based on marriage (Corte IDH, Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño). See A. PALAZZO, *Familia*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[77] European Court of Justice, 5 February 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, in *ECR* 1963, p. 3.

[78] ECHR 23 March 1995, *Loizidou/Turchia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

[79] Corte IDH, 16 November del 2009, *González y otr. («Campo Algodonero») / Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 205, párr. 62.

[80] Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 2/82, 24 September 1982, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, par. 29.

[81] European Court of Justice, 15 July 1964, 6/64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, ECR 1964

Although with some delay, the legal doctrine has become aware of the existence of a regional legal system. In Europe it is a now an indisputable fact. In Latin America, the scholars are beginning to accept the presence of an «American law of the human rights» [82], based also on the case-law of the Corte IDH.

The regional legal system of reference for the regional courts has to be «open». Indeed «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales» [83].

Such an openness leads to take into consideration the interpretations provided by other judges dealing with similar topics [84]. The case-law of the Corte IDH, for example, usually uses the jurisprudence of the ECHR [85]. The TPR bases its notion of «non-discrimination» on the case-law of the

---

p. 1195.

[82] See A. Cavallo Gonzalo, *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 24, January-June 2011, pp. 3-89; see Also M. Becerra, *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema*, in this book.

[83] Corte IDH Opinión Consultiva OC-16/99 1 October 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso lega*l, p. 67 f.; Id., *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. About the European Convention of Human Rights, see ECHR, 30 June 1993, *Sigurður Sigurjónsson/Iceland*, in *ECR* 1993, p. 264; Id., 25 April 1978, *Tyrer/United Kingdom*; Id. 6 May 1981, European Commission of Human Rights / *Germany*, in *Foro it.*, 1981, IV, cc. 273 ff.; Id. 18 February 1999, *Matthews/ United Kingdom*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, pp. 1089.

[84] Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-5/85 of 13 November 1985, *La colegiación obligatoria de periodistas*.

[85] Corte IDH Opinión Consultiva, OC-16/99 of 1 October 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, p. 67, which quotes the case-law of ECHR, especially: *Tyrer /United Kingdom* (1978), *Marckx/ Bélgica* (1979), *Loizidou/Turquía* (1995). As M. E. Ventura Robles, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos IIDH del 19 al 28 de June del 2001*, p. 9, affirms: «*El primer Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basó fundamentalmente en el Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez había tomado como ejemplo el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia, el cual es un procedimiento para contenciosos interestatales*» (http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/21.pdf).

ECJ [86].

The openness of the legal system leads, *a fortiori*, to make reference to the jurisprudence of the Courts of the same region. As an example, one can consider the Advisory Opinion n. 1/2007 of TPR Mercosur, which holds the mechanism of the prejudicial interpretation of the CJCA, taking into account the need of developing a supranational law for Latin America.

The order thus created could be applied directly to individuals creating subjective rights.

The regional legal system implies problems of coordination with respect to the domestic law.

Also in this case, the issue cannot be dealt with only the instruments of international law but by developing specific tools.

In Europe, the ECJ further stated theory «monistic» according to which the regional law has been integrated with national legal systems.

According to the ECJ the regional legal system is characterised by the principle of precedence. As matter of fact «the integration into the laws of each member State of provisions which derive from the community, and more generally the terms and the spirit of the treaty, make it impossible for the states, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity» [87].

That this approach was initially rejected by the national constitutional courts, which supported a different model: the «dualistic» one, based on the two legal orders (the Community and national law) and they had to be considered separate and autonomous [88]. At the end of the monistic theory of the Court succeeded and prevailed upon the approach of the national Constitutional Courts [89].

---

[86] TPR Mercosur, laudo Nº 1/2005.

[87] European Court of Justice, 15 July 1964, 6/64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, ref.

[88] For example see the judgments of the Italian *Corte Costituzionale* n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991 in www.cortecostituzionale.it. See also G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 120; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 12.

[89] The revirement of the Italian Constitutional Court took place with the judgement *Granital/ Amministrazione delle Finanze* (n. 170 of 1984), when the Court accepted the model «monist».

The prevalence of supranational law is affirmed also in Latin America.

The TPR states that the «Integration Law» for its proper notion, nature and purposes should always be prevalent on domestic legal system. Otherwise, the regional integration process would lose meaning [90].

The prevalence is considered as the consequence of the obligation of the States, members of the regional organisation, «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» (see Article 1.1 CADH).

This is true both for the judgments and the opinions issued by the regional courts.

According to Luis Castillo Cordoba «La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones iusfundamentales»

This obligation is strengthened by the national constitutions. However, for example, even before the recent amendment of the Mexican Constitution, the Suprema Corte de Justicia de la Nación and the other judges used to implement the Convención Americana and the case-law of Corte Interamericana [91] in their judgement.

Also the national judges are required by the regional courts to implement the transnational laws and to comply with the interpretative solutions elaborated at regional level.

As the legal doctrine of Latin America affirms, national judges have to carry out the so called «control of conventionality» [92], that is to say that they

---

[90] TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 1/2007, of 3 April 2007.

[91] J.L. Caballero Ochoa, *Retratos hablados. Los derechos fundamentales y su interpretación en sede constitucional e internacional*, en *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, ref., Tomo I, p. 609 ff.

[92] See E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, 2008.

have to verify the compliance of the domestic law with the regional normative, up to the disapplication of the internal norms in contrast with the transnational sources and its interpretation provided by the regional courts.

Such a theory was originated by the jurisprudence of the Corte IDH in the case Almonacid Arellano and others vs. Chile of 2006, where an obligation for the judges of the Member States to control that the national dispositions comply with the disposition of the CADH, so as interpreted by the regional case-law, was established.

This approach has been developing in at least 20 trials, becoming an important instrument to interpret both the regional and domestic law.

According to the Corte IDH, the control of conventionality should be carried out *ex officio* [93] by the judges, but also by all the officers of the Member States (see the case-law Furlan y familiares vs. Argentina of 2012).

In Europe as well as in Latin America, such role of the judges in the construction of the regional system has been accepted by the national courts, in particular those which carry out the function of constitutional tribunals.

In Mexico, for example, the control of conventionality by national judges has been affirmed by the *Suprema Corte de Justicia de la Nación* on 14th July 2011 in the jurisprudence Rosendo Radilla Pacheco vs. Mexico.

According to the *Suprema Corte* the control of conventionality has to be carried out in three phases: the conform interpretation in a broad sense, which provides that the judges have to interpret the domestic law from the point of view of the Constitution and the international treaties; a conform interpretation in a strict sense, according to which the judge has to choose, among the several interpretations complying with Constitutional and the international treaties, those ones which better comply with the aims; if the domestic law does not comply with the Constitution and the international treaties, the internal disposition will not be applicable.

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

6. — *The "regional approach" to legal interpretation.*

In order to achieve the results discussed above, the regional judges have developed an interesting and original interpretative approach, quite different from the traditional theory of the interpretation, both under the international and the domestic law.

In accordance with the Convention of Wiener on the International Treaties, each international instrument should be interpreted trough a sequential process from the analysis of the text of the international agreement, passing through the context, up to the interpretation of the finality of the agreement, in those cases in which the interpretation of the text would did not lead to a clear enough meaning [(94)].

This approach is very similar to that put in place in the positivist legal traditions, which is formally expressed in rules as those provided by the Article 12 of the preliminary disposition of the Italian *Codice civile*.

Furthermore, the interpretation criteria provided under the Convention of Wiener appear to be focused on the single treaty or other international instrument.

On the contrary, the interpretative activity of the regional courts, and the national judges when implementing the regional law, is based on a holistic and theological approach.

On one hand, the interpretation of the regional law is not limited to a Treaty, but it takes into consideration a true legal system.

This holistic approach reduces the relevance of the subjects involved and it affirms the objectivity of the legal system, which becomes autonomous in respect to «the parties», i.e. the member States.

On the other hand, from the point of view of the regional courts, one can observe the alteration of the idea of interpretation, as a linear process focused on the textual interpretation, which involves other levels of interpretation only if the literal interpretation would not produce an applicable meaning.

The regional courts prefer an interpretation essentially based on the finalities of the regional legal system.

[(94)] M. Hallivis Pelayo, *Interpretatión de tratados internacionales tributarios*, México, 2011.

The finalistic interpretation provided by the international law, in particular by the Article 31 of the Wiener Convention on the Law of Treaties («A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose»), only at regional level such interpretation is regularly and strongly applied.

Especially the regional courts, dealing with the human rights, clearly state the need to grant the effective protection of the human beings, independently of the nationality of the persons or other circumstances [95].

For example, it belongs to the Corte Interamericana the aim to «*garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados*» [96].

Otherwise the regional courts could not play their role of guardian of human rights in the regional system [97].

The finalistic interpretation can also be found in the case-law of the other regional judges, even if they are not devoted to the protection of the human rights, as it is possible to observe in the jurisprudence of the ECJ [98], the CJCA [99] and the TPR.

Only the theological interpretation allows achieving the objectives of the regional system, whichever aim there is to be reached: the protection of the human rights, as well as the construction of a single market or a custom union.

The finalised interpretation is implemented trough two strong instruments, usually used in the regional case laws: the «useful effect» and the «autonomous meaning».

According to the «useful effect», the interpretation of the regional laws has to be made from the perspective to reach the maximum implementation

---

[95] Corte IDH, Opinión Consultiva, no. OC-17/2002, 28 August 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

[96] Corte IDH, *Viviana Gallardo and oth.*, ref. par. 16.

[97] Corte IDH, 21 June 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin and ot. / Trinidad y Tobago*, Serie C No. 94, par. 19.

[98] About the importance of the theleological interpretation in the activity of ECJ, see C. JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499.

[99] Tribunal CA proc. 2-AI-1996.

of that legal system [100].

The other interpretative instrument, widely used by the regional judges, is the construction of the meaning of the expressions of the regional sources in a manner with the objectives to be achieved. The autonomous meaning is not the «ordinary» one, provided by the Convention of Wiener, but it is the technical meaning arising from the teleological interpretation of the regional legal order.

This autonomous meaning is necessary to ensure the survival of regional law, which otherwise would be applied differently in each State. It is needed to comply with principles such as the equal treatment of legal subjects regardless of their national origins [101].

The Corte IDH, for example, established an autonomous meaning when it has to determine the meaning of the word «law» in an international treaty. The meaning of the word must be consistent with a system of protection of human rights and it is closely related to the nature and origin of that system. Any source regulating human rights could not be understood as «law», only legislative texts adopted by institutions and according to a procedure required by the domestic law of each State [102].

The contribution of the courts to the legal integration of a region, of course, goes beyond undoubtedly the judicial function.

---

[100] See for example European Court of Justice, 4 October 2001, C-403/99, *Italy/ Commission*, in *ECR* 2001, p. I-6883; Id. 13 February 1969, *Walt Wilhelm y otr./ Bubdeskartellamt*, 14/68, in *ECR* 1969, p. 1; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 September 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte, ref. See also J. CARDONA LLORENS, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*», Tomo I, San José, Costa Rica, 23 and 24 November 1999, II ed., p. 321, in http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf.

[101] European Court of Justice, 9 November 2000, C-357/98, *The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, in *ECR* 2000, p. 9256, par. 26; Id. 19 September 2000, C-287/98, *Lussemburgo/Linster*, in *ECR* 2000,p. 6917, par. 43; Id. 4 July 2000, C-387/97, *Commision/Grece*, ECR 2000,p. 5047; Id. 18 January 1984, 327/82, *Ekro/Produktschap voor Vee en Vlees*, in *ECR* 1984,p. I-107, par. 11. The rule is applicable also to the relationships in the Civil Law: v. European Court of Justice, 23 January 2000, C-373/97, *Dionisios Diamantis/ Elliniko Dimosio, Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, in *ECR* 2000, p. I-1705, par. 34; Id. 12 dMarch 1996, C-441/93, *Pafitis e altri/TKE y otr.*, in *ECR* 1996, p. I-1347, par. 68-70.

[102] Corte IDH, Opinión Consultiva C-6/86 of 9 May 1986, *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención americana sobre derechos humanos*.

Besides, the regional jurisprudence has a very significant impact on doctrinal reflections. In the European Union the «Lando Commission», for example, says inspired by the ECJ case-law tort for the elaboration of the principles of contract law on the issue concerning the tort law [103] or the *force majeure* [104].

Finally, the authority of the regional judges determines the exercise of other powers, particularly the executive and legislative branches.

In the European Union, the Commission and legislative Institutions recognise the essential role of case law to apply the regional law and to develop new legal sources [105].

Even at the national, regional jurisprudence has a great influence on the development of positive law, and a recent example is the adoption of the new French *Loi* on bioethics. Parliament and advisory bodies (such as the *Counseil d'État*) in all documents seek to propose a text that is consistent with the jurisprudence of the ECHR [106].

The scholars usually misunderstand such an interpretative approach.

From this viewpoint, the regional legal systems appear different with respect to the domestic legal orders. In Europe the legal doctrine affirms that the European Union law is «little deep» [107], especially in matters such as the civil law, where it doesn't appear in an organic way, it is therefore characterized by many «lacunas» or gaps [108]. The situation is made more problematic by the lack of a «general part» of law, drafted by the general theory [109].

---

[103] See *I principi di diritto europeo dei contratti*, Italian edition, edited by C. Castranovo, Milano, 2001, p. 98.

[104] O. Lando, *The rules of European contract law*, en *Comisión europea, DG Ricerca, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 ff.

[105] See Communication of the European Commission, *A more coherent European contract law - An action plan*, COM (2003) 68 of 12 February 2003, especially the subparagraph 4.

[106] For example see R. Cippitani, *La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, in *Criminogenesis*, n. 8, 2011.

[107] G. Badiali, *Il diritto degli stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1971, p. 35.

[108] F. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.,* 1983, p. 409, in particular p. 411; M. Akehurst, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, 1981.

[109] P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Eu-*

The Court of Justice, in order to face this situation, would carry out a law-making power [110], which would replace that of legislative institutions [111]. Similar opinions are expressed with reference to the ECHR [112], although in the institutional system of the European Convention on Human Rights does not provide a real legislative power.

In Europe, the criticisms to the activity of the ECJ are accompanied by those more general concerning the so called «democratic deficit» of the regional integration [113].

As it happened in Europe, in Latin America many authors criticised such trend of the impact of the decision of the regional courts, which would be the result of a punitive judicial activism, antidemocratic and illiberal [114].

The so called «law making power» of the judicial bodies as the ECJ of the European Union appears a misrepresentation of the scholars, who are in trouble when approaching the phenomenon, from the traditional point of view of the international law and the distinction with the domestic laws.

Indeed, the ECJ can effectively influence the European legal order and its power is characterized by a particularly broad discretion, acting as both constitutional and legitimacy of last degree judge.

As the national constitutional tribunals [115], the regional courts do not

---

ropéennes, à de normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres, in *Rev. Intern. droit comparé*, 1980, p. 341 ss., in particular p. 357.

[110] M. Bettati, *Le «law-making power» de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, p. 57 ff.

[111] The contrary opinions are fiew. See U. Everling, *The Court of Justice as a Decision-making Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 ff.

[112] See among others, P. Mahoney, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. rights. law jour.*, 194, 1998, p. 6 ff.; G. Letsas, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280.

[113] For example see F.D. Busnelli, V. Calderai, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale)*, in *Giur. It.*, 2010, p. 10.

[114] E. Salgado Ledesma, *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuestiones Constitucionales*, in *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 26, June-December 2012, p. 231.

[115] About the interpretative role of the Constitutional Tribunal, see in the present book L. Castillo Córdova, *La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos.*

create law *ex novo*, but they start the interpretative process from the regional law in order to elaborate a «concretion» or an «extension» which would be applicable. Often the legal sources of the regional law, in particular the treaties and the texts concerning the human rights, are expressed in an open manner, which needs to be filled in by a technical meaning consistent with the finality of the transnational legal system [116].

According to Luis Castillo, the Corte IDH, for example «se presenta, así, como un órgano que con la interpretación convencional que realiza en el ejercicio tanto de la competencia contenciosa como de la consultiva, intenta superar el grado de indeterminación normativa de las disposiciones convencionales sobre derechos humanos».

However it only exercises a judicial power, that is to say it interprets and applies the law [117].

There is not a great difference between this situation and the activity carried out by the national courts. As Bobbio argued the problem of gaps is ideological: always the language of the legal sources is «incomplete» [118], meaning they do not express all the consequences of regulation. Thus the interpreter (the judge included), has to «complete» the legislative language [119], as the reader of all types of texts does indeed [120].

The great discretionality of the judges is a feature of modern jurisdiction, arising from the need to attribute coherence to legal systems always

---

[116] G. ZAGREBELSKY, *El jeuz constitucional en el siglo XXI*, in E. FERRER MAC-GREGOR, C.DE J. MOLINA SUÁREZ (coord. by), *El jeuz constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 ss.

[117] See in particular U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, ref., p. 1309 ff. About the difference between «creativity» and the legislative function, see M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Riv.trim.dir.proc. civ*., 1982, p. 774 ff.

[118] N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv.trim.dir.proc.civ*., 1950, p. 360 ff.

[119] See E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm*., 1940, I, p. 212. See also R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei,* Cedam, Padova, 1995, p. 125 ff. who make reference to the «cooperation» between legislator and interpreter.

[120] Umberto Eco shows as all texts are «lazy (or economic) mechanisms», which is intewoven of «white spaces», interstices to be filled in (U. ECO, *Lector in fabula*, IV ed., Milano, 1989, p. 52), needing of the interpretative cooperation of the interpreter.

more complex and multilevel [121].

The interpretation provided by the regional courts is bound to the regional legal system and they are not subject to any other form of judicial control.

Besides, the regional judges have a «scientific and moral authority» [122] produces effects for the whole regional system and the view of such judges influences the interpretation of national judges and legal literature [123].

7. — *The supranational model of integration.*

The protection of the individual rights through the regional model, even more developed in respect to the international one, presents limits referring to the system of the enforcement of the sentences and other acts of the supranational bodies.

Firstly, both in the European and Latin America systems of protection of human rights, the proceeding in front of the supranational courts is admissible only in the case of failure of domestic remedies.

Secondly, in some cases the proceedings to be decided by the courts are filtered before by non-judicial bodies, as the *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

Thirdly, the sentences are not directly enforceable, as in the international model it usually occurs.

Furthermore, in regional organisation as the *Organisacion de los Estados Americanos*, the States are subject to the decision of the supranational courts only on a voluntary base [124], in absence of an obligation to enforce directly the re-

---

[121] G. Bisogni, *Juridicción moderna*, in *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ref., Tomo II.

[122] J. C. Hitter, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, in *La Ley*, LXXII, n° 179, 17 September 2008, p. 19.

[123] J. C. Hitter, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, in *La Ley*, LXXII, n° 179, 17 September 2008, p. 19.

[124] L. Giraudo, F. Carbonell Bellolio, *Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, in *Diccionario Histórico Judicial de México*, ref., Tomo I, p. 275.

gional jurisprudence (see the Article 38, par. 1, Statute of the Corte IDH) [125]

A true evolution of the legal regional integration is represented by the supranational organisations.

Today, a successful case of the supranationality is represented by the European Union.

The same goes as well for the supranational organisations born by the means provided by the international law, i.e. the Treaties stipulated between the Member States.

The supranationality implies the lost of the sovereignty of the States involved in the process in few or many competences [126].

Aside terminological questions, which in the case of the experience of the Constitution for Europe appears quit odd [127], the Treaties establishing the supranational entities have to be considered as a true constitution, as Arnold affirms: such Treaties establish an institutional system and an order of the values compulsory for all organs and legal subject in the legal area pertaining to the European Union; they substitute the national legal orders with the supranational law, at least in the competencies subject to the transfer of the competencies [128].

The supranational legal system, is autonomous and prevalent, but also, in comparison with the regional model, it is directly applicable, because, as ECJ stated «in accordance with the principle of the precedence of community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national

---

[125] See the arguments of M. BECERRA, *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema*, ref.

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

[127] The project of the approval of the Constitution of Europa failed in consequence of the referendum in some Countries (in particular French). The main argument of the opposition was the term «Constitution» which appeard to give too power to the European Union. It is possible to find the same contents of the Constitution within the Treaties on the European Union, the Treaties on the Functioning of the European Union and the Charter of the Foundamental Rights of the European Union, approved, without problems, few years later.

[128] R. ARNOLD, *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, in M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

law of the member states on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but – in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the member states – also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with community provisions» [(129)].

The cession of sovereignty in the European experience was clearly affirmed since the case *Van Gend en Loos*. Literally the Court of Justice states that: «Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights». The limitation of the «sovereign rights» of the States corresponds to the exercise of the sovereignty by the Institutions of the Community, the exercise of which affects the States.

In this case, some institutions are appointed, exercising the powers, which are not attribute to the States in the matters concerned.

Therefore, the building of the supranational legal system implies the establishment of an Institutional framework, which may be observed only partially in the general form of regional integration.

In the European Union the legislative power is exercised by the European Parliament and the Council; the executive power by the Commission; the judicial power by the Court of Justice.

A judicial system is established with the exclusive responsibility to interpret and implement, at the last level, the supranational law.

Within the European Union, such a judicial system is leaded by the Court of Justice, which carries out several tasks, normally belonging to several type of judges: the control of legitimacy of the acts of the other Institutions (Article 263 Treaty on Functioning of the European Union, hereinafter referred to «TFEU»); the decisions concerning the contractual (Article 272 TFEU) and extra-contractual liability of the Union (Articles 268 and 340 TFEU); the labour controversies between the Union and its agents (Article 270 TFEU) and other competencies (Article 271 and ff. TFEU). In particu-

[(129)] European Court of Justice, 9 March 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, ref.

lar the ECJ has the responsibility concerning the «prejudicial interpretation» of the European Union law (Article 267 TFEU), which may be required by all national judges, when they have a doubt concerning the right interpretation concerning a community norm. The latter judgment is compulsory *erga omnes*. In theory the other kinds of decisions are binding only for the parties of the controversies. However the principles elaborated in such decisions, as discussed above for all regional judges, have a great impact on the interpretation of the European Union law in the case-law of the ECJ [130].

On the other hand, the judicial system is formally composed also by the national judges, carrying out several very important tasks for the entire supranational legal order: as mentioned above, they can ask for the ECJ of a prejudicial interpretation; their case-law represents the main reference in order to establish the legal meaning of a national rule [131]; they make applicable the supranational law in the controversies that they are deciding [132]; they have to interpret the national law in the framework of the European Union law [133], and take into consideration the case-law of the ECJ [134].

The supranational institutions issue legislative, executive and judicial acts, which are directly applicable in all Union, without acts of receipt by the Member States, with the exception of those needed to implement the supranational law. The consequences of the non-compliance of the public

[130] About the function of the Court of Justice in the interpretation of the European Union Law, see, among others: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. Ital. Dir. Publ. Comun.*, 1994, 533; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, en *The British Year Book of International Law*, 1981; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, *Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athenes, Bruylant-Sakkoulas, 1996.

[131] See in particular the judgements as follows: European Court of Justice, 24 January 2002, C-372/99, *Comission/Italy*, in *ECR* 2002, p.I-819; Id. 8 June 1994, C-382/92, *Comission/United Kingdom,* in *ECR* 1994, p. I-2435, par. 36; Id. 29 May 1997, C-300/95, *Comission/United Kingdom*, in *ECR* 1997, p. I-2649, par. 37.

[132] European Court of Justice, 9 March 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal*, in *ECR* 1978, p. 629.

[133] See, for example, European Court of Justice, 26 September 1996, C-168/95, *Arcaro*, in *ECR* 1996, p. I-4705, par. 41-43.

[134] See European Court of Justice, 6 July 1995, C-62/93, *BP Soupergaz /Greece*, in *ECR* 1995, p. I-1883.

authorities, as well as of the legal subjects, are sanctions imposed by the supranational and national institutions.

Particularly, the breach of the States can be sanctioned both in front of supranational and national judges.

It is interesting that, within the European Union law, many legal instruments of private law, could be used to impose negative consequences to the States which do not comply with the community law.

First of all, the civil liability of the Member State which does not fulfill the «principle of sincere cooperation» is recongnised, in particular «any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union». The Member States shall «facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives» (see Article 4, paragraph 3, TEU).

In case of non compliance (positive or negative) of these obligations the Court recognized the State's liability [135], regardless of the body of the State whose action or inaction have caused the failure, even when the infringement has been committed by a constitutionally independent body [136], as a local authority or the judicial power.

Other typology of obligation which is used by the ECJ in the perspective of supranational perspective is the «repetition for unjustified enrichment».

A case of repetition of undue payment, is that in which a Member State approving national taxes in breach of European Union law, so that the State has to repay of such taxes [137].

Another case usually treated by the ECJ is the unjustified payment made by States with European Union funds, in case of non-compliance with the community rules. The sums unlawfully perceived by the recipients must be recovered.

The civil liability of the State is recognised also by other regional judges,

---

[135] Among other judgements, see, for example: European Court of Justice, 11 October 1990, C-34/89, *Italy/Comission*, in *ECR* 1990, I-3613.

[136] European Court of Justice, 9 December 2003, C-129/2000, *Comission/Italy*, in *ECR* 2003, p. I -14672.

[137] European Court of Justice, 24 March 1988, 104/1986, *Comission/Italy*, in *ECR* 1988, p. 1799; Id. 11 May 2006, C-197/03, *Comission/Italy*, ECR 2006, p. I-60.

even if not included in a supranational institutional framework. It is the case of ECHR in Europe (see Article 41 ff. European Convention of Human Rights), and the case-law of the Corte IDH (Article 68 of the *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*) and the TPR in Latin America [138].

However, the consequences of the infringement are not directly applicable, arising from the international liability of the Sates [139].

Moreover within the judicial legal system of the European Union the liability can be ascertained by the national judges, as established by the ECJ in the case-laws *Francovich* [140], where a State (Italy) was found liable for failure in implementing a directive of the European Union. As the ECJ stated in response of the prejudicial interpretation of the national judges: «The full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of the rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible» (paragraph 33 of the judgement).

8. — *From the economic rights toward the status of European Union's citizenship.*

However, the most important character of the supranational model is referred to the individual rights.

The supranational legal system is not only directly applicable to the Member States. As stated in *Van Gend en Loos*, the European Union legal order «recognizes as subjects not only Member States but also their citizens». The supranational law establishes rights and duties upon natural persons and other legal subjects and is directly applicable to their legal relationships.

---

[138] TPR del Mercosur, laudo n. 01/2007, p. 8.

[139] IDH, 19 November 1999, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, C No. 63, par. 220.

[140] ECJ, 19 November 1991, C-6/90 and C-9/90, *Francovich and Bonifaci/Italy*, in *ECR* 1991, I-05357. See also European Court of Justice, 8 October 1996, C-178, 179, 188-190/94, in *ECR*, 1996, I-4845.

The ECJ argues that «This view is confirmed by the preamble to the Treaty which refers not only to governments but to peoples», and it is also «confirmed more specifically by the establishment of institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which affects member states and also their citizens».

The Court states that these rights can be protected directly by individuals not only in front of the judges of the European Union, but also in front of the National ones. This means both the communitarian and the national judges are integrated in a formal structure protecting the regional rights.

The recognition of individual rights, and related procedural remedies, have been the main instrument to implement and to strengthen the community «*primauté*» [141], which otherwise would have had to be developed through direct sanctions States which is not always effective [142].

Individuals thus assume the role of «principal guardians» of the systematic application of the European Union Law [143].

In respect of the more general model of regional integration, the community approach does not consider the persons only as beneficiaries of the rights, but also they are entitled to exercise such rights through a system of procedural actions granted both at supranational and national levels. So without the mediation of the States, which also become counterparts in the judgments to protect such individual rights.

According to the more general regional model of integration, the individual are entitled to claim their rights, provided by the regional law, only in the vertical relationships to say in respect to the States. The regional judges are requested to exercise their competence, only in case the national legal systems do not grant the protection of the rights also protected to a regional level.

---

[141] M. Ruffert, *Rights and remedies in European community law: a comparative view,* en *Comm. market law rev.,* 1997, p. 308, affirms that «*Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law*».

[142] See V. Colcelli, *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea,* in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[143] J.H.H.Weiler, *La costituzione dell'Europa,* trad. ital., Bologna, 2003, p. 47.

Under the community legal integration, the rights are normally exercised within all relationships, especially those «horizontal», to say the relationships between legal subjects in respect to all kinds of matters, public or private.

Anyway the most important issue is that the protection and application of such supranational rights is carried out day by day by the continuous interpretative work of the judges and other officers at all levels.

The subjective focus of community law produces not only a qualitative development of the supranational law, but also a quantitative evolution of the rights coming from the regional law.

The legal integration of the European Union begun from the point of view of the objective to create an «internal market», that is an area without internal frontiers in which the free movement of persons, goods, services and capital is ensured (see Article 3 on Treaty of the European Union and Article 26 Treaty on the Functioning of the European Union).

Such an internal market is not either a physical place where goods or services are exchanged, or an exclusively economic context.

The creation of the internal market also includes the adoption of measures in the fields of judicial cooperation in civil, penal, commercial and fiscal matters having cross-border implications (see Articles 81 and 82 TFEU and Article 114 ff. TFEU), and in particular the mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases and the approximation of the laws of Member States (Article 81, par. 1, TFEU).

As matter of fact, the Union is based on «not only the economic but also [on] the legal interpenetration of the Member States» [(144)]. Even before the Treaty of Amsterdam, the law had argued that the concept of market «involves the elimination of all obstacles to intra-Community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market» [(145)]. The same case law states that «not only commerce as such but also private persons who happen to be conducting an economic transaction across national frontiers should be able to enjoy the benefit of that market».

[(144)] European Court of Justice, 18 May 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Commission*, in *ECR* 1982, p. 1575, par. 18.

[(145)] European Court of Justice, 5 May 1982, 15/81, *Schul*, in *ECR*, 1982, p. 1409, par 33.

In order to achieve the objective of building the community market, the treaties have provided the «freedoms», immediately considered by the ECJ as rights actionable by the legal subjects.

These freedoms, initially attributed exclusively to workers (employed or self-employed) and entrepreneurs, were gradually expanded to other persons (trainees [146], retirees [147], members of family of the workers, even if they retired or died [148], tourists [149], students [150]), due to the «functional interpretation» of communitarian judge [151].

Subsequently, such freedoms were attributed to all persons, because of the expansion of the competences of the Union, provided by the Single European Act (signed on 1986), by the Treaty of Maastricht (signed on 1992) and the subsequent Treaties, and mainly because of the introduction of the «citizenship of the European Union» (see the Articles 9 TEU and 20 TFEU the EU Charter of Fundamental Rights) [152].

Therefore the evolution of the European Union law transformed economic freedom into «political right» with the fundamental support of the Court of Justice [153].

---

[146] V. European Court of Justice, 3 July 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, in *ECR* 2121, par. 19; Id. 26 February 1992, C-3/90, *Bernini*, in *ECR* 1992, I-1071, p. 15; Id. 17 March 2005, C-109/04, *Kranemann*, ECR 2005,p.I-2421, par. 15 e 16.

[147] European Court of Justice, 15 March 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, ECR, 2001, I-2189.

[148] European Court of Justice, 9 January 2003, C-257/00, *Nani Givane e aaltri/Secretary od State for the Home Department*, in *ECR* 2003, p.I-345.

[149] European Court of Justice, 19 January 1999, C-348/96, *Calfa*, in *ECR* 1999, I-11; ECJ, 2 February 1989, 186/87, *Cowan*, ECR 1989,p. 195, par. 15.

[150] European Court of Justice, 13 February 1985, 293/83, *Gravier /Ville de Liège*, in *ECR* 1985, p.593; Id. 2 February 1988, 24/86, *Blaizot/Université de Liège* and oth., in *ECR* 1988, p.379.

[151] European Court of Justice, 23 March 1982, 53/81, *Levin/Netherlands*, in *ECR*, 1985, 1035.

[152] About the concept of citizenship of the European Union, see among the others, C.F. Molina del Pozo, *La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea*, in this book.

[153] M. Pojares Maduro, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, p. 166.

The freedoms of movement and establishment of the legal subjects include implicitly the legal capacity to be part of any type of legal relationships: to buy or rent a house, to enter into any other type of contract, to marry, to recognize a child, to accept a legacy, etc.

In this respect, the European Union law imposes the overcoming of the rules of international private law, in particular the principle of reciprocity.

Not only persons coming from the other Member States are allowed to exercise all rights, provided for domestic legal subjects. Under some circumstances, if the discipline of a case differs in two Member States, the person may request the application of the more favourable legislation or may choose one of these. One of the most important example implementation of these principles is the choice of the surname for children. The Court of Justice in *Carlos Garcia Avello* case law [(154)], took into consideration the rules laid down by Belgian law, which prevents from attributing the double surname (formed by the name of both father and mother) to the daughter of Belgian and a Spanish parents. In implementing the principles of non-discrimination (Article 18 TFEU) and of freedom of movement (Article 21 TFEU), the Court held that the European Union law precludes «the administrative authority of a Member State from refusing to grant an application for a change of surname made on behalf of minor children resident in that State and having dual nationality of that State and of another Member State, in the case where the purpose of that application is to enable those children to bear the surname to which they are entitled according to the law and tradition of the second Member State» [(155)].

The law of the European Union considers not only the patrimonial interests.

In fact, the ECJ, as affirmed by the *Stauder* judgment [(156)], shows that among the general principles of European Union law should be included the fundamental rights of the natural persons. These rights must be taken

---

[(154)] European Court of Justice, 2 October 2003, C-148/02, *Carlos García Avello*, in *ECR* 2003,p.I-11613.

[(155)] See the Italian jurisprudence implementing the principle, as for example Corte di Cassazione ordinance no. 23934 of 22 September 2008.

[(156)] European Court of Justice, 12 November 1969, 29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, in *ECR*, 1969, 419.

into consideration, even if not provided explicitly in the treaties, as being part of the Constitutions of the Member States and because of provided by the European Convention of Human Rights. The case law has thus recognized, even in the European Union Law, rights as freedom of expression [157], respect for private life [158], property rights and exercise of a professional activity, etc.

The ECJ anticipated the European Union legislator, which begins to take into consideration the human rights just since the 90s of last century (the Article 6, par. 1, TEU; the conditions for joining the European Union under the Copenhagen European Council and the clause on respect for human rights, included in international agreements) [159].

It's just since 2001 that an organic discipline of these rights (the Charter of Fundamental Rights) was approved; and only on 2009 it became a constitutional source on the base of the Treaty of Lisbon.

Today, the Treaty of Lisbon establishes a formal link between the European Union and the European Convention of Human Rights, providing that the first one is based on the individual rights set out by the second one.

The European Union citizenship is a dynamic idea, which is in constant development and that continuously adds new dimensions: in the last years the legal sources and the literature, for example, make reference to a new kind of rights, as the freedom of movement of «knowledge» [160], or the need to extend even more rights to the no-EU citizens [161].

As one can observe the supranational integration, according to the European Union model, this not only implies the recognition of specific indi-

---

[157] For example European Court of Justice, 26 June 1997, C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH / Bauer Verlag*, in *ECR* 1997,p. I-3689.

[158] E.g. ECFI, 15 May 1997, T-273/94, *N / Commission*, in *ECR* 1997, p. II-289, see par. 68, 71-74

[159] E. Fierro, *Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?*, in *European Law Journal*, Vol. 7, n. 1, March 2001, pp. 41-68.

[160] See K.A. Adunmo, *Libre circulación del conocimiento*, in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[161] See the proposal contained in C.F. Molina del Pozo, *La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea*, ref.

vidual rights arising from the regional law or the human rights established at international and regional levels.

Rather, the citizenship of the European Union is a new individual *status* which collects rights and obligation recognized and enforced by the supranational and national institutions, especially by the judges.

According to the ECJ the status of the European Union's citizenship is the fundamental legal situation of the national of the Member States [(162)]. The rights established under domestic law have to be applicable to all citizens (nationals or no nationals) and they are not in conflict with the European Union law [(163)].

If the internal rules had the effect of depriving citizens the enjoyment of the rights related to the status of citizen of the European Union or even such rules affect the right of movement and to reside freely within the territory of a Member State [(164)], those rules shall not be applied [(165)].

The rights and obligations concerning the European status are referred to all the legal relationships of the persons, both public and private; horizontal and vertical.

The impact of the status of the European Union's citizenship can be noted not only in the (actually, many) competences attributed to the European Union, but also in fields, as the family law, which only partially may be regulated at supranational level (see Article 81 TFEU which establishes a particular legislative procedure, involving only the Council, with the Parliament with a consultative function, and providing the unanimous vote). The status, provided by the European Union law, based on the freedom of circu-

---

[(162)] European Court of Justice, 20 September 2011, C-184/99, Grzelczk, in *ECR*, I-6193, 31; Id. 17 September 2002, C-413/99, *Baumbast e R*, ECR, I-7091, 82.

[(163)] European Court of Justice, 11 July 2002, C-224/98, *D'Hoop*, in *ECR* p. 2002, I-6191, par. 28; Id. 23 April 2009, C-544/07, *Rüffler*, in *ECR* 2009,p. I-3389, par. 62; Id. 21 July 2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, in *ECR* 2011, not published yet.

[(164)] European Court of Justice, 5 May 2011, C-434/09, Shirley McCarthy; European Court of Justice, 2 May 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, ECR, 2003, I-11613.

[(165)] European Court of Justice in the case-law of 21 July 2011, C-503/09, *Lucy Stewart/ Secretary of State for Work and Pensions,* in *ECR* 2011, I-000, par. 83 and 84 states that a citizen of the Union has the right that in all Member States were recognised the same legal treatment accorded to nationals of that Member State who are in the same situation.

lation and establishment of the persons, obliges to recognise legal situation born in whatever Member States, even there would be difference between the national legislations: for example the marriage between person of same sex; the filiation concerning children born in consequence of practices as the surrogacy, etc.

9. — *Individual rights in the international integration processes: some conclusive observations.*

According to the analysis carried out as above, it is possible to observe the international cooperation from the perspective of individual rights.

The traditional international law does not consider such a perspective, because it regulates only the inter-States relations.

This situation has changed in the second half of the previous century when the human rights were affirmed and protected not only by the national constitutions, but also by treaties and international organisations. The institutionalisation of the relationships among States and the importance of the human rights led to elaborate several international sources devoted to protection of such rights.

Although the *corpus iuris* of humans rights works as whatever international normative, but some instruments are used in order to enforce those rights: several constitutions provide that the international rules in the field of human rights can directly operate in the domestic legal system; the universality of those rights is the ground on which the national judges have to interpret the domestic norms in order to comply with the international *corpus*; in very few cases international judges are appointed in order to control the compliance of the States with the international corpus of human rights.

The regional integration represents a model of international cooperation characterised by a strict connection within a region of the world and the relative problems linked to the movement of the persons and the goods.

In this situation the intergovernmental relations become closer. Even in the cases supranational institutions are not established, it occurs that regional judges enforce the norms issued by the regional organisations: human rights, commercial issues, and so on. The regional judges may be requested

to take decisions by States and in some cases, also by private legal subjects; so even if, often, the regional organisations provide that the complaints to be known by the judges have to be selected by a commission. Furthermore, usually the judgments of the regional courts are not directly enforceable but they need the cooperation of the Member States.

The presence of the regional judges deeply changes the perception of the integration processes: the interpretative strategy put in place by the regional judges, based on a teleological approach, recognises the existence of a legal system which is prevalent to those domestic ones. Furthermore, the regional judges build the legal system filling in it of autonomous legal meaning and in particular drawing up the concepts of the individual rights arising from the regional legal order.

The supranationality of regional organisations as (actually the only one) the European Union adds to the integration process the fundamental dimension of the institutions exercising powers no longer attributed to the Member States. So allows the protection of the individual rights provided by the regional legal system. The acts of the supranational institutions are directly applicable to the legal subjects and enforceable (see Article 280 TFEU relating to the judgement of the Court of Justice; see also Article 299 TFEU for the acts of Council, the Commission or the European Central Bank).

The individual rights, but also the obligations, arising from the regional legal systems, affect all kinds of legal relationships, and they compose a complex set of legal situations, which can be considered a true supranational individual status, as it occurs in the case of the «citizenship of European Union».

Also, true legal integration is possible only in case of the «privatisation» of the supranational law, that's to say only when the legal situations from the supranational legal order will affect the relationships between legal subjects. In this case the supranational law will penetrate deeply in the domestic law, impacting the life of the persons and regulating day by day all their legal relationships.

In the regional integration process, and moreover in the case of the supranational organisations, the private law becomes instrument to oblige the State to observe the transnational law and to make such law pervasive and enforced.

From this viewpoint the private law comes back to its original function to be the ground of the other branches of the law, especially of the international law [166].

As the arguments above suggest, today the individual rights are not a mere indirect effect of the international law. They are expected to be the fundamental aggregating value, which represents the base and the finality of the modern forms of collaborations between States. The individual rights are the focus of all international processes featuring our age, often in conflict between them, like the globalisation, the regionalisation, the fragmentation of States, the claims of autonomy of the local communities and so on [167].

Also, the degree of protection of those individual rights represents the measure of the integration between the States, indeed, it cannot be thought a process of transnational integration without a parallel process of establishing and protection of rights.

However, the research shows that the individual rights identified at transnational level are able to impact on the rights of the persons, even if the degree of the supranationality is not achieved yet.

As matter of fact, several legal mechanisms grant the penetration of the individual rights in the domestic law, like constitutional dispositions or the obligations (positive and negative) of the State to comply with the international instruments.

Again, the main instrument to enforce the regional law concerning the human rights is granted by the constitutional tribunals and the other national judges, which by means their interpretative activity make consistent the domestic law with the transnational legal context.

Also the legislative power is obliged, *de facto*, to comply with the regional law or, at least, to discuss as the domestic law would comply with it, in order

---

[166] Indeed, according to Grotius in his *De iure belli ac pacis* the international law arises from the *jus gentium*, as well as the civil law, following the same logic. The international law could be thought as a set of rules which protect the ownerships or which imposes obligations, within relationships similar to agreement or unilateral declaration.

[167] F. Treggiari, *Integración jurídica y derecho común (historia y comparación),* in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

to avoid the condemnation of the regional courts.

The application of that interpretative approach led to a impressive impact on the elaboration of the individual rights, extending the boundaries of the notion of human rights to matter, for example, the fiscal one [168].

As it has proposed, within the multilevel constitutional framework in which the judges and other interpreters today usually are operating, the main legal reference has to be the «block of constitutionality» [169], that's to say the set of several dispositions protecting the human rights.

In this context, the interpretation activity cannot be only the algorithmic process imagined by the tradition, nor a vague creative production of norms as proposed by the theories of the «free interpretation» [170], but a cultural operation leading to coherence the different normative fragments.

Finally, a new culture of the interpreters should support the effective implementation of the transnational individual rights, moreover in the field of the human rights and in the context of the regional integration process.

---

[168] See D. R. Bernal Ladrón de Guevara, *La tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes* and G. A. Esquivel Vázquez, *Protección de los derechos humanos a través del control jurisdiccional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, in *Rivista e processo*, 2013. See also J. De la Cruz Higuera Arias, *Derechos de los contribuyentes* in M. I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref.

[169] See R. Arnold, *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, ref., who rember as the the expression «block of constitutionality» was introduced by the French *Conseil Constitutionnel* in the judgement no. 71-44 DC of the 16 July 1971, in *Journal officiel du 18 juillet 1971*, p. 7114, concerning the several constitutional sources concerning the human rights.

[170] Véase ampliamente M. Hallivis Pelayo, *Teoría General de la Interpretación*, Mexico, 2007.

Primera parte

PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN AMÉRICA: REALIDAD EN CONSTRUCCIÓN

Alicia Gutiérrez González(*)

LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE INTEGRACIÓN

Sumario: 1. Introducción. — 2. La evolución de los procesos de integración a nivel internacional y regional: aspectos económicos. — 3. La protección de los derechos individuales en el ámbito del derecho internacional, regional y del derecho de integración. — 4. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

El presente artículo aborda de manera comparada el proceso de integración regional y los derechos individuales a la luz del derecho internacional y de integración en Europa y en América Latina después de la Segunda Guerra Mundial. Se hace un análisis a partir de 1945 que es cuando surgen grandes cambios políticos, económicos y sociales a nivel internacional. También se menciona, la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y del Consejo de Europa, entre otras, por la imperiosa necesidad de mantener la paz y de respetar los derechos individuales. La primera, señalando en su preámbulo la fe en los derechos fundamentales del hombre e impulsando la protección de los derechos humanos, y la segunda, creada con el objeto de proteger los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho.

Este ensayo señala en el ámbito económico el nacimiento del Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) y del Banco Mundial antes Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD), ambos creados en la Conferencia de Bretton Woods en 1944 y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en lo sucesivo, GATT por sus siglas en inglés), creado en 1947, por la urgente necesidad de contar con instituciones e in-

(*) Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México (ITESM).

strumentos jurídicos internacionales que pudieran regir la economía mundial.

Finalmente, el artículo describe brevemente, por una parte, las causas que generaron los procesos de integración en Europa y en América Latina, para hacer frente principalmente a loas problemas económicos y al respeto de los derechos individuales, y por la otra, el tipo de integración económica y social que existe actualmente en América Latina y en Europa.

2. — *La evolución de los procesos de integración a nivel internacional y regional: aspectos económicos.*

La integración a nivel internacional: Como punto de referencia en el orden económico internacional se encuentra la conferencia de Bretton Woods [(1)] (Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas) celebrada en New Hampshire, Estados Unidos del 1 al 22 de julio de 1944 auspiciada principalmente por las autoridades americanas y británicas, en la que intervinieron 44 países [(2)]. Esta conferencia dio lugar por una parte a la creación del FMI [(3)] y por la otra al nacimiento del Banco Mundial [(4)] antes BIRD. Después de la Segunda Guerra Mundial, los países tenían el deseo y sobre todo la necesidad de vivir en paz y armonía tomando como base la cooperación,

---

(1) M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9a. ed, München, 2011, p. 324.

(2) R. Trujillo Herrera, *Derecho de la Unión Europea: principios y mercado interior*, México, 1999, p. 3.

(3) El Fondo Monetario Internacional busca principalmente fomentar la cooperación monetaria internacional, afianzar la estabilidad financiera y facilitar el comercio internacional. En la actualidad cuenta con 188 miembros.

(4) El Banco Mundial está compuesto por cinco instituciones: (i) el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que otorga préstamos a Gobiernos de países de ingreso mediano y bajo pero con capacidad de pago, (ii) la Asociación Internacional de Fomento (AIF) que concede préstamos sin interés o créditos, así como donaciones a Gobiernos de los países más necesitados, (iii) la Corporación Financiera Internacional (IFC), proporciona préstamos, capital y asistencia técnica para promover inversiones del sector privado en los países de desarrollo, (iv) el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) proporciona seguros contra riesgos a inversionistas de los países en desarrollo, y (v) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, presta servicios internacionales de conciliación y arbitraje para ayudar a resolver disputas sobre inversiones.

el respeto y la igualdad entre las naciones. La intención original era crear una tercera institución junto con el Banco Mundial y el FMI para que existiera una cooperación económica internacional.

Así las cosas, se llevaron simultáneamente negociaciones encaminadas a reducir y consolidar los aranceles aduaneros (impulsando la liberación del comercio y dejando atrás las medidas proteccionistas de los años treinta por una parte, y se llevaron a cabo negociaciones para la creación de una Organización Internacional de Comercio (OIC) por la otra. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo celebrada el 21 de noviembre de 1947 en la Habana, Cuba a la que asistieron 53 países, se quería crear una OIC. Esta Organización Internacional de Comercio, mejor conocida como la Carta de la Habana fue aprobada en marzo de 1948 pero nunca entró en vigor debido principalmente a la oposición en el Congreso de los Estados Unidos. En consecuencia, la idea de crear una OIC fracasa y el único instrumento multilateral existente a la fecha encaminado a regular el comercio transfronterizo era el GATT. Este Acuerdo se firmó el 30 de octubre de 1947 con 23 miembros fundadores (oficialmente "partes contratantes"), las concesiones arancelarias entraron en vigor el 30 de junio de 1948 en virtud de un "Protocolo de Aplicación Provisional" [5].

De 1947 a 1994 se llevaron a cabo ocho rondas de negociaciones con la finalidad de seguir liberalizando el comercio. Los temas abarcados fueron: (i) aranceles, (ii) medidas antidumping, (iii) medidas no arancelarias y acuerdos relativos al marco jurídico, (iv) normas, (v) servicios, (vi) propiedad intelectual, (vii) solución de diferencias, (viii) textiles, (ix) agricultura, etcétera.

Después de la culminación de la octava y última ronda, la Ronda de Uruguay, (junto con los nuevos tratados multilaterales de comercio) se firma el 15 de abril de 1994 en Marrakech un acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) [6]. La OMC entró en vigor el 01 de enero de 1995 y sus miembros se rigen bajo sus principios fundamentales y su normatividad.

---

[5] El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y comercio rigió el comercio mundial durante 47 años, es decir; de 1948 a 1995 que es cuando se establece la Organización Mundial de Comercio.

[6] La OMC cuenta en la actualidad con 158 miembros (02 de febrero del 2013, con la fecha de su adhesión).

Los principios rectores de la OMC son la liberación del comercio y la no discriminación [7]. Sus principales principios son los de la nación más favorecida [8] y la del trato nacional [9].

Existen en la actualidad otras instituciones tales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las cámaras de comercio internacionales, que junto con la OMC regulan las relaciones económicas internacionales. En su conjunto, todas estas instituciones vienen a regular el comercio mundial [10].

La integración a nivel regional en Europa. En Europa, el motivo de integración nace debido al deseo de terminar con los conflictos bélicos y del anhelo de una paz duradera. Al respecto, cabe hacer mención del conocido Discurso del Primer Ministro británico Winston Churchill [11], pronunciado en la Universidad de Zurich en 1946 que decía que solamente una Europa unida podía garantizar la paz, la seguridad y la libertad. Churchill proponía la creación de unos Estados Unidos de Europa con la asociación entre Francia y Alemania, toda vez que sin esas dos naciones no podía haber un renacimiento europeo. Años más tarde, Robert Schuman (Ministro de Asuntos exteriores francés, padre fundador de la Unión Europea (en adelante UE) en cooperación con Jean Monet (consejero político y económico francés) elaboró el célebre Plan Schuman [12] publicado el 09 de mayo de 1950 [13], conocido así en su honor. Este plan propuso que se sometiera el conjunto

---

[7] T. Stoll Tobias, F. Schorkopf, *WTO Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, 2002, p. 1.

[8] El principio de la nación más favorecida (artículo I) implica extender a todos los países suscriptores del GATT las condiciones pactadas entre dos países, transformando los acuerdos arancelarios y comerciales de tipo bilateral en convenciones multilaterales.

[9] El principio del trato nacional (artículo III) consiste en que los productos importados deben ser tratados en igualdad de condiciones que los nacionales, en sistema de igualdad de concurrencia a todos los productos, al margen de su origen.

[10] Stoll Tobias & Schorkopf Frank, *op. cit.*, nota 7, p. 1.

[11] Discurso de Winston Churchill en la Universidad de Zurich el 19 de septiembre de 1946.

[12] Declaración de Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia del 09 de mayo de 1950.

[13] El 09 de mayo es reconocido como el día de la Unión Europea.

de la producción franco-alemana de carbón y de acero (las materias primas más importantes de la industria armamentista) a una Alta Autoridad Común en una organización abierta a los demás países de Europa (tratados de adhesión) y señalaba que esta sería la primera etapa de integración económica, una federación europea indispensable para la preservación de la paz. Robert Schuman informó del plan al entonces Canciller alemán Konrad Adenauer, quien dio su aprobación en aras de crear una Europa pacífica. Gracias al Plan Schuman la reconciliación entre Francia y Alemania tuvo lugar. A esta iniciativa se sumaron posteriormente, los Gobiernos de Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

a) La primera etapa de la integración europea

Se puede decir que el primer paso de la integración europea se llevó a cabo mediante la firma en París del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) [14] el 18 de abril de 1951.

Dicho tratado se crea bajo el principio de igualdad entre Estados, con objetivos e instituciones comunes, cuya misión era contribuir a la armonización de la economía general de los Estados miembros y mediante el establecimiento de un mercado común, a la expansión económica, al desarrollo del empleo y la elevación del nivel de vida de los Estados miembros [15]. El CECA nace con 4 instituciones: Una Alta Autoridad (la Comisión), una Asamblea Común (el Parlamento Europeo), un Consejo Especial de Ministros (Consejo de la UE) y un Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Anterior a esta integración europea, existía una unión aduanera entre Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, el bien conocido (BENELUX). El éxito del BENELUX consistió en garantizar dentro de las fronteras de los tres países la libre circulación de capitales, personas y mercancías. Basado en la experiencia de esta unión aduanera, en 1956, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bélgica, Paul-Henri Spaak propone a los 6 países del CECA crear una unión aduanera extendiendo a todos los sectores de la economía

[14] La Comunidad Europea del Carbón y del Acero entró en vigor el 23 de julio de 1952 y tuvo una vigencia de 50 años. Esta Comunidad se integró en la Comunidad Europea el 23 de julio de 2002 al expirar su Tratado Constitutivo.

[15] Artículos 1-3 del CECA.

el mercado común que ya existía para el carbón y el acero. La propuesta fue aceptada por los 6 países fundadores del CECA y deciden reunirse para discutir un proyecto de cooperación económica y otro de energía nuclear.

b) La segunda etapa de la integración europea

El segundo paso a la integración europea se da con la firma de los tratados de Roma el 25 de marzo de 1957, donde se crean la Comunidad Económica Europea (CEE) y se establece un mercado común, y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA/EUROATOM) [16]. Con la firma de estos tratados, los países se comprometían a ceder a las instituciones supranacionales creadas parte de su soberanía nacional [17].

Cabe hacer mención que los ideales de paz del Plan Schuman y de la Declaración de Winston Churchill se ven permeados en los preámbulos de estos tres tratados.

El Tratado del CECA señala:

"Considerando que la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan. Convencidos de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de relaciones pacíficas,"

El Tratado de la CEE establece en su preámbulo:

"Resueltos a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo".

En el Tratado del CEEA/EUROATOM sus autores declaran:

"Conscientes de que la energía nuclear constituye un recurso esencial para el desarrollo y la renovación de la producción y el progreso de las acciones a favor de la paz". "Deseosos de asociar otros países a su acción y de

---

[16] Los Tratados de Roma entraron en vigor el 1 de enero de 1958. La finalidad era instaurar la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica para incluir la cooperación económica general.

[17] J Maclennan Crespo, *Tratados de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, España, tomo I, 2009, p. 101: "Del ocaso de las potencias europeas al auge de la Europa global: el proceso de integración europea: 1950-2007".

cooperar con las organizaciones internacionales interesadas en el desarrollo pacífico de la energía atómica".

Como se puede apreciar de los ideales plasmados en los preámbulos de estos tratados, la paz es el *Leitmotiv* para la consolidación de las comunidades europeas y la base de un futuro próspero en la reconstrucción de la nueva Europa.

El 8 de abril del 1965 los 6 países fundadores del CECA firman el Tratado de Fusión [18] en Bruselas, cuya finalidad principal era crear una única Comisión y un único Consejo al servicio de las que, por aquel entonces, eran las tres comunidades europeas (CEE, EUROATOM y CECA). Toda vez que la integración europea era un éxito, en la cumbre de la Haya del 1 y 2 de diciembre de 1969 los Gobiernos de los 6 países del CECA deciden lograr la primera ampliación, pero antes de hacerlo deciden reforzar a la comunidad dándole un presupuesto mayor y sobre todo un medio mediante el cual pudiera autofinanciarse. Lo que se buscaba era que la comunidad tuviera sus propios recursos. El nuevo sistema de financiación fue pactado e implementado antes de comenzar con las negociaciones de adhesión de los países candidatos. Finalmente se acordó en la Haya que los nuevos miembros tendrían que acatar el *Acquis Communautaire*, (Acervo Comunitario) [19].

Con miras a la integración europea, el 1 de enero de 1973 tiene lugar la primera ampliación. Se adhieren a la Comunidad Dinamarca, Irlanda y el

---

[18] El Tratado de Fusión entró en vigor el 01 de julio de 1967.

[19] Según el glosario de la Unión Europea, el *Aquis Communautaire* (Acervo Comunitario) comprende la base común de derechos y obligaciones que vincula al conjunto de Estados miembros de la Unión Europea, está en evolución constante y engloba: (i) el contenido, los principios y los objetivos políticos de los tratados, (ii) la legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, (iii) las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión, (iv) los actos en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), (v) los actos acordados en materia de Justicia y Asuntos de Interior, y (vi) los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y los celebrados por los Estados miembros entre sí en el ámbito de las actividades de la Unión. Los países candidatos deben aceptarlo antes de adherirse a la Unión y las exenciones al mismo son escasas y de alcance limitado. Para integrarse en la Unión, los países candidatos deben transponer el acervo comunitario en sus legislaciones nacionales y aplicarlo desde el momento de su adhesión efectiva.

Reino Unido [20], en esta etapa, la comunidad se amplía y desarrolla sus propias políticas comunes. El Reino Unido e Irlanda solicitaron como *conditio sine qua non* para su adhesión la creación de un fondo para fomentar y estimular el desarrollo regional. La solicitud fue aceptada y se crea por lo tanto el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [21]. Actualmente es el fondo más grande de la UE, tal y como se aprecia en la siguiente tabla [22].

Los fondos para el financiamiento de los programas 2007-2013

Fondos	**Euros (mil millones)**	**%**
Fondo Europeo Social FSE	78.716	22,7
Fondo Europeo de Desarrollo Regional FEDER	198.941	57,3
Fondo Europeo de Cohesión	69.578	20,0
Fondo Agropecuario Europeo para el Desarrollo de Áreas Rurales FAEDAR	88.3	0,03
	347.323	100,00

Fuente: EUROSTAT

La segunda ampliación se llevó a cabo el 1 de enero de 1981 con la adhe-

[20] En los inicios de la integración europea, el Reino Unido decide no formar parte de este proceso por conveniencia política y decide crear una organización alternativa, la Asociación Europea de Libre Comercio AELC (EFTA por sus siglas en inglés). La AELC fue creada en Estocolmo el 4 de enero de 1960 por Austria, Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. El objetivo principal fue la creación de una zona de libre comercio, este era un modelo alternativo de integración económica europea entre gobiernos soberanos en lugar de la integración supranacional propuesta por la CEE. La AELC tuvo muy buenos resultados desde su creación, sin embargo, por razones económicas al Reino Unido no le favorecía estar fuera de la CEE. En dos ocasiones el Reino Unido solicitó su ingreso a la CEE, el primer intento lo llevó a cabo el Ministro Británico Harold Macmillan en enero de 1961. Mientras Charles de Gaulle (Presidente francés) estuvo en el poder, vetó el ingreso del Reino Unido argumentando que este país era el caballo de Troya mediante el cual Estados Unidos desembarcaría en Europa. El segundo intento tuvo lugar en 1967, cuando el primer Ministro Británico Harold Wilson presento de nuevo la solicitud de ingreso, pero una vez más el Presidente Charles de Gaulle se manifestó en contra.

[21] El Fondo Europeo de Desarrollo Regional entró en vigor en 1975.

[22] G. Mertins, *Desarrollo Regional en la Unión Europea. Políticas-Programas-Instrumentos*, en *Desarrollo e integración, Reflexiones sobre Colombia y la Unión Europea*, Colombia, Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD), 2012, p.95-96.

sión de Grecia y la tercera ampliación tuvo lugar el 1 de enero de 1986 con la adhesión de España y Portugal. Estas dos ampliaciones fueron muy importantes debido a que estos tres países tenían economías menos desarrolladas que los países fundadores y por lo tanto experimentaron con la adhesión a la UE un crecimiento económico notable.

En virtud de que la integración europea daba resultados fructíferos para los países miembros, éstos firman el 17 de febrero de 1986 el Acta Única Europea (AUE) [23] con la que pretenden completar la realización del mercado interior definiéndolo en su artículo 8A como:

"un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado."

El objetivo del AUE era establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un periodo que concluyera el 31 de diciembre de 1992. Los principales cambios fueron la ampliación por mayoría cualificada en el Consejo y la creación de los procesos de cooperación.

En 1990 hubo una pequeña ampliación en la Unión Europea. Con la caída del muro de Berlín se adhiere la antigua República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal Alemana (RFA) y por lo tanto entra de pleno derecho a la UE y a todas y cada una de las organizaciones internacionales de las que la RFA forma parte [24].

Después de las primeras ampliaciones se puede constatar que los objetivos fundamentales del proyecto de integración europea eran desde su inicio objetivos políticos que habrían de ser atendidos a través de instrumentos económicos [25].

c) La tercera etapa de la integración europea

Como se puede apreciar, el sueño de una Europa integrada se hace cada

[23] El Acta Única Europea entró en vigor el 1 de julio de 1987.

[24] El 3 de octubre de 1990 se celebraron las primeras elecciones en una Alemania unificada.

[25] J.H.H. Weiler, *Nous ne coalison pas des etats – nous unissons des hommes: objetivos, valores y principios políticos de la Unión Europea*, en *Tratados de Derecho y Politicas de la Unión Europea*, España, tomo I, 2009, p. 405.

vez más evidente. El Tratado de Maastricht [26] firmado el 7 de febrero de 1992 viene a establecer lo que hoy conocemos como Unión Europea. Este tratado trajo consigo cambios fundamentales para la UE pues inicia la integración política, y establece una UE basada en tres pilares: (i) las comunidades europeas, (ii) la política exterior y de seguridad común (PESC), y (iii) la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI). Esta estructura contempla un pilar comunitario y dos pilares intergubernamentales.

Otro cambio importante es que la CEE se convierte en Comunidad Europea (CE) y se establece la ciudadanía europea [27]. En este Tratado se introdujo la unión económica y monetaria, se introduce el procedimiento de codecisión, dando más protagonismo al Parlamento en la toma de decisiones. En ese año finaliza el mercado único donde se eliminan las restricciones al comercio e inicia por decirlo de alguna manera la libre competencia entre Estados.

La cuarta ampliación tiene lugar el 1 de enero de 1995 con la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia. La adhesión de estos países no tuvo mayor problema debido a que sus economías son estables. Al respecto, el Presidente del Parlamento Europeo, el Doctor Egon Klepsch en la ceremonia solemne de la firma de los tratados de adhesión del 24 de junio de 1994 en Corfú señaló entre otras cosas:

"Que su adhesión refuerza la democracia parlamentaria en Europa… la tradición social y democrática de sus sociedades, su cultura política, su compromiso con la transparencia y la apertura política, a todas esas virtudes de democracias avanzadas quiso testimoniar su respeto el Parlamento Europeo al aprobar las adhesiones...".

Después del Tratado de Maastricht la idea de seguir con la integración europea tomo más fuerza y los países miembros deciden firmar el Tratado de Amsterdam [28] el 2 de octubre de 1997. Con este Tratado se reformaron las instituciones de la UE para preparar la llegada de los futuros países

---

[26] El Tratado de Maastricht entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

[27] La ciudadanía europea fue instituida por el Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea del 2007 reafirmó los derechos de la ciudadanía de la UE. Su artículo 20.1 establece: "Se crea la ciudadanía de la unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

[28] El Tratado de Amsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

miembros. Se modificaron, se consolidaron y se llevó a cabo la renumeración de los tratados de la CE y de la UE. Gracias a este tratado existe mayor transparencia en la toma de decisiones en el procedimiento de codecisión. Otro logro importante es el relativo a los derechos fundamentales, que se tratará en la segunda parte de este artículo. Aquí se consagran formalmente los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos, y se da más importancia al Parlamento Europeo.

El Tratado de Amsterdam integró en el marco institucional y jurídico de la UE, mediante un protocolo anexo a los tratados, el Acuerdo Schengen [29] y el Convenio Schengen [30], así como las normas y acuerdos conexos que conforman el Acervo Schengen. La finalidad del espacio Schengen, es la creación de una zona de libre circulación con la supresión de las fronteras comunes de los países firmantes. Es decir, tiene por objeto eliminar los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los Estados signatarios, de los otros Estados de la UE, o de terceros países.

El convenio Schengen define las condiciones y las garantías de aplicación de la libre circulación. El Reino Unido e Irlanda aplican parte del Acervo Schengen ya que mantienen los controles en fronteras y Bulgaria, Chipre y Rumania aplican solamente parte del Acervo Schengen, ya que para se puedan eliminar los controles en las fronteras de esos países sigue siendo necesaria una decisión del Consejo de la UE. Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein forman parte del Espacio Schengen pero su participación en la toma de decisiones es limitada. Los Estados candidatos a la adhesión a la UE deben aceptar íntegramente el Acervo Schengen antes de su adhesión.

---

[29] El Acuerdo Schengen fue firmado el 14 de junio de 1985 por Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los países bajos y su objeto es eliminar progresivamente los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los Estados signatarios, de los otros Estados de la UE o de terceros países.

[30] El Convenio Schengen fue firmado el 19 de junio de 1990 por los mismos países que firmaron el Acuerdo Schengen, pero entró en vigor hasta el 26 de marzo de 1995. El Convenio Schengen completa el Acuerdo Schengen y define las condiciones y las garantías de aplicación de esta libre circulación. Actualmente han firmado los acuerdos de Schengen: Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Finlandia, Suecia, Dinamarca, la República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia.

El Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001 [31] tuvo como objetivo principal reformar las instituciones para que la UE pudiera funcionar después de la gran ampliación de los países del Este y del sur de Europa dotando a la UE con 25 Estados miembros. Los principales cambios fueron los métodos para cambiar la composición de la Comisión y redefinir el sistema de voto en el Consejo.

La quinta ampliación tuvo lugar el 1 de mayo del 2004. Esta ha sido la ampliación más grande que se ha llevado a cabo en la UE, pues se adhieren 10 países con economías inferiores a la de los hasta entonces países miembros tales como: Estonia, Letonia, Lituania, la República Checa, Hungría, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia, Chipre y Malta.

Después de esta gran ampliación, se propuso una constitución para Europa, sin embargo, esta fracasa debido a las dificultades de ratificación existentes en algunos Estados miembros. Los jefes de Estado o de Gobierno decidieron iniciar un periodo de reflexión sobre el futuro de Europa durante el Consejo de 16 y 17 de junio del 2005. Finalmente, en el Consejo Europeo los días 21 y 22 de junio de 2007, los dirigentes europeos alcanzaron un acuerdo. Se convino en un mandato para convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) encargada de finalizar y adoptar ya no una constitución sino un tratado de Reforma para la UE. El texto final del Tratado elaborado por la CIG fue aprobado por el Consejo Europeo informal celebrado en Lisboa los días 18 y 19 de de octubre del mismo año.

El 1 de enero del 2007 se da la última ampliación con la adhesión de Bulgaria y Rumania. Al parecer, las ampliaciones en la UE continuarán, pues la adhesión está abierta a todos los países europeos tal y como lo dispone el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Lisboa que a la letra dice:

"Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 del TUE y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión….".

El artículo 2 del TUE señala que los valores en los que se fundamenta la Unión son:

[31] El Tratado de Niza entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

"…los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías".

Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres [32].

El 1 de julio del 2013 Croacia será el país número 28 en adherirse a la UE y posteriormente lograrán su adhesión más países europeos, pues en la actualidad existen cinco países candidatos (Antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Montenegro, Serbia y Turquía) y tres países potenciales (Albania, Bosnia y Herzegovina y Kosovo). Es importante mencionar que la teoría de la integración en Europa ha centrado su interés en el progreso del proceso de integración, es decir en la profundización, y ha hecho caso omiso de los efectos de las ampliaciones [33].

La idea de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos se establece tanto en los Tratados de Roma como en el Tratado de Lisboa.

Los Tratados de Roma del 25 de marzo de 1957 señalan en su preámbulo:

"resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos,"

Y el Tratado de Lisboa del 2007 más específicamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala en su preámbulo y en su artículo 1:

Preámbulo: "resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad."

---

[32] El artículo 49 y el artículo 2 del TUE son la base jurídica para la adhesión a la Unión Europea de un país europeo. Cualquier país que no respete los valores de la unión no podrá ingresar a formar parte de la Unión.

[33] P. Balázs, *Nuevos retos para la teoría de la integración: Efectos de las ampliaciones de la Unión Europea sobre la integración*, en *Tratado de derecho políticas de la Unión Europea – Desarrollo histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, valores, principios y competencias*, Cizur Menor, 2009, p. 304.

Artículo 1: "*El presente tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible*".

Como se desprende del preámbulo de los Tratados de Roma y del Tratado de Lisboa, específicamente del TFUE, los padres de Europa y los actuales jefes de Estado de los países europeos abogan por una unión entre los pueblos europeos y anhelan la adhesión a la UE de todos los países europeos.

d) La cuarta etapa de la integración europea.

El 13 de diciembre de 2007 fue firmado el Tratado de Lisboa [34] o TUE por los jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la UE en Lisboa. Este Tratado y el TFUE tienen el mismo valor jurídico y no tienen carácter constitucional. Estos dos tratados junto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y con los Tratados relativos a la adhesión de los países y tratados modificativos [35] vienen a conformar el derecho primario de la UE.

La UE es el ejemplo más emblemático de una integración regional, sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico de la UE existen dos grados de integración. La integración total y la integración parcial. La primera se encuentra en las competencias exclusivas [36] de la UE tales como: (i) la unión

[34] La ratificación del Tratado de Lisboa fracasó en el primer referéndum en Irlanda el 12 de junio de 2008, Polonia y la República Checa habían supeditado la firma del acta de ratificación a la aprobación del Tratado en el referéndum irlandés. En el segundo referéndum en Irlanda el Tratado fue aprobado después de la provisión de algunas garantías jurídicamente vinculantes sobre el alcance limitado del nuevo tratado en octubre de 2009. La República Checa ratifico el Tratado una vez que se le otorgó la garantía de que el Tratado de Lisboa, en especial la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales no afectaría en absoluto a los denominados decretos Benes de 1945, que excluían las reivindicaciones territoriales sobre algunos territorios alemanes en la República Checa. El Tratado de Lisboa entro en vigor finalmente el 1 de diciembre de 2009

[35] Artículo 49 del TUE.

[36] El artículo 3 del TFUE establece: La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

aduanera, (ii) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercador interior, (iii) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, (iv) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común, y (v) la política comercial común. Y la segunda se encuentra en las competencias compartidas [37] tales como: (i) el mercado interior, (ii) la política social, (iii) la cohesión económica, social y territorial, (iv) la agricultura y la pesca, (v) el medio ambiente, (vi) la protección de los consumidores, (vii) los transportes, (viii) las redes trans-europeas, (ix) la energía, (x) el espacio de libertad, seguridad y justicia, y (xi) los asuntos comunes de seguridad, en materia de salud pública. Por consiguiente, la integración total debe su éxito a parte de la soberanía que los Estados miembros ceden a las Instituciones de la UE para que esta sea la única que pueda legislar y adoptar actos vinculantes en esos ámbitos. Es decir, para que la competencia sea exclusiva de la UE. Por lo tanto, el papel de los Estados miembros se limita a su aplicación, salvo que la UE los autorice para adoptar solos determinados actos.

En la integración parcial, los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes por tratarse de competencias compartidas. Sin embargo, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión haya determinado no ejercer la suya o haya decidido dejar de ejercer la suya [38].

Es necesario también hacer mención de las competencias de apoyo [39] por parte de la UE en los ámbitos de: (i) protección y mejora de la salud humana, (ii) la industria, (iii) la cultura, (iv) el turismo, (v) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte, (vi) la protección civil, y (vii) la cooperación administrativa. Así, la UE dispone de competencia para llevar a cabo acciones solamente con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Por lo tanto, la UE no puede legislar ni interferir en el ejercicio de estas competencias reservadas a los Estados miembros.

---

[37] Artículo 4 del TFUE.

[38] Artículo 2 apartado 2 del TFUE.

[39] Artículo 6 del TFUE.

Ahora bien, las jurisprudencias del Tribunal de Justica de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) [40] han jugado un papel muy importante en el proceso de la integración europea, siendo su principal objetivo el garantizar el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación de los Tratados [41]. Existen tres principios rectores del derecho de la UE establecidos por la Jurisprudencia del TJUE: (i) el principio de primacía, (ii) el principio de autonomía y (iii) y el principio del efecto directo.

El principio de primacía [42] es uno de los principios más trascendentales del Derecho de la UE, pues este principio señala que en caso de conflicto entre el derecho de la UE y el derecho nacional, prevalecerá el de la UE. Este principio se aplica a toda la UE sin excepción. En la Jurisprudencia *Costa/Enel*[43] el TJUE señaló que:

"Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado y sin causar un discriminación prohibida".

El principio de autonomía se basa en el razonamiento de que el derecho de la UE es un ordenamiento jurídico nuevo distinto al derecho de los Estados miembros. En la Jurisprudencia *Van Gend & Loss* [44] el TJUE concluye que el ordenamiento jurídico de la UE:

"Constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en

---

[40] M. Herdegen, *Europarecht*, 13, Auflage, München, 2011, p. 42-58.

[41] Artículo 19 del TUE.

[42] Tribunal de Justicia UE, Sentencia *Simmentha*l, asunto 106/77 de 09 de marzo de 1978, in *Rec.*, p. 629 apartados 21 y 22.

[43] Tribunal de Justicia UE, Sentencia *Costa/ENEL*, asunto 6/64 de 15 de julio de 1964, in *Rec.*, p.1269.

[44] Tribunal de Justicia UE, Sentencia *Van Gend & Loos*, asunto 26/62 de 05 de febrero de 1963, in *Rec.*, p1.

un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales."

En la Jurisprudencia *Costa/Enel*[45] el TJUE considera que:

"a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales, que en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de un limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias especificas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos".

Por lo tanto al ser el ordenamiento de la UE un nuevo ordenamiento, éste goza de autonomía en relación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y del derecho internacional.

El principio del efecto directo le otorga tanto a los Estados miembros como a los Ciudadanos un beneficio al aplicarse el derecho de la UE directamente. En la Jurisprudencia *Van Gend & Loos* el TJUE concluye que:

"El Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; considerando que el texto del antiguo artículo 12 contiene una prohibición clara e incondicional, que no es una obligación de hacer, sino de no hacer; que por otro lado esta obligación no se acompaña de reserva alguna de los Estados que supedite su efectividad a un acto positivo de Derecho interno; que esta prohibición es perfectamente idónea, por su naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables; considerando que la aplicación del artículo 12 (antiguo) no requiere intervención legislativa de los Estados."

Este principio de efecto directo del derecho de la UE establecido por la Jurisprudencia *Van Gend & Loos* de 1963 otorga a los ciudadanos la posibilidad de invocar directamente las normas de la UE ante sus tribunales

[45] Tribunal de Justicia UE, Sentencia *Costa/ENEL*, asunto 6/64 de 15 de julio de 1964, in *Rec.*, p.1269

nacionales. Así las cosas, el TJUE concluye que para que el derecho de la UE tenga un efecto directo es necesario que se cumplan con tres requisitos: (i) debe de ser clara, (ii) precisa, e (iii) incondicional. Estos tres principios son vinculantes y obligatorios para todos los Estados miembros de la UE. *La integración a nivel regional en América:*

En América Latina, la idea de integración tiene su antecedente en la Carta de Jamaica del 06 de septiembre de 1815, aquí se plasma la idea de Federación de Simón Bolívar. Posteriormente, con la firma del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua firmado en Panamá por México, Colombia, Centro América y Perú el 15 de julio de 1826 se estipula en sus artículos 1 y 2 lo referente a la integración, seguridad, soberanía e independencia de los Estados. En el Congreso de Panamá del 22 de julio de 1826 se constituyó el inicio del proceso de la idea de integración americana.

Antes de 1825 los países de América Latina buscaban su independencia territorial, después de esa fecha querían alcanzar una prosperidad material mediante el comercio. Situación que no se logró sino hasta que se llevaron a cabo las diez conferencias interamericanas (1889-1954). Estas conferencias sentaron las bases de un derecho latinoamericano en lo referente a los derechos individuales y comerciales. Establecieron principios rectores de la política exterior que rigen hasta nuestros días tales como: (i) la no intervención, (ii) la autodeterminación de los pueblos, (iii) la solución pacífica de controversias, (iv) la soberanía de los Estados, (v) y la Independencia entre otros. Las doctrinas más relevantes que surgen de estas conferencias son: (i) la doctrina Drago [46], (ii) la doctrina Tobar [47], (iii) la doctrina Gondra [48], (iv)

[46] La doctrina Drago fue anunciada en 1902 y debe su nombre al ministro de relaciones exteriores de Argentina el Doctor Luis María Drago. Esta doctrina señala que: las deudas de los países, no pueden ser motivo de invasión, es decir, ningún país extranjero puede obligar mediante la fuerza a una nación americana al pago de deudas contraídas.

[47] La doctrina Tobar del Canciller del Ecuador, Carlos Tobar de 1907 enuncia que: los Gobiernos no reconocerán a ningún Gobierno que surja de un golpe de Estado, o una resolución contra un Gobierno reconocido, mientras la representación del pueblo libremente electo no haya reorganizado al País en una forma constitucional.

[48] La doctrina Gondra debe su nombre al Doctor Manuel Gondra, jefe de la delegación del Paraguay que propuso la formulación del tratado para evitar o prevenir conflictos entre los estados americanos, de fecha 3 de mayo de 1923. Emanado de la quinta conferencia interamericana llevada a cabo en Santiago de Chile.

la doctrina Estrada [49], y (v) la doctrina Calvo [50], entre otras.

La Novena Conferencia interamericana celebrada en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 es considerada como una de las más trascendentales, debido a que fue en esta conferencia donde se adoptaron: (i) la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), (ii) el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, o Pacto de Bogotá, y (iii) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [51].

Después del establecimiento de la OEA se crearon tres instituciones medulares para América Latina: (i) el Banco Interamericano de Desarrollo, (ii) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y (iii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La OEA está compuesta por 35 Estados del continente americano [52] y constituye el principal foro gubernamental, político, jurídico y social del hemisferio. Fue creada con el objeto de lograr entre sus miembros:

---

[49] La doctrina Estrada se basa en la libre determinación de los pueblos y la no-intervención y debe su nombre en honor al Secretario de Relaciones Exteriores de México, Genaro Estrada Félix. Esta doctrina fue redactada en defensa de la soberanía de las naciones ante la intervención extranjera.

[50] La doctrina Calvo del diplomático argentino Carlos Calvo señala que las controversias con ciudadanos extranjeros deben de ser solucionados en los tribunales locales sin intervención diplomática del país extranjero. En la primera conferencia interamericana se afirmo la igualdad de derechos y deberes entre ciudadanos nacionales y extranjeros y fue una buena oportunidad para difundir la doctrina Calvo. Sin embargo, esta doctrina tuvo impacto hasta la novena conferencia con la firma del pacto de Bogotá. La cláusula Calvo obliga al recurso ante los tribunales locales en caso de controversias, renunciando a la ayuda diplomática de sus propios gobiernos.

[51] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), que fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978.

[52] Los 35 países miembros de la OEA por orden alfabético son: 1) Antigua y Barbuda, 2) Argentina, 3) Bahamas, 4) Barbados, 5) Belice, 6) Bolivia, 7) Brasil, 8) Canadá, 9) Chile, 10) Colombia, 11) Costa Rica, 12) Cuba 13) Dominica 14) Ecuador, 15) El Salvador, 16) Estados Unidos, 17) Grenada, 18) Guatemala, 19) Guyana, 20) Haití, 21) Honduras, 22) Jamaica, 23) México, 24) Nicaragua, 25) Panamá, 26) Paraguay, 27) Perú, 28) República Dominicana, 29) St. Kitts y Nevis, 30) Santa Lucia, 31) San Vicente y las Granadinas, 32) Suriname, 33) Trinidad y Tobago, 34) Uruguay y 35) Venezuela.

"un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia [53].

La OEA es el elemento central del Sistema Interamericano, y se compone de tres partes: (i) el Tratado Interamericano de Asistencia recíproca (Pacto de Río) de 1947, (ii) el Tratado Interamericano de Solución Pacífica de Controversias (Pacto Bogota) de 1948, y (iii) la Carta de la OEA de 1948. Esta última ha sido modificada mediante Protocolos de reformas en cuatro ocasiones. (i) Buenos Aires en 1967, (ii) Cartagena de Indias en 1985 [54], (iii) Washington en 1992 [55], y (iv) Managua en 1993.

En 1948, la ONU estableció una Comisión Económica para América Latina (CEPAL), que se encargaba de los asuntos de cooperación comercial entre los países. En la conferencia de Buenos Aires de 1957 propiciada por el Comité de Comercio de la CEPAL se votó una resolución que señalaba:

"La convivencia de establecer gradual y progresivamente, de una manera multilateral y competitiva un Mercado Común Latinoamericano" [56].

Gracias a la iniciativa de la ONU y a la CEPAL, surgieron en América Latina integraciones regionales pero sobre todo subregionales. A continuación se explicarán algunas de las que se consideran más significativas y se mencionarán otras que forman parte de la integración de la región [57].

---

[53] Artículo 1 de la Organización de los Estados Americanos.

[54] Con el protocolo de Cartagena de Indias de 1985 se adoptó el catalogo de funciones de la OEA, la protección y la promoción de la democracia representativa (artículo 2, inciso b).

[55] De conformidad por el protocolo de Washington de 1992 se pueden suspender los derechos de un Estado como miembro de la organización, cuando su Gobierno elegido democráticamente es derrocado en forma violenta.

[56] Se estableció un grupo de trabajo y tuvieron lugar dos reuniones, la primera en Santiago de Chile en febrero de 1958 y la segunda en Panamá en mayo de 1959, en la cual se presentaron principios fundamentales y recomendaciones básicas a seguir en el Mercado Común Latinoamericano.

[57] La integración regional comienza por lo regular con el aspecto económico y casi siempre con el establecimiento de una zona de libre comercio, seguida por una unión aduanera, pasando por un mercado común, después por una unión económica, para finalmente llegar a una integración económica total.

a) La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

El primer intento de integración regional tuvo lugar en los años sesenta con la firma del Tratado de Montevideo, el 18 de febrero de 1960 por los Plenipotenciarios de Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Uruguay, habiéndose adherido posteriormente Colombia (1961), Ecuador (1961), Venezuela (1966) y Bolivia (1967). El objeto de este tratado era establecer una zona de libre comercio [58] para acelerar el proceso de desarrollo económico y social, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos y a su vez establecer a largo plazo en forma gradual y progresiva un mercado común latinoamericano [59]. Por este tratado se instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Este tratado promovía la expansión de la integración de la región. Por desgracia, esta integración fracasó debido a que cada país veló por sus intereses. México, por ejemplo, no promovió nada por sus vínculos comerciales con Estados Unidos de América, Brasil prefirió celebrar tratados bilaterales de comercio, y Argentina sufrió un cambio de gobierno. Para estos países fueron más benéficos los acuerdos bilaterales de libre comercio que la integración regional latinoamericana.

b) La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Veinte años más tarde, se suscribe el 12 de agosto de 1980 el Tratado de Montevideo (TM80), que viene a sustituir a la ALALC. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) tiene como países fundadores signatarios del Tratado de Montevideo de 1980 (TM80) a catorce países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. El 06 de noviembre de 1998 Cuba fue aceptada como país miembro, pasando a ser miembro pleno de la ALADI el 26 de agosto de 1999. Asimismo, el 24 de abril de 2009 fue aceptada la adhesión de Panamá al TM80 pasando a ser miembro pleno de la ALADI el 10 de mayo de 2012. Por otra parte, también fue aceptada la adhesión de Nicaragua realizada con fecha 11 de agosto de 2011. En este tratado se sigue con el proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico y social, armónico y equilibrado de la región, cuyo proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva de un mercado común

[58] Artículo 1 del Tratado de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

[59] Preámbulo del ALALC.

latinoamericano [60]. Sus principios son el pluralismo, la convergencia, la flexibilidad, los tratamientos diferenciales y múltiples.

El 13 de junio de 1994 se firmó el protocolo interpretativo del artículo 44 del TM80 en Cartagena de Indias, Colombia. La entrada en vigor del Protocolo tendrá lugar para los países que lo ratifiquen de acuerdo con los respectivos procedimientos constitucionales, en el momento en que sea depositado en la Secretaría General el octavo instrumento de ratificación [61]. La ALADI está compuesta por tres órganos: (i) el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, (ii) la Conferencia de Evaluación y Convergencia, (iii) el Comité de Representantes, y (iv) un órgano técnico, la Secretaría.

En el marco del TM80 se han suscrito más de 80 acuerdos bilaterales y subregionales de diversa profundidad, pero este proceso cobró verdadero impulso a partir de los 1990´s. Como dato meramente histórico hay que señalar que la ALALC surge con el propósito de crear un mercado común latinoamericano al igual que la ALADI con la diferencia que la primera tenía una visión multilateral y la segunda una bilateral. Toda América del Sur y México conforman la ALADI.

c) El Sistema de Integración Centroamericano (SICA).

El 14 de octubre de 1951 se suscribió en la ciudad de San Salvador la Carta de San Salvador que dio origen a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) con el objeto de promover su desarrollo económico, social y cultural mediante la acción cooperativa y solidaria basándose en los principios de igualdad jurídica de los Estados, en el principio de no intervención y en el respeto mutuo.

El 13 de diciembre de 1960 se suscribe en Managua, Nicaragua, el Tratado General de Integración Económica Centroamericana por los Gobiernos de Guatemala, el Salvador, Honduras y Nicaragua. Costa Rica se adhirió al Tratado en 1962. Gracias a este Tratado se crea el Mercado Común Centroamericano MCCA. Este es el más antiguo de los procesos de integración

---

[60] Artículo 1 de la ALADI.

[61] A la fecha se han depositado siete instrumentos de ratificación: México (19/08/94), Paraguay (19/05/95), Ecuador (19/09/95), Chile (02/10/95), Argentina (29/02/96), Venezuela (07/06/96), y Colombia (08/12/97), por lo que el Protocolo aún no ha entrado en vigor.

del continente [62]. En la actualidad el MCCA es una unión aduanera imperfecta y una zona de libre comercio casi perfecta.

Posteriormente, con la finalidad de reforzar el proceso integracionista se suscribe el 12 de diciembre de 1962 una nueva Carta de la ODECA que aspira a la integración de Centroamérica por ser una comunidad económica-política [63].

El 13 de diciembre de 1991 los miembros originales de la ODECA y Panamá que se incorpora como Estado Miembro, suscribieron el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA, que reformó la Carta de la ODECA suscrita en Panamá el 12 de diciembre de 1962. El Protocolo de Tegucigalpa creó el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) y está integrado por los países miembros de la ODECA, por Panamá y Belice que se adhirió en el 2000 [64].

El 29 de octubre de 1993 Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá firman el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, suscrito en la ciudad de Managua, Nicaragua, denominado también Protocolo de Guatemala. Este Protocolo establece en su artículo 1 que los Estados Parte se comprometen a alcanzar de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva la Unión Económica Centroamericana cuyos avances deberán responder a las necesidades de los países que integran la región.

Los Órganos del SICA son: (i) La Reunión de Presidentes, (ii) el Consejo de Ministros, (iii) el Comité Ejecutivo, y (iv) la Secretaría General. También forman parte de este sistema: (i) la Reunión de Vicepresidentes, (ii) el Parlamento Centroamericano (PARLACEN), (iii) la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), y (iv) el Comité Consultivo (CC-SICA) [65].

---

[62] El Artículo I del Tratado del Mercado Común Centroamericano señala que: los Estados contratantes acuerdan establecer entre ellos un mercado común y se comprometen además a constituir una unión aduanera. Su artículo II establece que: los Estados se comprometen a perfeccionar una zona centroamericana de libre comercio y a adoptar un arancel centroamericano.

[63] Artículo 1 de la Carta de la ODECA del 12 de diciembre de 1962.

[64] La sede de la Secretaría General del SICA se encuentra en El Salvador. El SICA entró en funciones el 1 de febrero de 1993.

[65] Artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa a la carta de la Organización de Estados Centroamericanos.

d) La Comunidad Andina (CAN) [66].

La Comunidad Andina se encuentra en la actualidad formada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú [67]. Estos países firmaron el Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969 con la finalidad de mejorar juntos el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. De esta manera se puso en marcha el proceso de integración andino, conocido en ese entonces como el Pacto Andino o Grupo Andino con el fin de establecer una unión aduanera a largo plazo. El 13 de febrero Venezuela se adhirió al Acuerdo pero en el 2006 lo denunció. Chile había sido país fundador pero el 30 de octubre de 1976 se retiró del Acuerdo.

El ordenamiento jurídico de la CAN está conformado por los tratados constitutivos: (i) el Acuerdo de Cartagena, (ii) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y (iii) el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios y normas derivadas generadas por los órganos comunitarios tales como: (i) las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, (ii) la Comisión de la Comunidad Andina, (iii) las resoluciones de la Secretaría General, y (iv) los convenios de complementación industrial que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andino.

La CAN está conformada por órganos e instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración (SAI). Sus principales órganos políticos son: (i) el Consejo Presidencial, (ii) el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, (iii) y la Comisión [68] de la Comunidad Andina.

La CAN cuenta también con una Secretaría General que administra y coordina el proceso de integración y con el Tribunal de Justicia Andino que es la entidad que controla la legalidad de los actos de todos los órganos e instituciones y dirime las controversias existentes entre países, entre ciudadanos, o entre países y ciudadanos cuando se incumplen los acuerdos asumidos en el marco de la CAN. Finalmente, el Parlamento es la instancia

[66] La Comunidad Andina conocida también como Pacto Andino, Grupo Andino.

[67] Con la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo, el denominado Grupo Andino cambio su denominación a Comunidad Andina.

[68] La Comisión es la guardiana de los tratados.

que representa al pueblo, aquí se delibera sobre la integración andina y se proponen acciones normativas que fortalezcan la integración.

Las decisiones de la Comisión son de aplicación directa en los Estados miembros y no hace falta la transposición al derecho nacional (artículo 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Al igual que el TJUE, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se rige bajo los principios de efecto directo y de aplicación inmediata y de la supremacía del Derecho Comunitario Andino. (artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina) [(69)].

e) El Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El MERCOSUR está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Debe su constitución al Tratado de Asunción de 1991. Adicional a este Tratado se encuentra el Protocolo de Ouro Preto de 1994 que define la estructura institucional y el Protocolo de los Olivos del 2002 que establece los mecanismos de solución de controversias [(70)].

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1° del Tratado de Asunción, tratado constitutivo del bloque, el MERCOSUR implica: (i) la libre circulación de bienes, servicios, y factores productivos entre los países, (ii) el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales, (iii) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados parte, y (iv) el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. El MERCOSUR constituye un acto histórico para la integración económica de la subregión y su consecuente desarrollo, modernización y progreso social [(71)].

[(69)] M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9, Auflage, München 2011, p. 210.

[(70)] Existen otros Tratados tales como: (i) el Protocolo de Ushuaia de 1998 sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur, Bolivia y Chile, (ii) el Fondo para la Convergencia Estructural del 2004, (iii) el Protocolo Constitutivo del Parlamento del 2005, (IV) el Protocolo de Adhesión de Venezuela del 2006, y (v) el Protocolo de Montevideo sobre el Compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II) del 2011.

[(71)] J. A. Witker Velásquez, *Derecho del Comercio Exterior*, Instituto de Investigaciones

El MERCOSUR pretende una integración más profunda, por lo que sus principios contienen aspectos sociales, políticos y culturales. Sur órganos son: (i) el Consejo del Mercado Común, (ii) el Grupo del Mercado Común, (iii) la Comisión de Comercio, (iv) el Parlamento (v) el Foro Consultivo Económico y Social, (vi) la Secretaría, (vii) el Tribunal Arbitral Ad Hoc, y (viii) el Tribunal Permanente de Revisión.

f) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) firmado entre México, Estados Unidos y Canadá tuvo varias etapas: (i) el 10 de junio de 1990, los países acuerdan establecer un tratado de libre comercio, (ii) el 05 de febrero de 1991 inician las negociaciones, (iii) el 17 de noviembre de 1992 se firma el TLCAN, (iv) en agosto de 1993 se negocian acuerdos paralelos en materia laboral y de medio ambiente, y (v) finalmente el 1 de enero de 1994 entran en vigor el TLCAN, el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN) y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN). Sin embargo, los dos acuerdos paralelos (el ACAAN y el ACLAN) tuvieron que celebrarse para que se llevara a cabo la firma del TLCAN. Es importante destacar que aunque los tres tratados mencionados con antelación entraron en vigor el mismo día, son tratados independientes. El TLCAN creó una zona de libre comercio [72], entendiéndose como tal de conformidad a lo dispuesto por el artículo XXIV fracción 8, inciso b del GATT a:

"un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio".

Los objetivos del TLCAN son [73]: (i) eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los terri-

---

Jurídicas, y Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de México A. C., México 2011, p. 35.

[72] Artículo 101 del TLCAN.

[73] Artículo 102 del TLCAN.

torios partes, (ii) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, (iii) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes, (iv) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las partes, (v) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias, y (vi) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado.

Los órganos del TLCAN son (i) la Comisión de Libre Comercio, (ii) el Grupo de Coordinadores del TLCAN, (iii) los Grupos de Trabajo y Comités del TLCAN, (iv) el Secretariado del TLCAN, (v) la Comisión para la Cooperación Laboral, y (vi) la Comisión para la Cooperación Ambiental.

Existen otros tipos de integración en la región que se mencionan a continuación pero que no se abordarán en el presente artículo: (i) el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), (ii) la Comunidad del Caribe (CARICOM), (iii) la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), y (iv) la Alternativa Bolivariana para y el Caribe (ALBA), y (v) la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).

3. — *La protección de los derechos individuales en el ámbito del derecho internacional, regional y del derecho de integración.*

La protección de los derechos individuales en el ámbito internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, la protección de los derechos individuales en el ámbito del derecho internacional tiene su antecedente con la creación de la ONU [74], toda vez que la comunidad internacional se comprometió a no permitir que existieran más atrocidades como las cometidas en ese conflicto.

Por lo tanto, en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 se estipula en el preámbulo:

[74] La Organización de las Naciones Unidas fue creada en San Francisco con la firma de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945. En su artículo 1 menciona que su objetivo principal es mantener la paz y la seguridad internacional y se basa en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros tal y como lo dispone su artículo 2, inciso 1.

"… la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres."

Y señala en su artículo 1 número 3:

"…el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Debido a la presión de las víctimas del terrorismo de Estado y de la Guerra, los líderes del mundo [75] decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con un documento que posteriormente pasaría a ser la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH). Como se mencionó en líneas precedentes, la comunidad internacional tuvo la necesidad de crear un sistema internacional de protección de los derechos humanos para que no se volvieran a cometer los errores del pasado. La redacción del texto duró casi dos años pues en aquél entonces el mundo estaba dividido en un bloque oriental y otro occidental por lo que no fue una tarea fácil. Así las cosas, fue aprobada sin disensiones en la Asamblea General reunida en París, la resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 la DUDH. Pese a que este documento no es vinculante, los derechos de los individuos se encuentran ahí y son objeto de protección en los tratados continentales y regionales. La prohibición a la tortura, la esclavitud y la discriminación se encuentran dentro del derecho consuetudinario [76] internacional, entre otros, y por lo tanto pertenecen a las normas imperativas (*ius cogens*).

La DUDH junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [77] son reconocidos como la Carta Internacional de Derechos

---

[75] La Comisión de Derechos Humanos estaba integrada por 18 miembros de diversas formaciones políticas, culturales y religiosas. Eleanor Roosevelt, la viuda del Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt presidió el comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[76] El derecho consuetudinario es obligatorio y se distingue de los usos y normas de cortesía. El Artículo 38, párrafo 1 inciso b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como segunda fuente del Derecho Internacional a la costumbre como prueba de una práctica general, aceptada como derecho y se integra de dos elementos: *opinio iuris sive necessitatis*. La *opinio iuris* es el elemento subjetivo de la costumbre, es el reconocimiento legal de esa práctica, se acepta como derecho. El elemento objetivo es la práctica general *(consuetudo)*.

[77] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de

Humanos. Esta carta le dio un impulso decisivo al desarrollo de los estándares de derechos humanos. El desarrollo histórico de las diferentes fases de la protección de los derechos humanos se clasifica por lo general en tres generaciones: (i) a la primera generación pertenece la protección clásica de la libertad personal y la vida, así como la garantía de la igualdad, (ii) la segunda generación comprende la garantía de determinados estándares materiales (económicos y sociales), y (iii) a la tercera generación pertenecen los derechos colectivos como el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o el derecho a un medio ambiente saludable. Esta declaración enumera grupos concretos de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Estos instrumentos pueden ser generales, como (i) la DUDH, o (ii) continentales, como las convenciones americana y europea; (iii) especializados por ámbito de expresión como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales y culturales, por el otro; (iv) por destinatario beneficiario, como niños, mujeres, refugiados, discapacitados, etcétera, o bien, (v) por el derecho o libertad que se tutela, como la vida, la libertad personal, la seguridad, la identidad, el trabajo, etcétera [78].

Los derechos humanos a nivel internacional se vieron fortalecidos con la aprobación de la DUDH [79].

La mayoría de los Estados han adoptado en sus constituciones y en otras leyes la protección de los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. Sin embargo, el respeto de los derechos humanos requiere del establecimiento del estado de derecho en el plano nacional. Cabe destacar que existen mecanismos

---

Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron aprobados por la Asamblea General en diciembre de 1966 y entraron en vigor en 1976.

[78] Secretaría de Gobernación, "Derecho Internacional Humanitario", México, 2009, p. 21.

[79] Los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas son: (i) el Consejo de Derechos Humanos, (ii) la Comisión de Derechos Humanos, (iii) los Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, y (iv) la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos.

y procedimientos para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local, en caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos.

a) La protección de los derechos individuales en el ámbito regional en América:

Como se comentó anteriormente, en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá, Colombia se aprueba en 1948 la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Casi veinte años después se firma la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Esta Convención tomó como base el modelo del sistema original de la Convención Europea de Derechos Humanos [(80)] para configurar el sistema institucional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) con sede en Washington D.C. y aunque se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [(81)] (en adelante la Corte IDH) con sede en San José, Costa Rica, en funciones desde 1979.

El artículo 33 de la CADH señala como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes a la CIDH y a la Corte IDH, y menciona en su artículo 61 fracción 1:

"Que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte".

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 62 fracción 1 señala que:

"Un Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento

---

(80) M. Herdegen, *Völkerrecht*, 10a. ed., München, 2011, p. 351.

(81) La Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la publicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y tiene dos atribuciones: la consultiva y la contenciosa.

posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención".

Además, el artículo 68 fracción 1 establece que:

"Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Así las cosas, la OEA está formada por 35 países como se mencionó anteriormente, de los cuáles 24 países [(82)] han ratificado la CADH. Trinidad y Tobago denunció la CADH el 26 de mayo de 1998 y Venezuela el 10 de septiembre de 2012. A la fecha solamente 21 países [(83)] han reconocido la competencia y jurisdicción de la Corte IDH.

La aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales, o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional [(84)]. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, menciona que Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Paraguay y República Dominicana han otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales en derechos humanos y que incluso en las nuevas constituciones de Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (artículo 424) y Venezuela (artículo 23) se les otorga jerarquía supranacional a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables a la protección

---

[(82)] Los 24 países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que por lo tanto están legalmente comprometidos a observar y respetar los derechos ahí contemplados son: 1) Argentina, 2) Barbados 3) Bolivia, 4) Brasil, 5) Chile, 6) Colombia, 7) Costa Rica, 8) Dominica, 9) Ecuador, 10) El Salvador, 11) Grenada, 12) Guatemala, 13) Haití, 14) Honduras, 15) Jamaica, 16) México, 17) Nicaragua, 18) Panamá, 19) Paraguay, 20) Perú, 21) República Dominicana, 22) Suriname, 23) Uruguay y 24) Venezuela.

[(83)] Los 21 países latinoamericanos que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, es decir; que han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos iniciando con: 1) Argentina (84), 2) Barbados (2000), 3) Bolivia (93), 4) Brasil (98), 5) Chile (90), 6) Colombia (85), 7) Costa Rica (80), 8) Ecuador (84), 9) El Salvador (95), 10) Guatemala (87), 11) Haití (98), 12) Honduras (81), 13) México (98), 14) Nicaragua (91), 15) Panamá (90), 16) Paraguay (93), 17) Perú (81), 18) República Dominicana (99), 19) Suriname (87), 20) Uruguay (85) y 21) Venezuela (81).

[(84)] F E. Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2011, p. 355.

de los derechos. El mismo autor señala que la llamada cláusula de interpretación conforme es adoptada en norma constitucional por Bolivia (artículo 13 IV), Colombia (artículo 93 de la actual constitución de 1991), Perú (la cuarta disposición final y transitoria de la constitución de 1993) y México (artículo 1, párrafo 2) [85] con el fin de armonizar el derecho nacional con el internacional [86].

En América Latina, la jurisprudencia de la Corte IDH, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina elaboran al igual que el TJUE conceptos jurídicos propios que van encaminados a la integración regional. Sin embargo, a diferencia del TJUE, la integración en América Latina se da principalmente en el ámbito de los derechos humanos. Así, el efecto que tiene en el derecho interno se realiza en algunos países de América Latina mediante la técnica interpretativa, en otros mediante la técnica declarativa, y en otros como en México se utiliza el método teleológico de la interpretación de la Corte IDH. Toda la jurisprudencia de la Corte IDH interpreta los derechos reconocidos por la CADH buscando su efecto útil [87], con la finalidad de proteger al individuo frente al Estado [88]. En este orden de ideas, la Corte IDH, el TPR del MERCOSUR y el Tribunal de Justicia de la CAN, elaboran conceptos propios, los cuáles son autónomos y se aplican como norma supranacional. AQUIVOY.

En lo que respecta a la protección de los derechos humanos, se puede decir que la Corte IDH está creando un derecho nuevo integrando a los países de América Latina en el ámbito de derechos humanos. Mediante la jurisprudencia se va armonizando poco a poco el derecho internacional con el derecho nacional. La Corte IDH menciona que los instrumentos que protegen los derechos humanos forman un orden legal [89]y afirma que los

---

[85] Artículo reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) el 10 de junio de 2011.

[86] F E. Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2011 p.355.

[87] El efecto útil señala que debe de prevalecer la norma más favorable para la persona.

[88] Corte IDH, Opinión consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982.

[89] Corte IDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009, *González y otros*, Campo algodonero, Estados Unidos Mexicanos, serie C No. 2005, párrafo 62.

jueces nacionales tienen la obligación del control de convencionalidad. Es decir, de aplicar la jurisprudencia del juez regional en el derecho interno [90]. El control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte IDH tiene dos características: la concentrada y la difusa. La primera es la que emplea la Corte IDH, como parte de su competencia en sede internacional y la segunda es la empleada por todos los jueces y órganos de administración de justicia nacionales en sede interna, que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción del Corte IDH. Así, la doctrina del control difuso de convencionalidad establecida por la Corte IDH tiene como destinatario a todos los jueces que deben de ejercer dicho control con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización [91].

Por otra parte, el método teleológico que se aplica en la interpretación de las cortes regionales utiliza herramientas como el efecto útil, y el sentido autónomo, que conducen a reconocer y construir un ordenamiento jurídico nuevo, superior e integrado a los ordenamientos nacionales, creando por ende derecho de integración [92].

b) La protección de los derechos individuales en el ámbito regional en Europa:

1)La Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 sentó las bases de un estándar común europeo para la protección del individuo. Los 47 Estados miembros del Consejo de Europa incluida Rusia forman parte de la Convención [93]. Es importante señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos dejó de cumplir un papel relevante en el sistema europeo de Derechos Humanos con la entrada en vigor el 1° de noviembre de 1998 del Protocolo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos

---

[90] Corte IDH, sentencia del 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros*, Chile, Serie C No. 154 párrafo, 124.

[91] F E. Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, cit., p. 368.

[92] R. Cippitani, *La Jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de Integración Regional,* en *Diritto e Processo*, 7, 2011, p. 96.

[93] M. Herdegen, *Völkerrecht* 10a., München, 2011, p. 346.

Humanos y las Libertades Fundamentales de 11 de mayo de 1994, y cesó sus actividades un año después, en octubre de 1999 [94]. El órgano central de control es la Corte Europea de Derechos Humanos, de conformidad con el protocolo once del 11 de mayo de 1994, del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952.

2)El Consejo de Europa.

El Consejo de Europa con sede en Estrasburgo (Francia), cuenta con 47 miembros, fue creado el 5 de mayo de 1949 por 10 países fundadores. El consejo propone establecer en toda Europa principios comunes y democráticos basados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros textos de referencia sobre la protección de personas. La finalidad del Consejo de Europa se encuentra estipulado en el artículo 1 a) de los Estatutos que señala;

"la finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y mover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social". Y 1 b) "... así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales."

Todos los miembros del Consejo de Europa respetan los derechos humanos y las libertades fundamentales [95]. Actualmente, el Consejo de Europa es uno de los foros más importantes de Europa.

3)En el derecho de integración de la UE.

Los tratados de Maastricht y de Amsterdam le dieron mucha importancia a los derechos fundamentales, consolidando el principio del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [96].

Actualmente, en el Tratado de la Unión Europea (TUE) se reconoce en su artículo 6 apartado 1 que:

"Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los De-

---

[94] Secretaría de Gobernación, *op. cit.* nota 78, p. 33.

[95] Artículo 3 de los Estatutos del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949.

[96] N. Bruun et al., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford and Portland, 2012, p. 6.

rechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados."

Esta carta es vinculante para todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido y de Polonia. Sin embargo, para estos dos países el carácter vinculante de los derechos fundamentales deriva de la jurisprudencia del TJUE.

El TUE en su mismo artículo 6 apartado 2 estipula:

"La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) y de las Libertades Fundamentales.

Y finalmente en el mismo artículo pero en el apartado 3 señala que

"Los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que sin fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

El TFUE recoge en varios de sus artículos diversas garantías de los derechos fundamentales. Se encuentra, por ejemplo, en el artículo 10 la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; en el artículo 18 la prohibición de cualquier discriminación por motivos de nacionalidad. Se encuentran previstas también las cuatro libertades fundamentales tales como: (i) la libre circulación de personas [97], (ii) la libre circulación de mercancías [98], (iii) la libertad de establecimiento [99], y (iv) la prestación de servicios [100]. Es muy importante mencionar que también se recoge en el artículo 157 el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

El TJUE por su parte ha reconocido, por ejemplo: (i) el derecho a la propiedad, (ii) a la libertad profesional, (iii) a la inviolabilidad del domicilio, (iv) a la libertad de opinión, (v) el derecho general a la personalidad, (vi) la protección de la familia, (vii) la libertad económica, (viii) la libertad de religión y confesión, (ix) así como una serie de derechos fundamentales procesales tales como el derecho de audiencia judicial, el principio derivado

[97] Artículo 45 del TFUE.

[98] Artículo 34 del TFUE.

[99] Artículo 49 del TFUE.

[100] Artículo 57 del TFUE.

del derecho consuetudinario en relación al mantenimiento de la confidencialidad de la correspondencia con el abogado *(legal privilege)*, la prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho o la obligación de motivar los actos jurídicos de la UE.

Gracias a la jurisprudencia del TJUE, el derecho de la UE dispone de un catálogo de principios de Estados de Derecho asimilable a los derechos fundamentales. Entre ellos destacan el principio de proporcionalidad y los principios generales del derecho administrativo y del *due process* (debido proceso) tales como la prohibición de la retroactividad de los actos jurídicos desfavorables, o de la anulación o revocación de los actos jurídicos favorables, etc [(101)]. Todos ellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento de la UE.

4. — *Conclusiones*.

La integración regional en Europa y América Latina después de la Segunda Guerra Mundial tuvo motivos diferentes. En Europa, la integración regional surge con la idea, pero sobre, todo con el deseo, de lograr una paz duradera. En cambio, en América se integran con el objetivo de evitar intervenciones de países extranjeros y de mantener su independencia y soberanía.

En lo que respecta a la integración económica, los países europeos firmaron su primer tratado constitutivo en 1951, el CECA, y su último tratado en 2007, el Tratado de Lisboa. Gracias a todos y a cada uno de los tratados constitutivos, la UE ha logrado a la fecha la consolidación de una unión económica con sus 27 Estados miembros (28 con Croacia a partir del 01 de julio de 2013). En América Latina, solo se ha llegado a una integración regional como la ALADI donde participan 14 países, cuyo objetivo es el establecimiento de un mercado común, pero desgraciadamente, en la práctica sirve solamente como marco para que los países latinoamericanos lleven a cabo la concertación de tratados bilaterales dentro y fuera de la región. Existen además diversas subintegraciones regionales, considerándose entre las más im-

[(101)] K. Dieter Borchard, *El Abc del Derecho de la Unión Europea*, en *Unión Europa*, 2011, p. 28

portantes al TLCAN (pese a que dos países no son de América Latina) que logró crear una zona de libre comercio, al SICA, a la CAN y al MERCOSUR cuya finalidad es crear un mercado común y una unión aduanera, queriendo en el caso del SICA llegar al establecimiento de una unión económica. Los países miembros de estas últimas subintegraciones han delegado parte de su soberanía para el bien común y para el buen funcionamiento de las instituciones que ellos mismos han erigido para regirse, en el entendido de que las leyes, normas, reglamentos, directivas, etcétera, que emanen de los órganos supranacionales sean aplicables tanto a los Estados como a los ciudadanos de los Estados miembros, independientemente del derecho nacional de cada uno de los países. Los tribunales de éstos órganos supranacionales se basan en los principios de primacía del derecho, en el principio de efecto directo y en el principio de autonomía.

Con relación a la protección de los derechos individuales, se logró un inmenso avance en la UE con el Tratado de Lisboa, ya que éste integra la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea al derecho primario de la UE y por lo tanto es vinculante para todos los Estados miembros a excepción del Reino Unido y de Polonia. Aunado a lo anterior, la UE se adhiere al CEDH. Y no hay que olvidar que la jurisprudencia emanada del TJUE es vinculante y de aplicación directa tanto para los ciudadanos como para los países miembros de la UE. En América Latina, hubo también un avance relevante de la protección de los derechos individuales gracias a las jurisprudencias de la Corte IDH, aplicando la doctrina del control de convencionalidad concentrado y difuso. A la fecha, 21 de los 24 países que han ratificado la CADH, han reconocido la competencia y jurisdicción de la Corte IDH. Además, la gran influencia que ha tenido el derecho internacional de derechos humanos ha servido para que varios países de América Latina les otorguen jerarquía constitucional, debido a la armonización que los países latinoamericanos han llevado a cabo en sus cartas magnas.

Juan Pablo Pampillo Baliño(*)

ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA EN AMÉRICA

Sumario: 1. Presentación del tema. — 2. Importancia del derecho comunitario y del derecho común. — 3. Integración regional y derecho comunitario. — 4. El derecho comunitario y común europeo como base de una nueva dogmática global. — 4.1. Origen y estructura de la Unión Europea. — 4.2. El derecho comunitario y común europeo (noción, fuentes, principios y métodos). — 4.3. El derecho de la Unión Europea como fuente de una nueva dogmática jurídica. — 5. Retrospectiva y actualidad de la Integración Jurídica Americana. — 5.1. Etapas históricas y actuales. — 5.2. Principales esquemas vigentes. — 6. Algunas reflexiones (económicas, políticas, sociales y jurídicas) sobre la integración americana. — 7. Hacia un nuevo ius commune americano.

1. — *Presentación del tema.*

La integración jurídica y el nuevo derecho común constituyen uno de los temas más importantes para la ciencia jurídica de nuestro tiempo, pero muy especialmente, para los juristas americanos. Se trata de un nuevo paradigma que habrá de vertebrar a las ciencias jurídicas y articular a los diferentes ordenamientos.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la integración europea ha conformado una arquitectura institucional, un sistema de fuentes y una dinámica de interpretación jurídica realmente sugerentes, que ha venido a replantear conceptos y métodos jurídicos arraigados desde la época de la codificación, conformando un nuevo 'derecho bisagra' precisamente adecuado para enfrentar el pluralismo normativo de nuestro tiempo.

En el continente americano, aunque los primeros proyectos e iniciativas de articulación regional pueden remontarse al siglo XVIII, lo cierto es que el actual proceso de integración parte de la segunda mitad del siglo XX y ha tenido diversas proyecciones geográficas y culturales que van desde el hispa-

(*) Universidad Anáhuac, México.

noamericanismo hasta el panamericanismo, pasando por diversas instancias de carácter latinoamericano, centroamericano y caribeñas.

A diferencia del proceso europeo, que ha se ha desenvuelto progresivamente extendiendo su alcance geográfico y cultural así como profundizando y estrechando cada vez más la integración – desde lo económico, hasta lo político e internacional, pasando por lo social y lo cultural – en América la evolución ha sido más bien errática.

De ésa manera se han conformando diversos órganos e instituciones heterogéneos y yuxtapuestos, sobre los cuales debe hacerse una reflexión de conjunto a efectos de promover sinergias y evitar duplicidades, indicando a su vez las pautas para la prosecución y culminación del proceso de integración, así como para el desarrollo de un nuevo derecho común que siente las bases de un ordenamiento jurídico supranacional que forme parte de los derechos de los países de la región.

La reflexión sobre los órganos, mecanismos e instrumentos de la integración regional, así como sobre el nuevo derecho común que necesitará conformarse, constituyen dos asignaturas fundamentales que están pendientes, a la espera de que la ciencia jurídica se ocupe de ellas.

2. — *Importancia del derecho comunitario y del derecho común.*

La importancia de la integración jurídica deriva en primer lugar de la trascendencia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la 'globalización' [(1)].

[(1)] La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: A. J. Arnaud, *Entre Modernidad y Globalización*, traducción de Nathalie González, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; J. Bhagwati, *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*, trad. Verónica Canales, Barcelona, 2005; Z. Bauman, *La Globalización. Consecuencias humanas*, trad. Daniel Zadunaisky, México, 2006; U. Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás, Barcelona, 1998; M. Carbonell, R. Vázquez (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, México, 2001; Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, traducción Carlos Lema, Bogotá, 2009; R. Domingo. *¿Qué*

Al menos desde finales de la guerra fría, las relaciones internacionales dejaron de regirse por el 'modelo bipolar' sin que el mismo fuera sustituido por el 'unilateralismo hegemónico' que algunos vaticinaban, sino por un nuevo 'sistema multipolar' que ha propiciado la conformación de bloques regionales [2].

Pero la conformación de bloques regionales no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino más bien al doble proceso de la 'glocalización' (globalización + localismos) [3].

---

es el derecho global? 2ª edición, en *The Global Law Collection*, Pamplona, 2008; R. DOMINGO, M. SANTIVÁÑEZ Y A. CAICEDO (coordinadores), *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Navarra, 2006; J. E. FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, trad. Carlos Lema. Madrid, 2001; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. GROSSI, *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, trad. Rafael D. García P. Navarra, 2010; O. IANNI, *Teorías de la Globalización*, trad. Isabel Vericat, 7ª edición, México, 2006; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002; G. SOROS, *Globalización*, trad. Rafael Santandreu, Barcelona, 2002; J. E. STIGLITZ. *El malestar en la globalización*, trad. Carlos Rodríguez Braun, México, 2002; J. STIGLITZ, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, trad. Amado Diéguez y Paloma Gómez, México, 2006; J. VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, 2003; D. ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. Roger Campione, Madrid, 2005.

[2] Fue así como surgieron los primeros bloques regionales como "un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales" M. MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en S. NISHIJIMA, P. H. SMITH (coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, 1997, p. 37. Además del europeo, sin duda el más completo y exitoso, existen también otras experiencias – a las que nos referiremos en su momento- en América, Asia y África. Cabe observar también que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica – y también histórica, social y cultural- como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990's y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

[3] El término 'glocalización' se acuña, hacia la década de los 1980's, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. M. CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en *Globalización y Derechos Humanos* (Coord,) LUIS T. DÍAZ MÜLLER, México, 2003, p. 3. Sobre los regionalismos en América, el método para comprenderlo, sus antecedentes históricos y su situación actual puede consultarse J. L. CORAGGIO et. al. (editores), *La Cuestión Regional en América Latina*, México, 2010.

La expresión "aldea global" de Marshall McLuhan, pone de relieve la otra cara de la moneda, es decir, el resurgimiento de los localismos, como una reacción de las comunidades intra-estatales – regiones históricas, comunidades autonómicas, pueblos indígenas, tribus, ciudades, etcétera – que fueron engullidas por el Estado Moderno y que con su debilitamiento han encontrado mayores espacios de autoafirmación en el contexto de la globalización, reivindicando no solamente sus mercados locales, sino también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

Así las cosas, la relevancia del derecho de la integración se encuentra en primer lugar en la misma envergadura de los fenómenos contrarios – y complementarios – de la globalización y los localismos y en su articulación a través de bloques regionales, dentro del contexto de un nuevo pluralismo político y jurídico que requiere de bisagras que lo articulen.

Pero la significación y alcance del derecho de la integración también se aprecia en otros ámbitos y, de modo especial, en el declive de la dogmática que nació de la codificación nacionalista del siglo XIX y se consolidó con el positivismo legalista del siglo XX. El derecho de la integración ha contribuido a desdibujar la 'imagen piramidal' de un sistema legal territorialista, monista, sistemático y jerarquizado, que está siendo sustituido por un nuevo ordenamiento jurídico plural, donde se entrecruzan, a la manera 'redes horizontales colaborativas', normas, reglas y principios supranacionales, internacionales, estatales e intraestatales.

Pero además, el derecho de la integración se encuentra también vertebrando a las demás disciplinas jurídicas especializadas. En el ámbito europeo se habla desde hace varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado – civil y mercantil – comunitario, de un derecho penal, medioambiental, cultural, etcétera, de naturaleza comunitaria. Es decir, de un nuevo derecho de índole colaborativa, y armonizadora, que está articulando a las ramas tradicionales la ciencia jurídica y cuya producción ha experimentado un aumento progresivo en los últimos años [(4)].

Por añadidura y como se desprende tanto de la experiencia europea cuanto de la más incipiente americana, el empleo de leyes marco y el protago-

[(4)] En general, véase a R. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007 y a R. Pérez-Bustamante, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008.

nismo de la judicatura han conformado un derecho comunitario flexible y casuístico dentro del que ha recuperado su significado e importancia la interpretación y la ciencia jurídica.

Ahora bien, respecto del nuevo derecho común, cabe señalar que desde hace más de treinta años, se ha venido retomando por diversos tratadistas europeos la expresión – y hasta algunos préstamos metodológicos – del *ius commune* europeo bajomedieval, para crear un derecho que sea el resultado del diálogo entre los *iura propia*, es decir, entre el derecho supranacional, internacional, regional, estatal y local de las distintas sociedades vertebradas por la Unión Europea [5]. Dicho derecho común ha sido desarrollado en buena parte por la vía científica, elaborándose distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, destacando las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

La importancia de este nuevo derecho común se encuentra así: a) en su extracción jurisprudencial, b) en su contextura principialística, c) en su método comparativo (sincrónico y diacrónico) y d) en su influencia sobre la educación y la cultura jurídica.

3. — *Integración regional y derecho comunitario.*

La conformación de bloques regionales, que originariamente han surgido a partir de la integración económica, es un proceso y un estado. En tanto que proceso, se suelen distinguir diversas etapas, que van desde las puramente económicas, a) cooperación económica, b) zonas de preferencia arancela-

---

[5] Véase el libro pionero de R. Alonso García, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, 1989. Vale la pena también, entre la abundante literatura sobre este tema, remitirse a la interesante reflexión iusfilosófica que hace G. Robles Morchón, *Pluralismo Jurídico y Relaciones Intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra, 2007. Desde la perspectiva de la historia del derecho véase P. Grossi, *De la Codificación a la Globalización*, op. cit. A partir de la sociología jurídica puede verse la exposición de Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídic*, op. cit.

ria, c) áreas de libre comercio, d) uniones aduaneras, e) mercados comunes y f) uniones económicas y monetarias y que, cuando se proyectan al ámbito de lo social y de lo político, se traducen en la así denominada integración o unión total [6].

[6] Siguiendo en lo fundamental las modalidades originalmente establecidas por Bela Balassa (libre comercio, unión aduanera, unión económica e integración total) y posteriormente complementadas por otros autores y exponiendo cada una de ellas según el orden de menor a mayor intensidad, sin implicar que los procesos de cooperación e integración deban seguir dicha secuencia o el que las distintas categorías se presenten en forma pura, tenemos: a) la cooperación económica, que usualmente se produce bajo la forma de la zona preferencial, aunque también puede producirse en otros ámbitos, como mediante la cooperación general para la protección del comercio realizada a través del GATT o de la OMC, o de la Propiedad Intelectual a través de la OMPI; b) las zonas de preferencia arancelaria, que se presenta cuando dos o más países se dan un trato preferencial en materia aduanera, más favorable que el que conceden a terceros países, tratándose de una excepción al principio de nación más favorecida establecido por el GATT y la OMC; cabe destacar que esta forma de cooperación está ampliamente difundida, piénsese, por ejemplo en los más de cincuenta estados que pertenecen a la *British Commonwealth* o en la Convención de Lomé entre la Unión Europea y setenta países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico; c) las áreas de libre comercio –que también constituyen una excepción autorizada a los principios de la OMC- suponen la supresión paulatina, entre dos o más países, de barreras aduaneras –tarifarias y técnicas- para aumentar su comercio regional; igual que en las zonas de preferencia, no existe una cesión de soberanía, aunque revisten una enorme complejidad por lo que hace a la definición de los 'productos nacionales' de los países parte, lo que conlleva el establecimiento de 'normas' y 'certificados de origen' y una pesada burocracia aduanera para su control; d) las uniones aduaneras son áreas de libre comercio, donde además, se establece un arancel aduanero externo común con relación a terceros países y se fija asimismo un mecanismo para la distribución de las tarifas entre los estados miembros; frente a los tratados de libre comercio tienen la enorme ventaja de hacer desaparecer el requisito de los certificados de origen, aligerando los costos y la burocracia aduanera que conllevan, sin embargo, se requiere para su funcionamiento de una cesión de soberanía para la definición de una política y de una legislación aduanera común; cuando faltan algunos de los anteriores requisitos, algunos estudiosos hablan de uniones aduaneras imperfectas; e) el mercado común es una unión aduanera dentro de la cual se reconocen las cuatro libertades fundamentales del mercado respecto de los factores de la producción (libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales), para lo cual se requiere una mayor cesión de soberanía pues resulta indispensable contar con políticas macroeconómicas comunes y con una legislación armonizada armonizadas para la creación de un mercado unificado, requiriéndose así de una política y de una gestión supranacional en diversos ámbitos como el comercio exterior, la política industrial, laboral y otras que pueden también pactarse; f) por su parte, la unión económica supone un mercado común donde también se unifican –no sólo se armonizan o coordinan- políticas comunes en materia monetaria, financiera y fiscal, traduciéndose en

El origen de las anteriores formas de cooperación (género) e integración económica (especie) en su sentido contemporáneo, se ubica en los procesos – algunos intergubernamentales, otros supranacionales – que han venido desenvolviéndose a partir de la Segunda Guerra Mundial, con mayor profundidad en Europa – aunque también en América, en Asia y en África –, basándose en el principio de complementación económica (de la producción y del consumo), por el que diversos países facilitan su intercambio de bienes y servicios mediante la eliminación de aranceles y otras barreras comerciales para su importación y exportación, con la finalidad de aumentar su productividad – derivada de la operación a escalas – y la búsqueda de la ampliación de los mercados de consumo, con el objetivo de propiciar también una más amplia asignación de los recursos, mediante la creación de riqueza y la generación de nuevas fuentes de empleo [7].

---

legislación específica, estableciéndose o bien cambios fijos y convertibilidad obligatoria de las monedas nacionales, o bien creándose una moneda común, para lo que resulta indispensable una mayor cesión de soberanía y una mayor dotación de competencias para las autoridades supranacionales; g) finalmente, la integración total supone una coordinación y/o unificación de otras políticas y leyes en materia social y política, como pueden ser las relativas a la política exterior, los asuntos de justicia u otros relativos al medioambiente, al deporte, o a la seguridad social, que en algunas ocasiones también son contempladas por la unión económica, aunque con un menor grado de intensidad. Cfr. B. BALASSA. *The theory of economic integration*, Londres, 1961. También, entre muchos otros, seguimos a R. GRANILLO OCAMPO, *Derecho Público de la Integración*, Buenos Aires, 2007; M. T. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*, Buenos Aires, 2006 y A. M. SÁNCHEZ, *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004.

[7] Desde un punto de vista económico, resulta fundamental para el entendimiento del comercio internacional y sus distintas formas de cooperación y de integración, la comprensión de varios conceptos tales como ventaja comparativa, costo de oportunidad, uso eficiente de los recursos, economías de escala, efecto multiplicador, ciclos económicos, competencia imperfecta, externalidades, rendimientos a escala, teorías de estructura arancelaria y proteccionismo, cuotas, subsidios, compensaciones, *dumping* y *dumping* social, adquisiciones gubernamentales, comercio internacional y desarrollo económico, inversión extranjera y flujos de capital, inflación, PIB, precios al consumidor, empresas multinacionales, impacto del comercio internacional en los mercados laborales, movilidad laboral, tercerización o *outsourcing*, mercados de divisas y tipos de cambio, riesgos, cobertura y especulación, paridades, balanzas de pagos y desequilibrios en transacciones internacionales, banca y finanzas internacionales, reservas, mercados de futuros, deuda externa, economía social de mercado, pobreza y desarrollo, entre muchos otros. En relación con los mismos, pueden consultarse

Además de las ventajas de las economías de escala, del ensanchamiento de los mercados y de la creación de riqueza, trabajo y consumo, se ha pretendido favorecer, a través de la integración, a la creación de cadenas valor regionales, buscando también una homologación a la baja de los precios de los productos y servicios para favorecer el consumo y, en todos los casos, constituir plataformas comunes de aprendizaje [8].

No obstante, la cooperación y la integración económicas no son una panacea y se corre el riesgo de que los países menos desarrollados sufran los procesos de compensación de sus asimetrías cuando se integran a economías mayores o más estables. Así ha sucedido especialmente cuando no se establecen oportuna y razonablemente diversas fórmulas – como plazos para la desgravación arancelaria, fondos estructurales o de compensación, sistemas de preferencias aduaneras, subsidios temporales o salvaguardas, entre otras – que permitan que las industrias de los países menos desarrollados, contar con la oportunidad de prepararse para competir, en circunstancias equitativas, con sus homólogas asentadas en países más desarrollados [9].

Sin embargo, si los procesos de integración se desarrollan adecuadamente y con una visión de largo plazo, una vez que se compensan las anteriores asi-

---

– entre muchas otras –, las siguientes obras generales: P. A. Samuelson, W. D. Nordhaus, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, en Revisión y adaptación de Lilianne Isabel Pavón y Carlos Blanco Huitrón, México, 2010; M. Parkin, G. Esquivel, Mercedes Muñoz, *Macroeconomía*, versión para Latinoamérica, traducción de Mónica G. Martínez, México, 2007; R. J. Carbaugh. *Economía Internacional*, traducción de Pilar Mascaró y Magda E. Treviño, 12ª edición, México, 2009; S. A. Berumen, *Economía Internacional*, México, 2001 y M. Parkin, G. Esquivel, *Microeconomía. Versión para la Latinoamérica*, traducción de Julio Silverio Coro Pando, 5ª edición, México, 2001 y R. Torres Gaytán, *Teoría del Comercio Internacional*, México, 2011. También puede verse para el caso específico de América Latina, además de las obras específicas sobre integración jurídica que en su momento se citarán – más actualizadas –, las dos obras siguientes: M. S. Wionczek (coord.), *Integración de la América Latina, experiencias y perspectivas*, México, 1979 y Banco Interamericano de Desarrollo, *Factores para la Integración Latinoamericana*, México, 1969, en las que se encuentran algunos ensayos clásicos sobre la materia. Igualmente es recomendable el libro de R. Tamames, B. G. Huerta, *Estructura económica internacional*, 19ª edición, Barcelona, 1999. Desde la perspectiva del desarrollo puede verse V. L. Urquidi, *Otro siglo perdido. Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005)*, México, 2005.

[8] Cfr. los mismos textos anteriormente citados.

[9] *Idem*.

metrías las economías en desarrollo tienden a volverse menos dependientes y vulnerables respecto de las economías desarrolladas externas a la región y el aumento de la riqueza por el intercambio intra-regional les permite adquirir más bienes de capital procedentes de otras economías desarrolladas [(10)].

Expuesto lo anterior, conviene distinguir ahora, desde un punto de vista estrictamente jurídico, diversos ordenamientos jurídicos transversales y complementarios que frecuentemente se confunden entre sí. De ésa manera, por un lado tenemos el Derecho Estatal del Comercio Exterior, que regula internamente las tarifas y los trámites aduaneros relativos a la importación y exportación de mercancías y servicios y por el otro el Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio que establece, a partir de tratados y organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio, reglas universales aplicables al flujo transfronterizo de bienes y servicios, incluidos los principios de reciprocidad, nación más favorecida, trato nacional y eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias. Dichos ordenamientos jurídicos constituyen a su vez el marco de Derecho Público dentro del cual los particulares realizan sus transacciones bajo el Derecho Privado e Internacional Privado y específicamente el Derecho Mercantil Internacional [(11)].

Dentro del anterior contexto, fue desarrollándose también de manera paralela el Derecho de la Integración en sentido amplio – género –, que regula los intercambios comerciales transnacionales precisamente dentro de la dinámica de desarme arancelario y supresión de las barreras técnicas del comercio internacional, pactado únicamente entre ciertos estados que han

---

[(10)] *Ibidem*.

[(11)] Sobre Comercio Exterior, pueden verse los difundidos textos de F. Pacheco Martínez, *Derecho de la Integración Económica*, México, 2002; E. A. Quintana Adriano, *El Comercio Exterior de México*, 3ª edición, México, 2010 y J. A. Witker, *Derecho del Comercio Exterior* México, 2011. Sobre Comercio Internacional, J. M. Saldaña Pérez, *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, México, 2008 y C. H. Reyes (coord.), *Temas Selectos de Comercio Internacional*, México, 2008. Véase también el trabajo de R. Cruz Miramontes, *¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?,* en F.J. Gaxiola, M.C. Platas (compiladores), *Discursos de Ingreso 1930-2007 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*, México, 2009. Sobre el derecho mercantil internacional véase la obra clásica de L. F. de la Gándara y A. Luis Calvo Caravaca, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, 1995.

acordado conformar un bloque económico, bajo la excepción a los principios del GATT-OMC.

Ahora bien, dada la naturaleza procesual de la integración regional – que va, como se dijo, de las preferencias arancelarias a la integración total – cabe distinguir, desde un punto de vista científico, el Derecho de la Integración en sentido estricto (especie del Derecho de la Integración como género), como una variante del Derecho Internacional del Comercio que abarca las fases pre-comunitarias de la integración económica – preferencias arancelarias, libre comercio y unión aduanera – del Derecho Comunitario como un ordenamiento eminentemente supranacional, propio y específico de las etapas más avanzadas como el mercado común, la integración económica completa y la integración total.

La importancia de la anterior distinción estriba en que el Derecho Comunitario es un derecho supranacional – que no internacional, cooperativo o intergubernamental – pues se caracteriza precisamente por ciertos principios característicos – como la primacía, la aplicación inmediata y el efecto directo – que desbordan los cauces tradicionales del Derecho Internacional Público [(12)].

De esta manera, el Derecho Comunitario – al que también nos referimos como derecho de la integración, en su sentido lato, pero teniendo en cuenta la diferenciación anteriormente hecha – constituye una materia diversa y novedosa, que a pesar de haber aparecido hace apenas sesenta años, ha revulsionado los parámetros formales del Derecho Internacional y los límites materiales del Derecho del Comercio Exterior [(13)].

Por lo que hace a lo primero, vale la pena señalar que el Derecho Internacional Público tradicionalmente se había ocupado de regular las relaciones

---

[(12)] Aunque los anteriores intentos de diferenciación y definición jurídica son propios, asumiendo la correspondiente responsabilidad por los mismos, en muchos sentidos se encuentran inspirados en la lectura reflexiva de diversos textos clásicos sobre la materia; además de los anteriormente citados – y los que en su momento serán referidos específicamente para otros temas – he tomado muy en cuenta la exposición de R. Dromi, M. A. Ekmekdjian y J. C. Rivera, *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR.*, Buenos Aires, 1996 y las de mis admirados colegas R. A. García, C. Molina del Pozo, C. Pizzolo, que posteriormente serán citados.

[(13)] C. Pizzolo. *Derecho e Integración Regional. Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, 2010.

entre los sujetos derecho internacional – principalmente los estados – y sólo hasta el siglo XX de configurar también organismos internacionales.

Ciertamente el derecho internacional moderno, a partir del paradigma soberano, se constituyó primero como un *ius voluntarium gentium* o derecho de coordinación entre los Estados a través de tratados internacionales y, sólo a partir del siglo XX, la cooperación interestatal asumió también la forma de la asociación mediante la creación de organismos internacionales investidos de personalidad jurídica [(14)].

Sin embargo, dicho derecho internacional público – tanto el cooperativo como el asociativo –, más allá de sus normas de *ius cogens* y de algunas disposiciones más bien excepcionales dentro del ámbito del derecho convencional de los tratados (*ius dispositivum*), se trata de un derecho que establece precisamente la coordinación entre los estados, mientras que el derecho comunitario de la integración regional: a) establece más bien un ordenamiento jurídico completo que viene a insertarse en los ordenamientos particulares de los estados parte, b) se supraordina a los derechos internos de los países signatarios, c) aunque parte de tratados internacionales (derecho originario) es desarrollado ulteriormente por una estructura institucional (derecho derivado) a partir de una lógica supranacional, d) envuelve una auténtica cesión de soberanía, usualmente reconocida a través de una cláusula de habilitación de las Constituciones de los estados parte, y que, además, por regla general, e) es de aplicación inmediata y tiene un efecto directo sobre los particulares [(15)].

Igualmente, por lo que respecta al ámbito material del Derecho Comunitario, éste no puede considerarse agotado por los instrumentos de integración propios del Comercio Internacional o del Derecho de la Integración en sentido estricto, que abarca – como se expuso – desde las zonas de libre comercio hasta las uniones aduaneras. Tras el mercado común se encuentra todavía la unión económica, pero sobre todo, queda aún el último tramo que se denomina como la integración total [(16)].

[(14)] Cfr. Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, 1994. p. 63 y ss.

[(15)] Cfr. C. Pizzolo, *Derecho e Integración Regional*, cit., passim y S. C. Negro (directora). *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, 2010.

[(16)] Cfr. G. Ocampo. *Derecho Público de la Integración*., cit.

Así, aunque el Derecho Comunitario suele gestarse a partir de la evolución de dichos esquemas de integración económica – que pueden considerarse, según se dijo, como una fase precomunitaria o embrionaria del mismo – lo cierto es que no se limita a la consecución de las libertades económicas básicas de la integración (libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios), sino que comprende también la regulación de ciertas políticas sectoriales básicas para la consolidación económica, como lo son las de la competencia, la fiscal, la comercial, la del consumidor y hasta la laboral.

Más aún, en el caso de la Unión Europea, desde el último tercio del siglo XX se buscó ampliar el horizonte de la construcción de la "Europa de los Mercaderes" propiciando el desarrollo de políticas sectoriales en muy diversos ámbitos sociales y culturales, que abarcaron lo mismo aspectos de protección de la salud que del medio ambiente.

Pero además, la integración regional a través del Derecho Comunitario comprende la protección de los derechos fundamentales y la misma formación de una ciudadanía regional que permita revertir el déficit democrático propio de una estructura conformada a partir de un Tratado Internacional, buscando mecanismos para asegurar su representatividad política, así como ofrecerle a los habitantes de la región diversas facilidades y beneficios en materia de circulación y residencia. Adicionalmente, tendría que considerarse la asunción de posturas internacionales comunes así como la cooperación en diversos ámbitos policiales y de justicia como una característica propia de los desarrollos más profundos de la integración jurídica.

Por todas las anteriores razones, las actuales teorías y experiencias de integración han mostrado que el elemento económico es sólo uno de los múltiples nexos que propician la articulación regional de estados, debiéndose tomar también en cuenta, de manera particularmente especial cuando se buscan integraciones más estrechas, los nexos de índole geográfica, social, cultural y política [(17)].

En fin, la misma progresividad del Derecho Comunitario, permite anticipar que incluso sus actuales fronteras, ciertamente dilatadas, continuarán todavía extendiendo su ámbito material e importancia.

De hecho, hoy por hoy el derecho de la integración, según varios estu-

[(17)] Cfr. P. Negro. *Derecho de la Integración*, cit.

diosos, presupone: a) la estabilidad política de los estados a integrarse, b) su estabilidad económica, c) el consenso social de su ciudadanía, d) la promoción de un derecho que precomunitario que permita la integración, y e) la articulación de las regiones intra-estatales de los países miembros. Además, abarca como sus objetos – según se dijo – a la integración económica, social, cultural y política. Más aún, tiene como sus objetivos o finalidades propias el afianzamiento de la paz, el desarrollo económico y el enriquecimiento social, cultural y espiritual de los pueblos.

Y dichos presupuestos, objetos y fines, pueden ya darnos una idea de la amplitud de sus ámbitos materiales actuales [18].

Finalmente, por lo que respecta a los principios generales del derecho comunitario – algunos de los cuales, como propios del modelo europeo, fueron expuestos en el anterior capítulo – la doctrina generalmente reconoce los siguientes: a) autonomía, por cuanto que su derecho no se configura a partir de la lógica de los derechos de los estados parte, sino de una lógica propia, de naturaleza comunitaria y por ende comparativa e histórica, b) operatividad, por cuanto que por regla general es de aplicación inmediata y efecto directo, sin necesidad de acto normativo estatal de recepción ulterior, c) supranacionalidad, d) primacía, e) competencia, subsidiariedad y proporcionalidad, f) seguridad jurídica y responsabilidad, g) colaboración e interpretación concurrente y g) progresividad [19].

En síntesis, el Derecho Comunitario de la integración: a) formalmente constituye un ordenamiento jurídico supranacional, b) desarrollado por la vía convencional (derecho originario) y a través de la ulterior actividad normativa de una estructura institucional (derecho derivado), c) que se encuentra inserto en los ordenamientos de los estados parte, caracterizándose por su primacía, autonomía, operatividad, supranacionalidad y naturaleza colaborativa, y d) que materialmente comprende mucho más que el comercio internacional y exterior, proyectándose transversalmente a través del derecho público, privado y social, a ámbitos tan diversos como el económico, el social, el cultural y el político.

---

[18] Cfr. A. M. Sánchez. *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004.

[19] Cfr. M. Domínguez, *Derecho de la Integración,* cit., pp. 88 y ss.

Y dicho Derecho Comunitario de la integración es además, la bisagra de un nuevo derecho global y la misma expresión de una nueva dogmática jurídica que ha venido conformándose durante las últimas décadas y sigue aún definiendo sus perfiles.

Para cerrar este apartado conviene únicamente observar que en el ámbito de la integración regional, además del caso europeo – hasta el momento, sin duda, el más completo y exitoso –, existen otros múltiples esquemas, entre los cuales podemos distinguir, según Midón varios modelos. En primer lugar, el referido autor ubica un "modelo embrionario", como fue el de la integración africana, que dio origen a la Comunidad Económica de Estados de África Central (CEEAC), a la Conferencia para la Coordinación del Desarrollo del África Austral (SADCC), a la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), a la Zona de Comercio Preferencial de África Austral y Oriental (PTA) y a la Comunidad Económica del África del Oeste (CEDEAO), así como a la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (SAARC). En segundo lugar se aprecia un bloque de "integración tenue", dentro del cual podrían ubicarse el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y la Unión Aduanera del África Austral (SACU). En tercer lugar se mencionan las "integraciones de vigor medio", como serían la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano y el MERCOSUR. Finalmente, como realización más completa de los esquemas de integración regional, tendríamos la "integración de compromiso superior", representada precisamente por la Unión Europea [(20)].

Por último, habría que observar que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica – y también histórica, social y cultural – como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990's y ha

[(20)] Cfr. M. A. R. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1998, *passim*. Aunque la ubicación de los diversos esquemas de integración dentro de la anterior tipología – y la misma tipología – es objetable, ofrece sin embargo un panorama general útil para quienes se acercan por primera vez al tema.

tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

4. — *El Derecho Comunitario y Común Europeo como base de una nueva dogmática global.*

4.1. – *Origen y estructura de la Unión Europea.*

El derecho de la integración surge y se ha desarrollado en su versión más acabada en el ámbito regional europeo. Su comprensión requiere de una mínima referencia al proceso de integración económica, social, política y cultural europea, así como a la estructura institucional a través de la cual se ha venido configurando [21].

---

[21] Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: J. P. Pampillo Baliño, *Historia General del Derecho*, Oxford, 2008 y *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*, México, 2012 y *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, Bogotá, 2012. También en diversos ensayos consultables en mi página web académica: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: R. Alonso García, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, 1989; R. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007; Klaus-Dieter Borchardt, *El ABC del Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 2000; Mar Campins-Eritja, *Proceso de Integración en la Unión Europea*., Barcelona, 1996; M. D. Díaz-Ambrona Bajadí (Directora), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid, 2001; U. Draetta, *Elementid di diritto dell' Unione Europea. Parte instituzionale. Ordinamento e struttura.* 5ª ed., Milano, 2009; U. Draetta, N. Parisi, *Elementi di diritto dell' Unione Europea Parte speciale. Il diritto sostanziale,* 3ª ed. Milano, 2010; P. García Picazo, *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*, Madrid, 2008; G. Isaac, *Manual de Derecho comunitario general*, 5ª ed. Barcelona, 2000; Mar Jimeno Bulnes, *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; F. Lézé, V. de la Rosa, A. Islas Colín, *La Unión Europea*, México, 2010; E. L. Paniagua, P. Mellado Prado, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2003; D. López Garrido, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, 2005; A. Mangas Martín, *La Constitución Europea*, Madrid, 2005; C. Molina del Pozo, *Derecho de la Unión Europea,* Madrid, 2011; C. Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edición, Madrid, 2002; C. Molina del Pozo, *Tratado de la Unión Europea.* 3ª edición, Granada, 1999; J. M. Peláez Marón, *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Madrid; 2000; R. Pérez-Bustamante, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El Juez Nacional como Juez Comunitario*, Madrid, 1993 y A. Truyol, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Madrid, 1992.

El punto de partida de la integración europea fue el Tratado de París de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) [22]. Por virtud del Tratado de París, los Estados Parte cedieron ciertos 'derechos soberanos' en favor de una Alta Autoridad respecto de la producción comunitaria de carbón y acero, confiando a la misma la gestión de una política supranacional con el objeto de crear un mercado común del carbón y del acero donde rigiera la libre circulación y la libre competencia.

Posteriormente, en 1957, se firmaron los dos Tratados de Roma; el primero constituyó la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) para la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear, y el otro, de mayor alcance, conformó la Comunidad Económica Europea (CEE). La CEE se creó como un 'mercado común' con las mismas características de un mercado nacional, esto es, con el establecimiento de una 'unión aduanera', con 'libre circulación interna' de mercancías y su protección externa mediante un 'arancel común', pero también garantizando la 'libre circulación' de los demás 'factores de la producción' – personas, servicios y capitales –, preservando a su vez la 'libre competencia'.

Con el paso del tiempo, la estructura institucional de las tres comunidades fue identificándose y perfeccionándose, para conformarse en lo fundamental por la Comisión como órgano supranacional comunitario, por el Consejo de Ministros, que representaría a los Estados Parte, por la Asamblea – posteriormente el Parlamento Europeo – que representaría a la ciudadanía europea y por el Tribunal de Justicia, encargado de garantizar la observancia del derecho.

Estructuradas las Comunidades y su aparato institucional, el proceso de integración europea puede sintetizarse, según la opinión del Profesor Isaac: "en función de su conclusión, ampliación y profundización." [23]

Dicho proceso de conclusión, ampliación y profundización se tradujo a través de las décadas en: a) la consolidación de la naturaleza supranacional

---

[22] Los textos citados de los tratados y protocolos comunitarios pueden consultarse siempre con seguridad en la obra de R. A. García (editor), *Tratados y Legislación Institucional de la Unión Europea*, Navarra, 2008. Varios textos históricos pueden consultarse también en la diversa obra E. García de Enterría, A. Tizzano, R. Alonso García, *Código de la Unión Europea*, Madrid, 2000.

[23] G. Isaac, *Manual de Derecho comunitario general*, cit., p. 24.

de las Comunidades, b) la conformación de una ciudadanía europea, c) la ampliación de la Europa de los seis en la Europa de los veintisiete, d) la superación de la mera integración económica para abarcar otros ámbitos sociales y culturales, así como políticos, de relaciones exteriores y de justicia.

El anterior proceso tuvo entre sus principales hitos el Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992, cuya principal aportación fue la creación de la Unión Europea, integrando dentro de ella a las tres Comunidades. El siguiente paso lo dio el Tratado de Ámsterdam de 1997 y luego el de Niza de 2001 que estableció la Carta de Derechos Fundamentales.

Ulteriormente, en octubre de 2004, se firmó el "Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa", o nuevo Tratado de Roma, que siendo excesivamente ambicioso en cuanto a su intencionalidad política, naufragó al ser sometido a ratificación. Así, el último paso en la construcción europea fue el Tratado de Lisboa, firmado en 2008 y en vigor internacional a partir de 2010, que se ha considerado menos ambicioso por lo que respecta a su intencionalidad político-constitucional, aunque recogió una buena parte de los trabajos preparatorios del Tratado de Roma, procurando su 'desconstitucionalización' en su misma denominación, así como respecto de sus símbolos (bandera, himno, divisa) y terminología, evitando cualquier expresión que pudiera sugerir el establecimiento de un macro-Estado.

Por lo demás, los Tratados de Lisboa supusieron un innegable avance en el proceso constructivo de Europa; en primer lugar, subsumió a las tres Comunidades originarias – que desaparecieron a partir del mismo – en la Unión Europea, a la que se le dotó finalmente de personalidad jurídica internacional. Asimismo, dicho tratado profundizó las competencias de la estructura comunitaria – particularmente en los ámbitos de la política exterior, la seguridad común y los asuntos de justicia –, simplificando el funcionamiento de la estructura institucional de la Unión [(24)].

En lo que hace a los órganos comunitarios europeos, su estructuración y competencias – que han variado significativamente a lo largo de los últimos sesenta años – se ha caracterizado, como resultado del pragmatismo con el que se ha producido la construcción europea, por su condición ambigua, en ocasiones entrecruzada y muchas veces inclusive contradictoria, a pesar

[(24)] Cfr. R. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, cit., *passim*.

de los indudables avances que supuso en esta materia el Tratado de Lisboa.

Dentro del ámbito de la estructura institucional europea no existe propiamente una 'división de poderes'. Aunque la función jurisdiccional está depositada en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo (TJUE), lo cierto es que el poder ejecutivo lo comparten la Comisión Europea (órgano supranacional autónomo) y el Consejo de la Unión Europea (órgano integrado por representantes a nivel ministerial de los países miembros), y así también el legislativo se encuentra fragmentado entre la Comisión, el propio Consejo y el Parlamento Europeo.

Adicionalmente, tiene un papel protagónico también el diverso Consejo Europeo, integrado por los Jefes de Estado y de Gobierno, que define las prioridades y políticas generales de la Unión y existen también – además de los anteriores órganos fundamentales – otros muchos organismos como el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones, el Defensor del Pueblo Europeo y varios entes y agencias especializadas.

Cabe destacar que los distintos órganos fundamentales que conforman la estructura supranacional europea, 'representan' 'diversos intereses', en muchas ocasiones 'contrapuestos'. Así, el Consejo de la Unión Europea representa ante todo a los gobiernos de los Estados miembros, la Comisión representa por su parte el interés de la Unión y promueve consecuentemente la profundización y progresividad en la integración, mientras que el Parlamento representa a la ciudadanía europea.

4.2. – *El derecho comunitario y común europeo (noción, fuentes, principios y métodos).*

Considerando lo anteriormente expuesto, puede decirse que el derecho comunitario es un 'ordenamiento supranacional', que ha desbordado los cauces del derecho internacional público clásico, por virtud de una 'cesión de soberanía' por parte de los Estados miembros de la Unión.

Pero, tratando de comprenderlo mejor, hay que observar que el derecho comunitario se conforma, según la jurisprudencia del TJUE, como "un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros", que ha estructurado a la Unión Europea como una "comunidad

de derecho", envuelta por un "nuevo ordenamiento jurídico", cuyos sujetos de aplicación "no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales".

Consecuentemente, el derecho comunitario europeo es un 'ordenamiento jurídico supranacional', 'integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales', de naturaleza 'supranacional y colaborativa', que se ha conformado como un 'derecho común', incorporado dentro de la dinámica jurídica de los 'derechos propios' de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos.

Respecto de las fuentes del derecho comunitario, se suele distinguir entre el 'derecho comunitario primario' y el 'derecho comunitario secundario', según se trate del derecho fundamental establecido por los tratados constitutivos – y, según un amplio sector de la doctrina, la jurisprudencia del TJUE – o de aquél otro de naturaleza derivada, producido por las instituciones creadas por los tratados en aplicación de los mismos.

Dentro de las fuentes del derecho comunitario derivado o secundario destacan especialmente dos: por un lado los reglamentos (verdaderas leyes europeas), como normas jurídicas generales, completas y autoaplicativas, tendientes a la unificación jurídica y, por el otro, las directivas (especie de leyes marco) como normas incompletas y heteroaplicativas, que requieren ser 'transpuestas' a los ordenamientos jurídicos de los estados, dejando a la libertad de los mismos la elección de los medios e instrumentos para su consecución y, fungiendo así como el instrumento de armonización jurídica por antonomasia.

Asimismo, dentro del ámbito del derecho derivado, la doctrina europea ha distinguido las normas vinculantes, conocidos como *hard law* (reglamentos y decisiones) de las decisiones, recomendaciones y dictámenes como *soft law*. El *soft law* comunitario ha desempeñado una labor importante dentro del derecho europeo, sirviendo como instrumento de armonización y como marco de referencia interpretativa, como criterio para orientar la conducta del servicio público europeo y como insumo consultivo dentro de los procesos deliberativos para el desarrollo normativo.

Por último, vale la pena señalar que el derecho de la integración europea se encuentra orientado por diversos 'principios fundamentales', de entre los

cuales pueden destacarse: a) los que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, seguridad jurídica y responsabilidad), y b) los propiamente intrínsecos del derecho comunitario (aplicación inmediata, efecto directo, supremacía e interpretación concurrente).

Habiendo bosquejado las principales características del derecho comunitario, conviene perfilar la naturaleza e importancia de los 'principios generales comunes', creados vía pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo [25].

Para tales efectos, hay que decir en primer lugar que los métodos interpretativos seguidos por el TJUE han sido fundamentalmente el sistemático y el teleológico, ocupando un lugar especial la interpretación concurrente para asegurar la incorporación armónica del derecho comunitario dentro los derechos estatales y el acoplamiento de estos últimos al derecho de la integración, mediante el empleo, respectivamente, de los principios *pro constitutione* y *pro communitate*.

A partir de la anterior interpretación, el TJUE ha procurado descubrir, declarar y establecer los 'principios generales comunes' aprovechando la 'tradición jurídica común', mediante un interesante ejercicio de comparación jurídica (sincrónica y diacrónica).

El *modus operandi* del Tribunal de Luxemburgo ha venido perneando tanto a los operadores jurídicos prácticos europeos cuanto a los nacionales, dotando de un dinamismo dialéctico al derecho comunitario, dinamismo que a su vez le ha permitido a su vez colmar sus inmensas lagunas [26]. Estos principios han propiciado además, según la expresión de Von Bogdandy,

---

[25] Sobre el Tribunal y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de M. Jimeno Bulnes, *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; R. E. Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*, Bruselas, 1996; J. N. Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, 1998; D. Ruiz-Jarabo Colomer, *La Función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,* y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, F. Castillo de la Torre, *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ambas en C. Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid, 2003.

[26] R. E. Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*, cit., p. 288.

la creación de un auténtico "espacio jurídico europeo" que conforma una especie de nuevo *ius europaeum* [27].

Los principios generales comunes son pues el producto de un análisis dogmático, comparativo, histórico y progresivo, desarrollado a través de un itinerario que bien puede considerarse como 'tradicional-actual-proyectivo'. Por ello deben considerarse como un factor fundamental en la evolución del derecho comunitario europeo.

Finalmente, por lo que respecta al nuevo derecho común europeo, cabe destacar que los principios que durante los últimos treinta años ha venido desarrollando la doctrina, son en cierto sentido similares a los *Restatements* del derecho estadounidense, facilitando la enseñanza del derecho pero también procurando una orientación práctica que permite que puedan ser utilizados como derecho supletorio.

Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse: los *Principles of European Contract Law (Comisión Lando),* el *Study Group on a European Civil Code (Proyecto von Bar),* el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía),* los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros [28].

Más recientemente, destacan los que se han traducido en el *Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo*, que recoge una serie de principios, definiciones y reglas modelo, en cuya preparación colaboraron eminentes juristas como Von Bar, Clive y Schulte-Nölke, así como importantes sociedades científicas como la Henri Capitant. Desde el año 2011 se ha sumado también a este esfuerzo Instituto Jurídico Europeo, dependiente de la Comisión [29].

---

[27] A. VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, México, 2011, pp. 3 y ss.

[28] En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003; H. COING, *Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antonio Pérez Martín, Madrid, 1996.

[29] Cfr. R. SCHULZE (ed), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008.

Este nuevo derecho común, además de haber reivindicado un nuevo espacio para la ciencia jurídica, está contribuyendo a brindarle un poderoso soporte epistemológico al derecho europeo, sirviendo igualmente de orientación y contrapeso a la actividad jurídica de las instituciones comunitarias, devolviéndole a su vez a la sociedad el origen de la juridicidad que le fuera expropiado por los estados.

4.3. – *El derecho de la Unión Europea como fuente de una nueva dogmática jurídica.*

El derecho de la integración europea y el derecho común se han convertido en una especie de 'derecho bisagra'.

A lo largo de la historia de nuestra tradición jurídica – lo mismo que en otras culturas – se advierte un constante debate entre el universalismo y el localismo como tendencias conformadoras de los diversos ordenamientos jurídicos. Dicha constante arraiga en la realidad de que las personas, las sociedades y sus derechos, a lo largo y ancho de la historia y de la geografía, presentan similitudes y diferencias que hunden sus raíces en la identidad de su naturaleza que, sin embargo, se realiza y expresa de manera diferente según diversas circunstancias que inciden en la estructura de sus relaciones sociales y el desarrollo de su propia cultura [30].

En el ámbito de la tradición occidental abundan ejemplos de esta tensión. En la Antigüedad, tenemos la dicotomía entre el *ius civile* y el *ius gentium* [31]. En el Medioevo encontramos la expresión más característica de esta dualidad en la dinámica entre los *iura propria* y el *ius commune* europeo. Durante la Modernidad, en contrapartida, se advierte una oscilación pendular hacia los derechos nacionales en detrimento de la cultura europea común, como aconteció durante la Antigüedad con el provincianismo del derecho quiritario del periodo arcaico, o hacia la Alta Edad Media con los derechos germánicos y feudales [32]. Sin embargo, con posterioridad nos encontramos – como en

---

[30] Me he ocupado de este asunto en J. P. Pampillo Baliño, *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*, México, 2005.

[31] Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *Historia General del Derecho*, cit., pp. 104 y ss.

[32] *Idem*, pp. 137 y ss.

los anteriores casos – un principio de superación de dicho localismo, que en la Edad Contemporánea ubicamos en la difusión de la codificación y del constitucionalismo primero, en la universalización de los derechos humanos después – y de modo especialmente sintomático – con la construcción del nuevo derecho europeo [33].

El derecho comunitario y el nuevo derecho común se nos presentan así como una bisagras dentro del contexto universalismo-localismos de la glocalización, conformada un conjunto de principios, directrices y reglas de naturaleza supranacional, tendientes a facilitar el diálogo entre los ordenamientos jurídicos estatales, regionales y transnacionales que se aplican dentro de un determinado ámbito geográfico, con el propósito de establecer mínimos y máximos, valores comunes y estándares compartidos para una comunidad que engloba a varias naciones, proveyendo los instrumentos de armonización jurídica necesarios para la realización de diversos objetivos comunes [34].

Y precisamente por cuanto que la integración regional es una de las realizaciones propias de nuestro tiempo, con presencia en diversas latitudes y, específicamente, en Europa y en América, es que puede augurárseles al derecho comunitario y común un presente y sobre todo un futuro promisorios.

Así, de la misma manera en la que en Europa se habla actualmente de un nuevo *ius commune* y de un *mos europaeus*, ya empieza a hablarse también en América de un *mos americanus* [35].

Más aún, en tanto que derechos bisagras, las técnicas (fuentes, principios y método) del derecho comunitario y común pueden servir – y de hecho están sirviendo – a la propia articulación del pluralismo normativo del 'sistema mundo' (universal, regional, transnacional, estatal y local), lo que pudiera desembocar en la conformación de un auténtico *mos global*.

De esta manera, el derecho de la integración y el derecho común pudieran convertirse – de hecho se están convirtiendo – en uno de los principales nutrientes de una nueva dogmática jurídica.

A este respecto, vale la pena observar que la tradición jurídica occidental

---

[33] *Ibidem*, pp. 309 y ss.

[34] Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *La Integración Americana*, cit., passim y *Hacia un Nuevo Ius Commune Americano*, cit., *passim*.

[35] Ibidem, *passim*.

se ha desarrollado a partir de la sucesión de diversas dogmáticas y metodologías jurídicas, como formas generales de pensamiento jurídico [36].

Tanto las dogmáticas (vigentes) como las metodologías jurídicas (críticas, propositivas y, eventualmente, aspirantes a sustituir a las dogmáticas vigentes) han buscado responder a tres preguntas fundamentales: a) una primera comprensiva o filosófica: ¿qué es el derecho?, b) una segunda epistemológica y metodológica: ¿cuál es el estatuto, objeto y método del conocimiento de lo jurídico? y c) una tercera práctica o praxeológica: ¿cómo se operan los ordenamientos jurídicos y de qué instrumentos pueden servirse los operadores jurídicos para ello? [37]

La dogmática jurídica del positivismo legalista formalista en su 'formulación kelseniana', propuso: a) filosóficamente: derecho = ley = norma = forma, b) epistemológicamente: el estudio del derecho lo realiza una ciencia nomotética, cuyo objeto es la estructura lógica de la norma jurídica, como recipiente formal vaciado de todo contenido – considerado como 'metajurídico' – y cuyo método es el de atribución, y c) praxeológicamente: el ordenamiento jurídico opera mediante la aplicación silogística de la norma a la realidad y la subsunción de ésta última dentro de las hipótesis normativas [38].

Y aunque en sus 'versiones garantistas' y 'neconstitucionalistas', esta dogmática jurídica ha experimentado cambios notables [39], lo cierto es que la cantidad y la profundidad de las transformaciones políticas, sociales, eco-

---

[36] Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *Historia General del Derecho*, cit, *passim*.

[37] Cfr. *Idem*.

[38] Cfr. *Ibidem*.

[39] Entre dichos cambios pueden señalarse como las más característicos: a) eltránsito del estado de derecho al estado constitucional de derecho y del modelo legalista al modelo garantista; b) la revisión de la teoría de la validez formal de las normas a partir de una nueva relación forma-substancia que ha revalorado el contenido esencial de los derechos; c) la evolución desde la democracia formal hacia la activa y substancial; d) el reconocimiento, junto a las normas, de la existencia de principios; e) la redefinición del papel del juez como aplicador de leyes a un intérprete de la Constitución; f) el ensanchamiento del arbitrio judicial y enriquecimiento de las técnicas de la argumentación jurídica, g) la ampliación del *corpus* de los derechos humanos y de los medios de protección de los mismos, por la vía constitucional e internacional; y un muy largo etcétera. Cfr. entre la abundante literatura: M. Carbonell (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003; P. Comanducci, *El neoconstitucionalismo*, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Madrid, 2010; L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, 2008; L. P.

nómicas, culturales y también jurídicas que se han experimentado en las últimas décadas, han debilitado grandemente su capacidad para comprender al derecho, para fundamentar su estudio y para operar los ordenamientos jurídicos [40].

Dentro del anterior contexto, el derecho comunitario y común ofrecen una serie de elementos que se nos presentan con un destacado valor dogmático.

En efecto, según se expuso, a) se trata de ordenamientos jurídicos bisagra propios del nuevo pluralismo normativo que es resultado de las tensiones entre globalización y localismos, sirviendo para armonizar su diversidad, b) en ambos casos, son derechos que se estructuran de manera horizontal y colaborativa, conformándose no sólo por normas (*hard-law*), sino también por reglas y principios (*soft-law*), c) se nos presentan asimismo como un conjunto de reglas, principios, normas precedentes judiciales y opiniones doctrinales que recorren los ámbitos tradicionales del derecho público, privado y social y que en cierta manera los vertebran y estructuran como derecho público, privado y social comunitario o común, d) se integran de manera precisa-

---

SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª edición, México, 1999; G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Trad. de Marina Gascón, Madrid, 1995.

[40] Sin contar los grandes acontecimientos político, sociales y culturales como las grandes guerras, la globalización, el desarrollo de las tecnologías de información y la sociedad de conocimiento, o el tránsito del mundo bipolar de la guerra fría tras la caída del muro del Berlín, pueden identificarse, en el ámbito iusfilosófico, una auténtica constelación de metodologías críticas respecto del legalismo primero y del positivismo después, propuestas desde el siglo XIX como parte del naturalismo jurídico (Gèny, Ihering, Ehrlich, Kantorowicz, etcétera), con proyecciones hasta el siglo XX como parte del realismo jurídico (Hägestorm, Lundsted, Olivercrona), o en la evolución del propio formalismo jurídico (Hart, Dworkin, el propio garantismo y neoconstitucionalismo), el renacimiento del iusnaturalismo y en general las diversas corrientes del estimativismo jurídico, las diversas teorizaciones sobre los derechos humanos y su protección, el tridimensionalismo y después el integracionismo jurídico, las escuelas de la argumentación jurídica y, en fin, múltiples planteamientos filosóficos y científicos. En el campo de la praxis, baste recordar la desintegración del estado, del monismo legislativo, el desarrollo de la nueva *lex mercatoria*, la proliferación de medios alternos de solución de controversias, la evolución de los derechos internacional público y privado y el surgimiento de un nuevo derecho supranacional. Los anteriores cambios, extraordinarios tanto en términos cuantitativos como cualitativos, han mermado las virtudes dogmáticas del positivismo legalista formalista. Cfr. J. P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia General del Derecho*, cit., pp. 293 y ss.

mente flexible y casuística, reivindicando la centralidad de la jurisdicción y de la ciencia jurídica como fuentes formales del derecho, e) le han devuelto una especial protagonismo a la interpretación y la argumentación jurídica, privilegiando los métodos sistemático, teleológico, comparativo – sincrónico y diacrónico –, progresivo y concurrente, a través de los cuales se realiza la 'conservación-innovadora' de una alta cultura jurídica mediante su actualización-tradicional-proyectiva, f) han propiciado un diálogo entre ordenamientos jurídicos que propicia un enriquecimiento recíproco de los mismos, g) han conformando un patrimonio de principios jurídicos comunes, siendo a su vez dichos principios un lugar de confluencia entre las familias del *civil law* y del *common law*, h) por lo que toca al derecho comunitario, los principios que lo recorren (primacía, efecto inmediato, aplicación directa, interpretación concurrente, competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, seguridad jurídica y responsabilidad) han dado lugar a que este derecho se haya convertido en un ordenamiento común inserto en los ordenamientos jurídicos propios, propiciando un intercambio judicial y doctrinal que ha enriquecido a la ciencia jurídica, i) han promovido la creación de una cultura jurídica común a través de la armonización, j) asimismo, sobre todo el derecho común, ha creado un patrimonio de principios científicos supletorios, desarrollando un nuevo soporte epistemológico para una ciencia jurídica común que le ha devuelto a la jurisprudencia – y en general a la sociedad – el origen de la creación jurídica que le había sido expropiada por el estado a partir de la codificación.

Por todas las anteriores razones, pensamos que el derecho de la integración y el nuevo derecho común serán el nuevo paradigma jurídico del siglo XXI, tanto en aquéllas regiones donde se vislumbra en el corto-mediano plazo la creación de bloques – como en América –, como también para reconducir la complejidad del pluralismo del sistema mundo, articulando sus proyecciones universales, regionales, transnacionales, estatales y locales, así como estableciendo los fundamentos de una nueva ciencia jurídica común para toda la humanidad como eventual resultado de la globalización.

5. — *Retrospectiva y actualidad de la Integración Jurídica Americana.*

5.1. – *Etapas históricas y actuales.*

El proceso de integración jurídica americana, visto desde una perspectiva histórica, se ha desarrollado a través de las siguientes fases:

1) Propuestas de articulación de los Reinos Hispanoamericanos (finales del siglo XVIII y principios del XIX), *2) Utopías y primeros Proyectos Iberoamericanos* (primeros dos tercios del siglo XIX), *3) Proyectos Panamericanistas* (finales del s. XIX hasta nuestros días) *4) Proyectos Latinoamericanos* (1950's-1980's y hasta nuestros días), *5) Fragmentación Subregional del Continente* (1960s-1990's y hasta nuestros días) y *6) Entre América Latina y el Pacífico* (desde los 1990's) [41].

La primera etapa, supuso ante todo la estructuración del espacio geográfico hispanoamericano y su posterior unificación cultural, que fue obra de la Monarquía Universal Española. Durante este periodo se gestó Hispanoamérica como un conjunto de Reinos dependientes de la Corona Española, articulados gracias al principio de unión personal diseñado por los Reyes Católicos y proseguido por los Habsburgo y caracterizado por ciertos márgenes de autogobierno, en el que todos los reinos tenían un estatus jurídico y político diferenciado y disponían de su propio Consejo. La Monarquía Española fue pues el primer antecedente de la integración americana, formando ella misma parte de un proyecto supranacional muchísimo más

[41] En parte seguimos aquí algunas propuestas de periodización planteadas por Arturo Oropeza García, aunque también – como se verá – nos separamos de muchos de sus planteamientos. Se transcribe a continuación la síntesis de su opinión sobre el particular: "Latinoamérica da inicio a su proceso de integración, desde el momento que la Monarquía Española, a través de la imposición de su hegemonía política y militar, entrelaza el destino de las futuras naciones latinoamericanas por medio de la cultura, la religión y el lenguaje (Integración Hispanoamericana). Se continúa con sus procesos de Independencia, donde se fortalece ante la adversidad y se nutre de los sueños de una nueva región que se imagina más prospera, fuerte y unida (Integración Bolivariana)… Se institucionaliza ante la convocatoria del poder real de Estados Unidos en 1889 en la celebración de la primera conferencia Internacional Americana (Integración Panamericana); y se continúa hasta nuestros días en un último impulso que inicia con la fundación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960. (Integración Latinoamericana), A. Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*, México, 2010, p. 19.

ambicioso, vinculado por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica [42].

Durante esta primera fase, hubo ya algunos intentos para conformar una Comunidad Hispanoamericana de Naciones, como lo fue, por ejemplo, el *Dictamen Reservado* presentado en 1783 por el Conde de Aranda [43], el proyec-

[42] Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de D. A. Brading, *Orbe Indiano. De la Monarquía Católica a la República Criolla 1492-1867*, México, 1993; F. de Icaza Dufour, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, 2008; J. M. Ots Capdequí. *El Estado Español en las Indias*, La Habana, 1975; J. M. Pérez Prendes, *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*, Valencia, 1989. También, específicamente sobre las redes comerciales y el intercambio de ideas entre Europa y América durante los siglos XVIII y XIX, véase Peggy K. Liss, *Los imperios trasatlánticos. Las redes del comercio y de las revoluciones de Independencia*, México, 1995. Más en general sobre la Historia de América, entre las muchas obras escritas sobre el particular, pueden verse las siguientes, todas de fácil acceso y que muestran diversas perspectivas geográficas e históricas: J. B. Amores Carredano (coordinador), *Historia de América*, Barcelona.. 2006; P. Chanu, *Historia de América Latina*, Trad. de Federico Monjardín, Buenos Aires, 1964; F. Chevalier, *América Latina*, México, 2005; T. Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid, 2008; M. Lucena, *Breve Historia de Latinoamérica*, Santiago de Chile, 2010; Ó. Mazín, *Iberoamérica. Del descubrimiento a la Independencia*, México, 2007, C. Pereyra. *Historia de la América Española*, 8 volúmenes. Madrid, 1924-1925 y VV.AA. UNESCO, *Historia General de América Latina*, Madrid, 2000-2006. En el plano de la conformación del concepto cultural de Hispanoamérica y Latinoamérica, véase a J. L. Abellán, *La idea de América. Origen y evolución*, Madrid, 2009; G. Arciniegas, *El Continente de Siete Colores. Historia de la cultura en América Latina*, Colombia, 1989; A. Ardao, *América Latina y la latinidad*, México, 1993; C. Bosch García, *El descubrimiento y la integración iberoamericana*, México, 1991; E. Dussel, E. Mendieta, C. Bohórquez (editores), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y 'latino' (1300-2000)*, México, 2009; J. Gaos, *Pensamiento de Lengua Española. Obras Completas*, Tomo VI, México, 1990; Guzmán Carriquiry, *Globalización e identidad católica de América Latina*, Barcelona, 2002; E. O'Gorman, *La invención de América*, México, 1958; F. Larroyo, *La Filosofía Iberoamericana.*, México, 1978; W. D. Mignolo, *La Idea de América Latina*, Trad. de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba, Barcelona., 2007; J. Skirius (compilador), *El Ensayo Hispano-Americano del siglo XX*, México, 1994; L. Zea, *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*, 2 tomos, México, 1993 y 1994; L. Zea, *El Pensamiento Latinoamericano*, Barcelona, 1976; VV.AA., *Ideas en torno de Latinoamérica*, 2 tomos, México, 1986; VV.AA. *América Latina. Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, 2 tomos, México, 1992. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a P. Escandón, *Arqueología de proyectos unificadores de América Latina*, en R. Páez Montalbán, M. Vázquez Olivera (coord.), *Integración Latinoamericana. Raíces y perspectivas*, México, 2008, pp. 19-33.

[43] Específicamente véase L. M. Farías, *La América de Aranda*, México, 2003.

to de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes [44], o la propuesta presentada por Michelena y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821 [45]. Lamentablemente, la ceguera de las autoridades peninsulares impidió la formación de un *Commonwealth* Ibérico, como el que después sería logrado por Inglaterra respecto de sus antiguas colonias.

El segundo periodo, relativo a las utopías y proyectos iberoamericanos, supone en primer lugar el proceso de emancipación de América [46], como el contexto dentro del cual se plantean, entre otras iniciativas, la *Carta de Jamaica* de 1815, la Declaración de la Angostura y el Congreso Anfictiónico de Panamá promovidos por Simón Bolívar [47], que son las más conocidas

[44] Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*, México, 2010.

[45] Cfr. R. Breña, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824*, México, 2006; R. Estrada Michel, *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*, México, 2006.

[46] Una visión panorámica sobre las Independencias puede encontrarse en M. Hernández Sánchez-Barba, *Las independencias americanas (1767-1878)*, Madrid, 2009; J. Lynch, *Las Revoluciones Hispanoamericanas. 1808-1826*, Barcelona, 2010 y J. E. Rodríguez, *La independencia de la América española*, México, 2008. En el plano ideológico, véase J. C. Chiaramonte, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de la Independencia*, Buenos Aires, 2004. Sobre la azarosa vida de América Latina durante el siglo XIX, su difícil organización política, sus guerras internacionales y la búsqueda de diversas alianzas, véase la siguiente exposición general: C. Ramos Escandón, *Latinoamérica en el siglo XIX (1750-1914)*, México, 2007.

[47] La figura de Simón Bolívar es fundamental para el entendimiento de las independencias americanas, los proyectos de integración hispanoamericanos y en general el imaginario político de nuestra región. Su dimensión continental – y universal se pone de relieve cuando se considera, que además del proyecto de la Gran Colombia y del Congreso de Panamá, a Bolívar se deben las siguientes independencias: con la batalla de Boyacá (1819) se reafirma independencia de Nueva Granada (Colombia), con la de Carabobo (1821) la de Venezuela, influyendo también en la de Panamá el mismo año, con la de Pichincha (1822) logró la independencia de Ecuador. En 1824 acompañado de Sucre, Ayacucho con la que se independiza Perú y en 1825 consigue también la independencia de Bolivia. Entre las muchas biografías de Bolívar pueden verse con provecho especialmente tres, muy distintas, amenas y complementarias: la de F. Cuevas Cancino, *Bolívar en el tiempo*, México, 1982, la de J. Lynch, *Simón Bolívar*, Barcelona, 2006 y la de Salvador de Madariaga, *Simón Bolívar*, 2 tomos. Buenos Aires, 1959. Las principales obras del Libertador pueden encontrarse en S. Bolívar, *Escritos políticos*, Selección de Graciela Soriano, Madrid, 1971.

entre muchas otras propuestas, como las debidas al Precursor Francisco de Miranda [48].

A las anteriores utopías siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas; desde el 'Pacto de Familia' propuesto por el mexicano Lucas Alamán hasta la propuesta del chileno Francisco Bilbao de establecer un Congreso Federal de las Repúblicas de Latinoamérica, pasando por la Unión Continental de Comercio que en su momento impulsó el argentino Juan Bautista Alberdi [49].

Todas las iniciativas de ésa época fueron un intento de proyectar una América unida contra la realidad de los hechos, que durante todo el siglo XIX tendía más bien hacia la disgregación por varias razones. En primer lugar, por cuanto desde la época colonial, los reinos ultramarinos no tenían relaciones entre sí, sino únicamente con la metrópoli. En segundo lugar, la coyuntura de 1808 – invasión napoleónica España – que sirvió de pretexto para el inicio de la mayor parte de las independencias, no fue un acontecimiento que cohesionara a la sociedad colonial, que más bien se dividió en las facciones peninsular y criolla [50]. Además, la organización política de los nuevos estados trajo consigo una serie de disputas internas entre monarquistas y republicanos, centralistas y federalistas, católicos y reformistas, conservadores y liberales, que se prolongaron durante toda la centuria, dando lugar a una serie de guerras civiles que sumieron a todos los países de la región en un divisionismo interno que hacía poco propicia la unidad iberoamericana [51]. Peor aún, con motivo de las emancipaciones y de la ulterior desmembración de algunos países – como Centroamérica y la Gran

[48] Cfr. G. Robledo, *Idea y experiencia*, cit. passim. La propia articulación de los reinos hispanoamericanos propuesta por Talamantes en su *Congreso General*, puede considerarse también como una propuesta utópica. Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*, cit., *passim*.

[49] Cfr. Oropeza García, *Latinoamérica: El futuro de la Memoria o la Memoria del futuro*, en Oropeza García (coordinador), *Latinoamérica frente al espejo*, cit., passim. Cfr. también a G. Robledo, *Idea y experiencia*, cit., *passim*.

[50] Véanse los libros anteriormente citados H. Sánchez-Barba, L. Rodríguez, *Específicamente sobre la coyuntura de 1808*, consúltese Alfredo Ávila y Pedro Pérez Herrero (compiladores). *Las Experiencias de 1808 en Iberoamérica*, Alcalá, 2008.

[51] Idem. Adicionalmente véase la exposición panorámica de Ramos Escandón.

Colombia – se produjeron una serie de conflictos motivadas por diferencias respecto de los límites territoriales.

Vale la pena observar dentro de este periodo, que desde el último tercio del siglo XIX, junto con la identidad iberoamericana – presente hasta nuestros días – empezó a desarrollarse una nueva personalidad cultural específicamente latinoamericana, a la que posteriormente habría de sumarse la aportación característica de la región del Caribe [52].

Y precisamente lo fundamental de esta etapa de proyectos iberoamericanos, consiste en que a pesar del fracaso de las diversas iniciativas y proyectos, se conformó una identidad histórica y cultural que ha conseguido sobrevivir hasta nuestros días y que subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

La tercera fase, vigente hasta nuestros días, es la correspondiente a los proyectos panamericanistas, que tuvo como antecedentes a la Doctrina Monroe de 1823 y un Tratado firmado en 1856, llamado Proyecto de Alianza, que aspiraba a conformar una Confederación de Estados Americanos de naturaleza económica.

Esta etapa de cooperación panamericana inicia propiamente en 1889 con motivo de la primera de las ocho Conferencias Americanas que precedieron la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la IX Conferencia celebrada en Bogotá, en 1948, habiendo buscado en diversos momento asumir formas económicas de integración, como en la propuesta original presentada en la I Conferencia de Washington de 1889 y, más recientemente, en el proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas

[52] Por lo que respecta al Caribe, la independencia y el actual colonialismo de los países que lo conforman, las propuestas de integración (como la del intelectual portorriqueño Emeterio Betances, o los proyectos del cubano José Martí, del haitiano Antenor Firmin, del portorriqueño Eugenio María de Hostos y de los dominicanos Gregorio Luperón, Pedro Bonoy, Américo Lugo y otros) pueden verse J. M. DE LA SERNA, *El Caribe en la Encrucijada de su Historia. 1780-1840*, México, 1993; J. JESÚS SERNA MORENO., COMUNIDAD DEL CARIBE, en R. PÁEZ MONTALBÁN, M. VÁZQUEZ OLIVERA (Coord.) *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos. (1948-2008)*, México, 2008, así como la sección temática sobre el Caribe y, en lo particular, el artículo de E. TORRES-RIVAS, *Para entender el Caribe*, en *Revista Perfiles Latinoamericanos*. Número 9. Dedicada a El Caribe, Política y Sociedad. México. Revista de la Sede Académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1996.

(ALCA), a la que se aludirá más adelante [53].

La OEA se fundó en el marco de la confrontación político militar este-oeste propia de la guerra fría que dio lugar al sistema bipolar de aquéllos años; por ésa razón, dentro del seno de la organización, adquirieron un peso desproporcionado de los Estados Unidos de Norteamérica, por donde a pesar de la igualdad formal entre sus estados miembros, prevaleció el principio de "la mayoría de uno", convirtiendo al organismo en un foro hegemónico útil para convalidar una política intervencionista, contraria al derecho internacional, en casos emblemáticos como el de Guatemala (1954), la exclusión de Cuba (1962) y la República Dominicana (1965).

La crisis de credibilidad de la OEA se profundizó aún más durante la década de los 1970's con el conflicto centroamericano, que condujo a los estados latinoamericanos a fundar el Grupo de Contadora – origen del Grupo de Río que actualmente se ha traducido en la conformación de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) – para tratar de destrabar la crisis centroamericana. Y, aunque desde finales de la década de los 1980's, se advierte un viraje positivo en el sentido de que al interior de la OEA se discuten los asuntos hemisféricos con mayor autonomía, pluralismo y representatividad, promoviéndose igualmente, de manera adecuada, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo sustentable y la consolidación de la democracia en los países de la región, lo cierto es que todavía sigue lastrando el pesado fardo de su anterior descrédito y, actualmente, el contrapeso de la CELAC [54].

La cuarta etapa que señalamos – que se proyecta como las anteriores hasta nuestros días – es la relativa al proceso de integración económica latinoamericana, que tiene sus orígenes en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) hacia la década de los 1950's y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960, cuyo fra-

---

[53] En general seguimos aquí a W. Manger, *La Organización de los Estados Americanos. Antecedentes Históricos, Propósitos y Principios, Situación Actual y Perspectivas Inmediatas*, en *Cursos Monográficos*, Volumen VII, La Habana, 1960. A. Van Wynen Thomas, A. J. Thomas Jr., *La Organización de los Estados Americanos*, Traducción de Armando Arrangoiz, México, 1968.

[54] VV. AA. Instituto M. Romero, (coord.), *La OEA hacia el siglo XXI*, México, 1998.

caso constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente.

Esta etapa tuvo como antecedente la progresiva conformación de una nueva identidad latinoamericana – a veces paralela, a veces sustitutiva de la hispanoamericana – a la que contribuyeron diversos personajes y acontecimientos desde la segunda mitad del siglo XIX.

Ahora bien, por lo que respecta propiamente al proceso de integración económica latinoamericana, la ALALC nació como respuesta a la estrategia de la CEPAL en materia de cooperación, que planteaba las ventajas del libre comercio, de la creación un mercado común y de la complementación de los recursos de la región [55].

Lamentablemente, la ALALC fracasó como resultado de la reiterada flexibilización de sus compromisos, que trajo consigo la sucesiva postergación de las desgravaciones arancelarias pactadas. Además, resintió también la falta de una estructura institucional suficiente para asegurar la consecución de sus objetivos. Igualmente, la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas – Argentina, Brasil y México – condujo a que desde finales de la década de los 1960's varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración, por lo que hacia 1978 se declaró el agotamiento del tratado y de la asociación, que fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) [56]. Finalmente, dentro de la presente etapa debe incluirse también al Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), establecido en 1978 como foro de consulta y coordinación para concertar posiciones y estrategias en materia económica, de cooperación y de integración.

Así es como llegamos a la quinta fase histórica del proceso de integración en el continente americano, la fragmentación subregional – también vigente en la

---

[55] Cfr. L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en G. OROPEZA, cit., pp. 197 y ss. Véase también, en el mismo libro, el ensayo de G. OROPEZA, *Latinomérica: El futuro de la Memoria*, cit., p. 92. También pueden verse algunas opiniones de D. COSÍO VILLEGAS, *Problemas de América. México*, México, 1997. Específicamente sobre la CEPAL y sus planteamientos: A. GURRIERI (compilador), *La obra de Prsbisch en la CEPAL*, 2 tomos, México, 1983. J. HODARO, *Prebisch y la CEPAL. Sustancia, trayectoria y contenido institucional*, México, 1987.

[56] Ibidem.

actualidad – que ha dado lugar a la conformación de un complejo entramado de bloques subregionales, en muchos casos yuxtapuestos y empalmados entre sí.

América Latina se dividió en cuatro subregiones; en orden de aparición: a) Centroamérica, b) el Caribe, c) los Andes, d) el Cono Sur y e) Iberoamérica. A dichas subregiones latinoamericanas, debe sumarse también el Área de Libre Comercio Norteamericana [57].

En cada una de estas subregiones fueron estableciéndose, respectivamente, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, foros de cooperación intergubernamental y organismos con algunas características supranacionales, entre los que destacan el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) [58], el Mercado Común del Caribe (CARICOM) [59], la Comunidad Andina de Naciones (CAN) [60], el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) [61] y las Cumbres Ibe-

---

[57] Además de la bibliografía específica que será referida para cada una de las anteriores subregiones y de la general que venimos siguiendo, puede verse VV.AA. *Organismos Hemisféricos y Mecanismos de Concertación en América Latina*, México, 1997. Sobre la posibilidad de articular los anteriores esquemas a través de una integración latinoamericana, considerando las anteriores subregiones, así como la hegemonía regional que ejercen México y Brasil, véase el ensayo L. Maira*, América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en G. Oropeza, cit., pp. 197 y ss.

[58] Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de P. Montalbán, V. Olivera (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008),* cit., *passim* y la página web oficial del SICA http://www.sica.int/. Sobre el derecho de SICA véase C. Pizzolo, *Derecho e Integración Regional*, cit. Más en detalle puede consultarse C. E. Salazar Grande, E. N. Ulate Chacón, *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*. 2ª edición, San Salvador, 2013, también disponible en la página oficial de SICA.

[59] Véanse los apartados correspondientes de P. Montalbán, V. Olivera (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008),* cit., *passim* y las página web oficiales del CARICOM http://www.caricom.org/ y de la AEC www.acs-aec.org/

[60] Cfr. G. Salgado, *El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica*. 2ª edición. Quito, 2007 y L. Maira*, América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en G. Oropeza, cit., pp. 197 y ss. Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, op. cit., *passim* y la página web oficial: http://www.comunidadandina.org/. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de C. Pizzolo *Derecho e Integración Regional*, cit..; M. Domínguez. *Derecho de la Integración,* cit.

[61] Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y

roamericanas [62]. Dentro del anterior contexto subregional se encuentra también – según se expuso – el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994 [63].

Finalmente, la última etapa de la integración americana, que se proyecta igualmente hasta nuestros días, es la que ha venido oscilando, desde la década de los 1990's, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos, por un lado y por el otro, el giro que ha venido produciéndose hacia el Océano Pacífico y que ha conducido al desarrollo de nuevos vínculos con países del este asiático.

Entre las últimas iniciativas latinoamericanas se encuentra en primer lugar la Alianza – originalmente Alternativa, pues surgió como una contrapropuesta llamada a ofrecer un camino distinto a la integración neoliberal presentada por los Estados Unidos de Norteamérica en la forma de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) [64] – Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) [65].

---

las páginas web oficiales del MERCOSUR: http://www.MERCOSUR.int/ y del Unasur: http://www.unasursg.org/. Sobre el derecho del MERCOSUR véanse también los trabajos de C. PIZZOLO *Derecho e Integración Regional*, cit.; M. DOMÍNGUEZ. *Derecho de la Integración,* cit.

[62] Cfr. C. DEL ARENAL (coord.), *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos,* Madrid, 2005 y F. GONZÁLEZ (editor), *Iberoamérica 2020. Retos ante la Crisis,* Madrid, 2009. Véase el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN Y VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana http://segib.org/.

[63] Sobre el TLCAN véase a L. ORTIZ AHLF, F. A. VÁZQUEZ PANDO, L. M. DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*. 2ª edición, México, 2000; J. WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, México, 1993; en específico sobre la solución de controversias: R. CRUZ MIRAMONTES, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN Y VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim y la página web oficial http://www.nafta-sec-alena.org/.

[64] Sobre el ALCA, véase a J. WITKER (coord.), *El área de libre comercio de las Américas (ALCA),* México, 2005. Véase también el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN Y VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim*.

[65] Véase el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN Y VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim. También puede consultarse la página web oficial del ALBA: http://www.alianzabolivariana.org/.

La segunda iniciativa fue la que vino a establecer la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) en 2010, dotada de una estructura institucional propia en 2011, como sucesora del Grupo de Contadora (1983), del Grupo de Río (1990) y de las Cumbres de América Latina y del Caribe [66].

Finalmente, la otra tendencia a la que nos referimos ha sido la de de estructurar un nuevo eje económico en torno al Océano Pacífico, misma que ha tenido dos proyecciones. La primera vertiente ha consistido en la conformación de un bloque regional transcontinental entre Asia y América a través del Pacífico, destacando dentro del mismo primeramente la Alianza para la Cooperación Económica en el Pacífico (APEC) y, posteriormente, el proyecto de Acuerdo Estratégico Transpacífico de Alianza Económica (TPP), como tratado multilateral de libre comercio. La segunda modalidad se ha traducido en la creación de una nueva subregión latinoamericana a través de la Alianza del Pacífico (AP), apenas estructurada en el año 2012 con el propósito de realizar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

5.2. – *Principales esquemas vigentes.*

De la anterior exposición se advierte que en la actualidad coexisten, de manera traslapada, múltiples instancias con alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudamericanos, transpacíficos, etcétera) que se han traducido en diversos esquemas de colaboración, que van desde meros foros de coordinación política, hasta mercados comunes, pasando por zonas de libre comercio y uniones aduaneras, los más, funcionando bajo la lógica intergubernamental, aunque también algunos – particularmente SICA y CAN – se desenvuelven, en parte, según los principios de la supranacionalidad [67].

---

[66] Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit.

[67] Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diveresas es-

Nos encontramos pues con un intrincado, complejo y entrecruzado sistema, que se encuentra conformado por una importante diversidad de organismos y tratados – más de 90 acuerdos sectoriales y de 50 tratados y protocolos – de los cuales puede ofrecer una somera noticia el siguiente cuadro [68]:

---

tructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: I. GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los Negocios Internacionales,* México, 2006; R. GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México, 1994; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002 pp. 417 y ss.; J. WITKER, A. OROPEZA (coord.), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004; J. WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, cit.; L. ORTIZ AHLF, F. A. VÁZQUEZ PANDO, L. M. DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*, cit.; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, 2002; A. PUYANA (coordinadora), *La Integración Económica y la Globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, 2003; R. SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*, Sao Paulo, Parlamento Latinoamericano, 2001; G. VIDAL (coordinador), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; F. R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa,* México, 2002; E. VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*. Bogotá, 2008; D. VILLAFUERTE SOLÍS, X. LEYVA SOLANO (coordinadores), *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, 2006. Sobre la integración americana en general pueden verse, además de las obras ya citadas y entre muchas otras, las siguientes: H. FIX FIERRO ET. AL (editores), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*, México, 2003; P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción Héctor Fix Fierro, México, 2003; L. LEÓN (coordinador), *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*, México, 1999; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, 2002; J. I. SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, 1999; J. G. VIDAL (coordinador), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; J. VIDAL BENEYTO, R. ALONSO GARCÍA Y OTROS, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, 2009; J. WITKER (coordinador), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, 2004; J. WITKER, A. OROPEZA (coordinadores), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, 2004.

[68] Una visión panorámica de la mayor parte de los esquemas y organismos que se exponen puede encontrarse en PÁEZ MONTALBÁN Y VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit. Véase también nuestro libro *La Integración Americana*…, op. cit. Cabe destacar que cuadro no pretende ofrecer una lista exhaustiva de los diversos acuerdos y organismos de nuestra región; así, por ejemplo, no se incluyen los encuentros legislativos del PARLATINO (www.parlatino.org), del PARLASUR (www.parlamentodelMERCOSUR.org), ni del PARLACEN (www.parlacen.org.gt), no se mencionan tampoco una gran diversidad de acuerdos comerciales como la alianza entre

Asociación de Estados del Caribe (AEC) (Organismo regional que procura el fortalecimiento e integración de los países de la zona del mar Caribe – Gran Caribe –, con el objetivo de crear un espacio económico común, preservar el mar y promover el desarrollo sustentable de sus miembros a través del comercio, el transporte y el turismo. Fue creado en 1994. Cuenta con una estructura permanente conformada por el Consejo de Ministros, la Secretaría, la Mesa Directiva y Comités de Trabajo; Países Miembros: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, Mancomunidad de Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela.); *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI) (Organismo regional intergubernamental y conjunto de acuerdos sectoriales para promover la integración que sustituyeron a una entidad anterior, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1980, por virtud del Tratado de Montevideo. Tiene una estructura permanente formada por el Consejo de Ministros de Relaciones, la Conferencia de Evaluación, el Comité de Representantes y la Secretaría General. En la actualidad, recaba información técnica sobre el comercio exterior en la región y atestigua y da seguimiento a negociaciones y compromisos comerciales. Dentro de su seno se han suscrito múltiples acuerdos comerciales entre países de la región; Países Miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.); *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América* (ALBA) (Organismo intergubernamental que se propuso como alternativa de colaboración para la integración respecto del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) impulsada por los EE.UU., desde la ideología de izquierda promovida por Venezuela y Cuba y a la que después se sumó Bolivia, con

---

Venezuela y algunos países del Caribe el PETROCARIBE (www.petrocaribe.com), o el Foro Arco del Pacífico Latinoamericano (www.arcodelpacifico.org), o las múltiples instancias de articulación cultural en la región como la Unión de Universidades de América Latina y el Caribe (www.udual.org). De la misma manera, se omiten otros foros y organismos que excederían el propósito de presentar un panorama general sobre el sistema interamericano a la luz de la eventual integración jurídica de nuestro continente. Una lista completa de los principales acuerdos de libre comercio en vigor entre los países de la región puede encontrarse también en *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos*, cit.

énfasis especial en la lucha contra la pobreza y la exclusión social. La identidad de esta iniciativa se encuentra en la búsqueda de ventajas cooperativas y la reducción de las asimetrías entre los países miembros a través del empleo de fondos compensatorios, identificando como obstáculos a la integración las deudas internas y externas, la desigualdad en el intercambio internacional y la imposición de políticas de ajuste estructural por parte del FMI y del BM. Para desarrollar las ventajas cooperativas que se propone plantea la asociación de empresas petroleras estatales, de electricidad, gas, etcétera y promueve un amplio proyecto cultural. Países Miembros: Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas y Venezuela); *Alianza del Pacífico* (Acuerdo para promover la integración regional de los países que la componen a efectos de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. El proyecto nace con la Declaración de Lima en 2011 y se estructura mediante un Acuerdo Marco en 2012. Países Miembros: Chile, Colombia, México y Perú. Otros países como Panamá y Uruguay están en proceso de incorporarse, así como otros más actualmente admitidos como observadores, entre los que destaca Canadá.); *Alianza para la Cooperación Económica en el Pacífico (APEC)* (Foro económico para promover el crecimiento y la prosperidad en la región, mediante el fomento de la inversión, el libre comercio, la cooperación en materia de negocios y la integración, creado en 1989 y posteriormente ampliado al número actual de estados parte. Su estructura institucional es bastante elemental, conformada por las Cumbres, las reuniones de Ministros, la Secretaría y diversos Comités, subcomités y grupos de trabajo sobre temas específicos. Países Miembros: Australia, Brunei, Canadá, Chile, China, Hong Kong, Indonesia, Japón, Corea, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Perú, Filipinas, Rusia, Singapur, Taipei, Tailandia, Estados Unidos y Vietnam.); *Banco Interamericano de Desarrollo (BID)* (Banco multilateral de desarrollo que presta servicios de financiamiento y también de cooperación técnica. Es parte del Sistema Interamericano de la OEA. Sus dos principales objetivos son reducir la pobreza y lograr el crecimiento económico, fomentando la competitividad, la modernización, la inversión en programas sociales y la integración de mercados regionales. Su estructura institucional está formada por una Asamblea de Gobernadores, un Directorio Ejecutivo, un Presidente y demás Vicepresidentes y funcionarios. Su

sede se encuentra en Washington. Países Miembros: Fundadores: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y Estados Unidos. Posteriormente ingresaron Trinidad y Tobago, Barbados, Jamaica, Canadá, Guyana, Bahamas y Surinam y se admitió a otros miembros no regionales, que deben ser parte del FMI y que no son prestatarios del mismo, como Alemania, España, Francia y Reino Unido, entre otros.); *Grupo Andino o Comunidad Andina (CAN)* (Unión Aduanera, a partir de 1992, aunque el acuerdo original de Cartagena es de 1969. En 1979 se termina de formar una estructura institucional, con sede en Perú, que actualmente tiene como principales órganos al Consejo Presidencial, al Consejo de Ministros de Relaciones, a la Comisión, a la Secretaría General, al Tribunal de Justicia y al Parlamento Andinos, además de otros órganos como el Fondo de Reservas y la Universidad Andina Simón Bolívar. Aunque es una zona de libre comercio y una unión aduanera en vías de convertirse en mercado común, ha consolidado una estructura y un derecho supranacional, existe libre circulación de personas como turistas y se ha han incluido diversos aspectos de cooperación política, desarrollo social y cultura. Tiene un TLC con MERCOSUR y a partir de 2005 asumió como tema prioritario promover la integración latinoamericana. Países Miembros: Países miembros: Bolivia, Colombia, Perú y Ecuador. Asociados: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay y, viceversa, los países de la CAN son miembros también de MERCOSUR. Nota Chile fue miembro fundador, pero se retiró en 1976. Venezuela fue miembro de 1973 a 2006.); *Comunidad y Mercado Común del Caribe (CARICOM)* (Surge en 1958; para 1968 entra en vigor un acuerdo de libre comercio y para 1973 nace la Unión Aduanera mediante el Tratado de Chaguaramas, que se convierte en Mercado Común para 1982. Su estructura institucional está conformada por una Conferencia de Jefes de Gobierno, un Consejo del Mercado Común y varios Comités de Políticas, una Secretaría General y otros órganos asociados como su Banco de Desarrollo. Países Miembros: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominicana, Grenada Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Saint-Kitts and Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Asociados: Anguila, Bermuda, Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas, Islas Turcos y Caicos*);*

Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) (Grupo de Río, con el objeto de promover la integración del subcontinente, creado por la Declaración de Cancún, México, en 2010. El Grupo de Río, por su parte, era un Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política consistente en reuniones anuales de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y del Caribe, establecidas desde 1986, cuyo antecedente fue el Grupo Contadora creado en 1983 para promover la paz en Centroamérica y que era considerado por algunos como una alternativa a la OEA sin el peso específico de Estados Unidos ni Canadá. Países Miembros: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.); *Comisión Económica para América Latina de la ONU (CEPAL)* (Fue creada en 1948, como una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas que comprende a todos los países de América Latina y del Caribe, teniendo su sede en Santiago de Chile. Se estableció para contribuir al desarrollo económico de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar sus relaciones económicas. Para ello, realiza estudios e investigaciones, promueve la cooperación y la integración a nivel regional y subregional, difunde información y datos sobre el desarrollo económico, asesora a los gobiernos que lo soliciten en sus programas, organiza también conferencias intergubernamentales y reuniones de expertos y se coordina con las demás oficinas de la ONU para transmitir la perspectiva regional dentro de los problemas globales. El estudio de la CEPAL sobre la realidad latinoamericana fue, sobre todo en décadas anteriores, muy influyente en la conformación de políticas públicas en la región, en conceptos como el método histórico-estructural, el sistema centro-periferia, las estructuras de dominación y la y dependencia, la integración americana y en recomendaciones sobre empleo, distribución del ingreso, sustitución de importaciones, desarrollo, renegociación de la deuda externa, nueva industrialización, pobreza y desigualdad. Entre sus miembros se encuentran, además de los 33 países de América Latina y el Caribe, otros países de Europa, Norteamérica y Asia, que mantienen vínculos económicos, políticos o culturales estrechos con la región. Países Miem-

bros: Alemania, Anguila, Antigua y Barbuda, Argentina, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Dominica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Italia, Jamaica, Japón, México, Montserrat, Nicaragua, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, Reino Unido de Gran Bretaña, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.); *Cumbre Iberoamericana* (Reuniones anuales temáticas de Jefes de Estado y de Gobierno de los 22 países donde se habla el español o el portugués, iniciadas en 1991, en la I Cumbre celebrada en Guadalajara, como un foro de consulta, concertación política y cooperación. Su principal órgano permanente es la Secretaría General Iberoamericana con sede en Madrid, aunque hay otros órganos asociados como la Asociación de Bibliotecas Nacionales de Iberoamérica, la Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Unión e Ciudades Capitales Iberoamericanas, entre otros. Países Miembros: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela); *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) (El proyecto tiene su origen en 1985 con la Declaración de Foz de Iguazú, aunque el Tratado de Asunción de 1991 (en vigor desde 1994) fue el que estableció una Unión Aduanera imperfecta ya con el objeto a futuro de promover la integración regional, la libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales. A través de sucesivos tratados y protocolos se estableció el compromiso de crear una zona de libre comercio y se crearon mecanismos de solución de controversias. El Protocolo de Ouro Preto de 1994 propuso la creación de un mercado común. Tras la crisis del comercio intra-regional en 1999, empezó una recuperación en 2002. El desarrollo de políticas sociales (empleo, educación, salud, vivienda, desarrollo regional, etcétera) ha sido insuficiente. La estructura institucional está conformada por el Consejo del Mercado Común, como reunión de Jefes de Estado y de Gobierno que da orientación política al organismo, el Grupo

Mercado Común que es un órgano de integración ministerial, la Secretaría Administrativa, con sede en Montevideo, la Comisión de Comercio y un Foro Consultivo Económico Social. Sólo hasta 2005 se creó, estableciéndose en 2007, un Parlamento. La mayor parte de las decisiones del MERCOSUR se han tomado por consenso, salvo por las determinaciones unilaterales de Brasil para devaluar su moneda a finales de los 90's. No existe un órgano jurisdiccional supranacional sino mecanismos de solución de controversias complejos y poco utilizados Países Miembros: Estados fundadores: Brasil, Argentina, Paraguay (suspendido en 2012) y Uruguay. A partir de 2005 se integraron como estados asociados los países del CAN Ecuador, Colombia y Perú. En 2012 se acordó la incorporación de Venezuela como estado miembro. Son miembros asociados Chile y Bolivia, que en 2012 fue admitida para su incorporación como estado miembro.); *Organización de Estados Americanos (OEA)* (Organismo Internacional Multilateral Regional Continental, creado en 1948 en sustitución de la Unión Panamericana, para fortalecer la cooperación hemisférica, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región, siendo sus principales objetivos afianzar la paz, promover la democracia representativa con respeto al principio de no intervención, procurar la solución pacífica de las controversias, promover la cooperación para desarrollo económico, social y cultural, erradicar la pobreza y contribuir al respeto de los derechos humanos. Durante la Guerra Fría, la hegemonía de los EUA la convirtió en un foro dentro de la lucha ideológica contra el comunismo, restándole asimismo credibilidad su condición de testigo pasivo ante las dictaduras latinoamericanas y ante los conflictos bélicos y fronterizos que se resolvieron fuera de su seno. A partir de los 1990's se ha podido conducir de manera más autónoma, centrándose sus esfuerzos en la consolidación de la democracia, el libre comercio, el desarrollo sostenible, los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, las drogas y el terrorismo. Comprende a su vez la compleja articulación de diversos organismos especializados y diversas entidades, destacando las Cumbres de las Américas, la estructura básica de la organización conformada por la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros, la Secretaría General, los Consejos, el comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y múltiples organismos, consejos y conferencias como el

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Panamericano de Geografía e Historia, la Organización Panamericana de la Salud, etcétera. Países Miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba (*Suspendida desde 1962*), Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.); *Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)* (Organismo internacional de ámbito regional creado en 1975 por el Convenio de Panamá como sistema de consulta y coordinación para concertar posiciones y estrategias en materia económica, de cooperación y de integración. Su máxima autoridad es el Consejo Latinoamericano que se reúne anualmente y cuenta con una Secretaría Permanente con sede en Caracas; adicionalmente conforma Comités de Acción como instancias flexibles de cooperación, siempre desde la lógica intergubernamental. Países Miembros: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela); *Sistema de Integración Centroamericana o Mercado Común Centroamericano (SICA)* (Originalmente, a partir de 1951, existió una Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), con fines de integración, que después dio lugar al Mercado Común Centroamericano (MCC) como Unión Aduanera que se orienta hacia un Mercado Común, desde 1960, surgiendo posteriormente el SICA, creado en 1991 por el Protocolo de Tegucigalpa, que emplea técnicas supranacionales. El SICA tiene como órganos principales la Reunión de Presidentes, los Consejos de Ministros, El Comité Ejecutivo, un Comité Consultivo de la Sociedad Civil, el Parlamento Centroamericano, la Corte Centroamericana de Justicia y la Secretaría General Unificada. Adicionalmente, desde 1993 cuenta con un Subsistema de Integración Económica, entre cuyos órganos se encuentra el Consejo de Ministros de la Integración Económica, Consejos Sectoriales e Intersectoriales, un Comité Consultivo, una

Comisión de Ciencia y Tecnología y un Banco Centroamericano, entre otros. Países Miembros: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Se han adherido posteriormente Belice como miembro y República Dominicana como asociado); *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC o TLCAN)* (Zona de Libre Comercio en vigor desde 1994, mediante un proceso de desgravación arancelaria en varias etapas para promover el intercambio de bienes y servicios en la región, promoviendo las inversiones, la competitividad y la competencia leal, la protección de la propiedad intelectual. Países Miembros: EUA, Canadá y México); *Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP)* (Tratado multilateral de libre comercio firmado originalmente por tres países (2002) a los que se han ido sumando otros; actualmente en proceso de negociación por otros ocho estados más. El acuerdo ha sido muy criticado por su aproximación restrictiva a la propiedad intelectual, promovida por los Estados Unidos, que podría afectar incluso acceso a medicamentos de patente en países en desarrollo, así como por descuidar la regulación en materia de protección al consumidor, a los trabajadores y al medio ambiente, negociándose de modo cerrado y en secrecía. Países Miembros: En proceso de negociación: Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam. Otros países como Colombia, Costa Rica, Taiwán y Filipinas, han expresado su deseo de incorporarse); *Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)* (Organismo regional para fomentar la cooperación y la integración en diversos ámbitos (económico, político, cultural y social), constituido por el Tratado de Brasilia de 2008 (precedido por varias cumbres, declaraciones y protocolos desde 2000), en vigor internacional desde marzo de 2011 que tiene como objetivo: "construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado" a partir del eje CAN-MERCOSUR, aunque ampliando su espacio de convergencia a otros Estados. Se busca establecer una amplia zona de libre comercio, buscando la integración física, energética y de comunicaciones y la armonización de políticas. Su objetivo es construir un espacio de integración y unión económica, social, cultural y política, creando una ciudadanía sudamericana. Su estructura está formada por el Consejo de Jefes de Estado, el Consejo de Ministros, el Parlamento Sudamericano con sede en Bolivia, el Consejo Energético Sudamericano con sede en Venezuela y una Secretaría Central con sede en Qui-

to. Países Miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. México ha expresado su interés de incorporarse como asociado).

6. — *Algunas reflexiones (económicas, políticas, sociales y jurídicas) sobre la integración americana.*

Quizás la primera reflexión que plantea tanto el repaso del proceso histórico como la consideración del conjunto de los principales organismos y foros de la integración americana, sea la de que su laberíntica estructura, que conforma un intrincado y entrecruzado sistema de organismos y tratados heterogéneos y yuxtapuestos, no puede ser eficiente, dando lugar a inevitables duplicidades, traslapes y hasta contradicciones, que generan una serie de desperdicios que pudieran evitarse con una adecuada planeación.

Dicho balance preliminar resulta ser todavía más preocupante si consideramos la brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, entre los compromisos y su flexibilización, que nos permiten entender el por qué la integración no ha terminado de consolidarse en el hemisferio americano.

Para dimensionar adecuadamente las cosas, vale la pena contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo, del 75%, o del asiático, que supera el 50%, con el 18% que representa el total del comercio interno dentro de la subregión latinoamericana. Las anteriores cifras nos permiten dimensionar la medida del desperdicio y de la oportunidad [(69)].

Más aún, para calibrar adecuadamente la magnitud del desperdicio y de la oportunidad, bastaría considerar que América Latina y el Caribe juntos tienen una extensión territorial de más de 20 millones de kilómetros cuadrados, constan de una población de alrededor de los 580 millones de habitantes, un PIB agregado de más de 6.3 billones de dólares y cuenta en su seno con algunas de las mayores economías del planeta, como Brasil, la número 7, México, la número 11 y Argentina la número 22.

[(69)] Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE, OMC y SELA www.aladi.org, www.eclac.cl, www.wto.org, www.oecd.org, y www.sela.org, páginas consultadas en mayo-junio del 2013, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

Con la sola integración subregional Latinoamericana y del Caribe se daría lugar a la formación de la 3ª potencia económica a nivel mundial después de la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, la 3ª potencia en materia de energía eléctrica y el mayor productor de alimentos del mundo. Lo anterior sin contar la riqueza petrolera de trece países – entre los que destacan Venezuela, Brasil y México –, a la que tendría que sumarse la riqueza minera de Chile (cobre), Perú (plata) y de Bolivia, Brasil, Argentina y México (minería de conjunto), así como las magníficas llanuras para el cultivo y la ganadería, las extensas costas para la pesca y la inmensa biodiversidad del continente [70].

A la anterior riqueza material, habría que sumarle el hecho de que desde un punto de vista geográfico, América Latina – y específicamente Iberoamérica – es la mayor continuidad histórico-cultural del mundo, donde más allá de su riqueza policromática – plurinacional, pluriétnica y pluricultural – constituye la región más homogénea de cuántas aspiran a la integración regional basada en la continuidad histórica, cultural, lingüística y religiosa.

No obstante lo anterior, debe reconocerse también como un aspecto positivo el que durante los últimos años han venido madurando en nuestra región diversos esquemas de integración – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica – que ya han desarrollado una incipiente cultura en materia de funcionamiento de estructuras institucionales regionales y de aplicación de un derecho comunitario, de naturaleza embrionaria, que ha venido conviviendo con los derechos nacionales de los estados parte de los mismos.

Desde un punto de vista geopolítico, económico y estratégico, la región latinoamericana cuenta con seis actores fundamentales: los cuatro esquemas de integración antes mencionados – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica – y dos potencias emergentes, Brasil y México [71].

Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico.

Los segundos, en contrapartida, tienen una agenda propia. Para Brasil, MERCOSUR en su momento y actualmente el UNASUR, donde puede

---

[70] Cfr. idem, loc. cit.

[71] Cfr. L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en G. OROPEZA, cit., pp. 207 y ss.

imponer su hegemonía, es su prioridad. Por su parte, en el caso de México, su posición geográfica se ha traducido en una actitud ambivalente; por un lado, de dependencia económica respecto de los Estados Unidos de Norteamérica, sellada por el importante TLCAN y por el otro, de una mayor vinculación e identificación social y cultural con América Latina, en cuyos proyectos de integración ha participado siempre, pero sin la determinación, la perspectiva y el liderazgo adecuados.

De cara a una posible integración total de América, es necesaria la consideración de los anteriores factores, así como también la ponderación de la posición más bien distante de Canadá y puramente económica – salvo en su relación con México que está marcada también por los problemas fronterizos de la migración y el narcotráfico – de los Estados Unidos, que no han mostrado un mayor interés – fuera de diversas intervenciones hegemónicas – por la región latinoamericana.

Dentro del anterior contexto, cabe reflexionar en torno a la posición geopolítica privilegiada de México, que le permitiría convertirse en la bisagra para la integración de las Américas, así como en el puente natural con Europa y con Asia gracias a su extensa red de Tratados de Libre Comercio – más de 44, siendo el país con mayor número de acuerdos de libre comercio en el mundo –, lo que facilitaría enormemente una integración hemisférica, que dada la compleja variedad de sus principales actores, podría promoverse a partir de la articulación mutinivel de distintos esquemas de colaboración.

Y sin que la integración jurídica sea la panacea – la actual crisis europea es suficientemente elocuente sobre el particular – también es cierto que intentando una valoración de conjunto y en perspectiva histórica de la experiencia europea, debe reconocerse que el derecho comunitario ha contribuido activamente: a) a la consolidación de la paz en la región, b) al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, c) a conformar un mercando interno – con el libre tránsito de capitales, mercancías y personas – que ha beneficiado indudablemente a los habitantes de Europa, d) a re-posicionar a la región en el ámbito del diálogo internacional, e) a equilibrar las tendencias centrífugas y centrípetas de la globalización y de los localismos, f) a consolidar una serie de políticas sociales y culturales que han proyectado la identidad común de la región sin demérito de la identidad particular de cada país y comunidad intra-estatal, g) en general a mejorar –

en todos los aspectos – la calidad de vida de los europeos y residentes, y h) a conformar un nuevo ordenamiento jurídico común que – según se expuso – ha venido revulsionar la tradición jurídica occidental.

Una segunda reflexión que debiera hacerse, invita a considerar más detenidamente la vocación latinoamericana y caribeña de la integración americana, pues pudiera hacer de lado, en su perjuicio, los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos. A primera vista – por lo menos considerando la experiencia europea – la búsqueda de una integración, exclusiva y excluyentemente latinoamericana podría constituir un grave error.

Por un lado, desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son más sólidos que los que se perciben entre los miembros de la Comunidad Latinoamericana y del Caribe, por encontrarse basados en una tradición lingüística e histórica mucho más estrecha. Además existen ya múltiples organismos de cooperación cultural iberoamericanos como la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Asociación de Bibliotecas Nacionales de Iberoamérica o la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas, que sería conveniente mantener y potenciar [72].

Pero además, por el otro lado, desde un punto de vista económico y geopolítico, no puede desatenderse tampoco la importancia de América del Norte, ni en especial de los Estados Unidos de Norteamérica, descartándolos sin mayores consideraciones de la nueva Comunidad [73].

Es verdad que la presencia de Norteamérica y en especial de los Estados Unidos dentro del seno de la OEA ha supuesto una serie de imposiciones hegemónicas para el resto de los países del continente, misma que ha suscitado varios y bien fundados recelos. Sin embargo, desde el punto de vista de la integración americana no debe olvidarse que la construcción europea partió precisamente del eje franco-alemán, cuya conformación parecía entonces impensable en vista de las rivalidades y suspicacias existentes entre dos países enfrentados, apenas unos pocos años antes, durante la Segunda Guerra Mundial.

---

[72] Cfr. E. R. HARVEY, *Relaciones Culturales Internacionales en Iberoamerica y el Mundo*, Madrid, 1991

[73] Sobre las relaciones de los Estados Unidos con los diferentes países de la región latinoamericana, véase el número 4, volumen 8 de la *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*. México, 2008.

En ése sentido, la integración latinoamericana y caribeña, como una integración multinivel que se articula a partir de diversos anillos concéntricos, pudiera ser un primer paso para la negociación de una unión hemisférica, donde dichos países pudieran, como un bloque territorial, demográfica y económicamente relevante, negociar de igual a igual diversos esquemas de cooperación económica, política, social y cultural con Norteamérica y particularmente con los Estados Unidos.

Un tercer motivo de reflexión viene dado por la enorme heterogeneidad social y económica, además de las propias diferencias culturales y también jurídicas, que presentan los 33 países de la región latinoamericana y caribeña. Dicha heterogeneidad no puede pasarse por alto ni pensar que se resolverá por arte de magia mediante el sólo reconocimiento de nuestras asimetrías y la propuesta de buscar nuestras complementariedades.

En este caso y tomando nuevamente el ejemplo de la Unión Europea, podemos advertir que en su construcción se han incorporado también países no solamente rivales, sino pertenecientes a tradiciones culturales y lingüísticas bastante distantes entre sí – a pesar de su trasfondo común – y sumamente en diversos en términos geográficos, sociales políticos y económicos, integrándose así estados tan disímiles como Alemania, Gran Bretaña, Finlandia, Grecia, Lituania y Polonia entre las 27 naciones que actualmente conforman la Unión [(74)].

Pero la anterior integración ha sido posible únicamente mediante el establecimiento de ciertos requisitos previos que deben satisfacerse antes de ingresar a la Unión.

En América Latina, sería indispensable tener en cuenta los fenómenos de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia, así como la necesidad de asegurar el respeto a los derechos humanos y de liberalizar algunas economías sin perder por ello su dimensión social. Así las cosas, la integración americana necesitaría establecer – como muestra la experiencia europea – una serie de prerrequisitos, que pudieran incluirse como condición necesaria para la participación en los mecanismos de integración regionales; dichos requisitos debieran abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) extender y

[(74)] Cfr. A. Truyol, *La Integración Europea. Idea y realidad*, cit.

consolidar la democracia, b) fortalecer el estado de derecho garantizando el respeto de los derechos humanos y c) promover una economía abierta y equilibrada, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región mediante la creación de fondos compensatorios.

En cuarto lugar, cabe observar que cualquier integración profunda requiere de un piso económico, social, político y jurídico común y dicho bloque tiene que ser necesariamente obligatorio y exigible, sin que pueda pretextarse su incumplimiento invocando los principios de soberanía y de no injerencia o vetarse mediante la exigencia de un consenso unánime.

La voluntad fundacional de una auténtica comunidad de estados, requiere de un *mínimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio.

Igualmente, la dinámica del funcionamiento de la integración no puede quedar a expensas de un solo estado o de un pequeño número de estados, que a través de su veto – contracara del principio de consenso – puedan paralizar el proceso de integración, como sucedió en el ámbito europeo – y bien podemos aprender de la experiencia negativa – hacia finales de la década de los 1960's con la "política de la silla vacía" protagonizada por la Francia de De Gaulle.

Otro aspecto a ser considerado es que la integración regional no se ha producido en otras latitudes – y por ello ha fracasado entre nosotros – por el sólo efecto de los buenos deseos. La proliferación de declaraciones puramente semánticas y la flexibilización de los acuerdos sobre los cuales no existe un auténtico compromiso de cumplimiento, ha sido uno de los principales motivos por los que se ha frustrado la consolidación de un bloque regional en América Latina.

Ahora bien, las declaraciones semánticas y la flexibilización de los compromisos no obedecen a una falta endémica de sentido de compromiso entre los pueblos latinoamericanos, sino a que los compromisos demasiado ambiciosos – como lo muestra la experiencia europea – no son practicables si no se produce, previamente, una progresiva conformación de intereses comunes que les den viabilidad.

En Europa, antes de la conformación de las Comunidades de las décadas de los 50's, naufragaron también varios proyectos de integración política y sólo gracias a la visión de Robert Schuman fue posible anticipar objetivos

de largo aliento, concretando proyectos específicos y sectorizados. La integración económica, social y política requiere, previamente, ir acercando los intereses particulares de los estados parte hasta conformar intereses auténticamente comunes.

La integración americana debe aprovechar la lección europea. Será así necesario dentro de nuestro propio ámbito regional, identificar bienes y recursos que puedan ir propiciando un acercamiento de intereses similar al que el carbón y el acero produjeron en Europa.

En ése sentido, la gran diversidad y riqueza de nuestro continente permitiría optar de entre un amplio menú de posibilidades, que irían desde aquéllos bienes y servicios propios del sector primario (materias primas, agricultura, pesca, extracción de metales), hasta los comprendidos por los – recientemente propuestos – sectores cuaternario (información y conocimiento) y quinario (cultura, entretenimiento, educación, arte), pasando por los tradicionales sectores secundario (industria, por ejemplo petrolera) o terciario (servicios como el turismo).

Finalmente, desde un punto de propiamente vista jurídico, cabe observar que la integración regional requiere de la creación de una instancia supranacional – que pudiera ser la CELAC u otro foro semejante –, para lo que se necesita más que Declaraciones, de un Tratado Internacional Constitutivo y obligatorio en sus términos, que desarrolle por lo menos los siguientes aspectos: a) la creación de una Comunidad como organismo de derecho internacional dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y fuentes de financiamiento, b) la sujeción de la comunidad al derecho internacional y, específicamente, a los derechos humanos, misma que deberá ser garantizada a través de los mecanismos judiciales internos de los Estados parte y de un Tribunal de Justicia, c) el reconocimiento de las libertades básicas en materia de integración económica, es decir, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, d) la consolidación de un mercado común, basado en la apertura económica de los estados parte, orientada por los principios de crecimiento sostenible y no inflacionario, e) la instrumentación de políticas específicas en materia de competitividad y competencia económica, regulando tanto la reducción y supresión de aranceles como la desaparición de barreras no arancelarias, f) el diseño de medidas de ajuste estructural para compensar los desequilibrios económicos y sociales en las subregiones me-

nos desarrolladas, g) el desarrollo de políticas comunes en materia laboral y de prestación de servicios, h) la previsión de la posibilidad de optar, llegado el momento, a profundizar el mercado común con la adopción de la unidad monetaria, i) la aproximación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en materia comercial, privada y de conflictos de leyes y jurisdicciones, j) la búsqueda de mecanismos de cooperación en materia judicial, policial y migratoria, k) el desarrollo de políticas de control de fronteras exteriores y de las condiciones para la circulación a lo largo de la región de los habitantes de los países de la comunidad, l) la previsión de los mecanismos para el diseño de una política exterior y de seguridad común, m) la articulación de una política de promoción educativa, científica y cultural común, y n) la colaboración de las administraciones públicas y de las administraciones de justicia nacionales, como delegadas de la administración y de la judicatura comunitaria.

Para tales efectos, será necesario empezar por la asunción de un compromiso serio por parte de los Estados que deseen integrarse de manera profunda, para lo cual es indispensable la inclusión de la 'fórmula integrativa' en sus respectivas Constituciones – como lo han hecho, por ejemplo, Brasil, Colombia o Ecuador – por virtud de la cual se autorice expresamente la cesión de soberanía que implica el reconocimiento de competencias supranacionales, e incorporen en sus leyes fundamentales, como criterio orientador de su política exterior, la búsqueda y promoción de la integración regional americana [(75)].

7. — *Hacia un nuevo ius commune americano.*

La conformación de un derecho comunitario – *ius communitatis* – americano requerirá también de la armonización de los derechos propios – *iura propria* – de la región (bloques, países y regiones), que eventualmente, habrá de generar el surgimiento de un derecho común – *ius commune* – propio de los países de nuestro continente.

[(75)] Cfr. R. Midón, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, cit. y R. Dromi, M. A. Ekmekdjian y J. C. Rivera, *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR*, cit.

Ahora bien, tanto la conformación de un derecho comunitario, como la creación de un derecho común, tendientes a facilitar el libre flujo de los factores de la producción – bienes, servicios, personas y capitales – en un marco jurídico de libertad, igualdad y seguridad que propicie la unidad en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente, requerirán una serie de esfuerzos que pudieran ser desarrollados, al menos en parte, por la comunidad jurídica americana científica y forense.

Es verdad que en lo inmediato no se vislumbran las condiciones económicas y políticas que propicien una auténtica profundización de la integración americana; no obstante, creo que la comunidad jurídica del hemisferio no debiera desatender el consejo que le ha dado recientemente P. Häberle: "es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización" (76).

En el mismo sentido, los profesores Jürgen Samtleben y Jan Peter Schmidt coinciden con nuestra tesis, de que ante la falta de condiciones económicas y voluntad política, la integración americana puede y debe orientarse en primer lugar a través de la doctrina y la jurisprudencia (77).

Ahora bien, los retos que dicha integración supone desde un punto de vista jurídico, recomiendan la 'investigación científica' y la 'colaboración académica' por parte de los estudiosos de la región.

Para tales efectos, vale la pena identificar algunos de los aspectos – pers-

(76) P. Häberle, *México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum*, en P. Häberle, M. Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Traducción Héctor Fix Fierro, México, 2003, pp. 3.

(77) Sus trabajos e investigación sobre la integración jurídica americana pueden verse en la página web del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de Hamburgo, donde el primero fue Director hasta 2002 del Proyecto de Integración Americana y el segundo es actualmente investigador de la Unidad para América Latina de dicho instituto. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en diversas monografías publicadas desde hace varios años y últimamente en J. P. Pampillo Baliño, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*, cit., y *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, cit.

pectivas y temas – de una investigación que pudiera favorecer la integración regional y la consecuente armonización jurídica.

Respecto de las perspectivas, conviene decir en primer, que dada la magnitud de la empresa – construcción de un derecho comunitario para la integración económica, política, social y cultural del continente, así como armonización jurídica del derecho de la región para facilitar los flujos e intercambios dentro de un marco de seguridad – se requiere igualmente de una aproximación amplia, ambiciosa y compleja.

Refiriéndose en general a la integración regional, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de una "aproximación analítica interdisciplinaria", que debe comprender, por lo menos, los distintos aspectos – económicos, políticos, sociales y culturales – de la misma [(78)].

Por lo que hace al acercamiento propiamente jurídico, desde hace algún tiempo hemos venido proponiendo la conveniencia de sumar los ámbitos de la historia jurídica, la filosofía del derecho y las ciencias jurídicas, con especial consideración de la comparación jurídica, sumando adicionalmente un cuarto ámbito científico, el de la prospectiva [(79)].

El esfuerzo que supone la anterior aproximación parece, a primera vista, inabarcable, máxime si consideramos el número de 35 países que actualmente pertenecen a la OEA, respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, cuestión tanto más compleja si se consideran algunas distancias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, así como algunos prejuicios que proceden de sus diferencias [(80)].

Sin embargo, la experiencia europea ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria [(81)]. Recuérdense, por

---

[(78)] M. Mols, *La integración regional y el sistema internacional*, cit., p. 37.

[(79)] Cfr. J. P. Pampillo Baliño, *Historia General del Derecho*, Oxford, 2008 y *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*, México, 2012 y *Hacia un nuevo Ius Commune Americano,* cit.

[(80)] V. J. Sánchez Cordero, *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones Mexicanas*, México, 2006 y V. J. Sánchez Cordero, (traductor y editor) *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, México, 2006.

[(81)] Zimmermann ha insistido recientemente como las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas del *common law* pertenecen a nuestra tradición jurídica

ejemplo, los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980, o bien – entre los muchos otros trabajos – la interesante cartografía jurídica de coincidencias y diferencias jurídicas desarrollada por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law* y el *Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo* [82].

Desde luego que los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo. Pero son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos, están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius faciendui iuris* o capacidad de proponer y crear y derecho, que caracterizó los momentos estelares de nuestra tradición jurídica como derecho de juristas [83].

---

occidental y acaso son más cercanas respecto de sus ordenamientos si se consideran las distancias que median, por ejemplo, entre los códigos paradigmáticos, el *Code* de 1804 y el *BGB* de 1900. D. Zimmermann. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit., *passim*.

[82] Cfr. F. Martínez Sanz, *Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)*, en Cámara. *Derecho privado europeo*, cit., pp. 193 y ss. Véase también G. Luchetti, A. Petrucci, *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al proetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Bolonia, 2006. Considérese igualmente como una iniciativa similar a la anterior el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en el que participaron destacados romanistas, historiadores del derecho, juristas y comparatistas como el propio Gandolfi, A. Trabucchi, J.L. de los Mozos y F. Wieacker, por sólo mencionar algunos. Cfr. G. García Cantero, *El Anteproyecto de código europeo de contratos* (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía), en Idem, pp. 205 y ss. Véase también de G. Gandolfi, *Per la redazione di un 'codice europeo dei contratti*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*., 3, 1995. En fin, por sólo citar un tercer proyecto, conviene mencionar uno realmente distinto a los demás y único en su género, emprendido por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law*. Este grupo de trabajo se ha propuesto "desenterrar el núcleo común" del derecho europeo, buscando confeccionar un "mapa geográfico fidedigno del derecho privado europeo", conformando para ello una especie de "cartografía jurídica" a partir de la identificación de problemas, soluciones e instituciones, con base en cuestionarios, sobre el derecho (leyes, reglamentos, sentencias, doctrina) de todos los países europeos. Véase a S. Cámara Lapuente, *El núcleo común del derecho privado europeo* (proyecto de Trento) en Ibidem, pp. 227 y ss.

[83] En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa que "El absolutismo legislativo de los modernos estados, ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores", realidad frente a la cual,

Desde un punto de vista temático, sería deseable continuar y profundizar la investigación relativa a los 'elementos jurídicos comunes' a los ordenamientos jurídicos de los diversos países del continente. En este ámbito, puede decirse que la investigación se encuentra relativamente adelantada.

En materia de 'derecho público', por ejemplo, cada vez son más los estudiosos del *ius publicum commune* americano, cuyas fuentes históricas – norteamericanas, francesas y españolas –, principios e instituciones comunes y particularidades regionales, han sido cada vez objeto de interés de numerosos estudiosos tanto americanos como de otros latitudes [84].

Por lo que respecta al ámbito del 'derecho privado', también se aprecia una interesante 'línea de investigación' que ha venido destacando especial-

---

la armonización jurídica puede "lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendi iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico". A. GUZMÁN BRITO, *La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica*, en D. F. ESBORRAZ (coordinador), *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, 2006, pp. 180 y 181. En el mismo sentido, en Europa, von Bogdandy: "No todos compartirán esta afirmación categórica acerca de la primacía de la teoría sobre la práctica, pero muy pocos negarán que los profesores juegan un papel clave en los ordenamientos jurídicos, al menos en los de los Estados Miembros de la Unión Europea (…) esta ciencia no se limita a describir, sino que también configura contenidos." VON BOGDANDY. *Hacia un nuevo Derecho Público*, cit., p. 7.

[84] Cfr. P. HÄBERLE, *México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum*, cit., pp. 17 y ss. También son muy dignas de consideración las aproximaciones del constitucionalista peruano D. GARCÍA BELAUNDE, particularmente sus dos artículos *El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias" y "¿Existe un espacio público latinoamericano?*. Véase también a J. CARPIZO, *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*, en *Boletín de Derecho Comparado*, 114, México, 2005. pp. 972-985. Puede verse también provecho, aunque circunscrito más bien al ámbito iberoamericano, los libros de D. VALADÉS, M. CARBONELL (coordinadores). *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2004 y de A. COLOMER VIADEL, *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, México, 2009. En ése mismo ámbito, aunque limitado hasta la década de los 1990's, se encuentra la obra de B. BRAVO LIRA, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, México, 1992. Habría que citar a muchos autores más, como Néstor Sagüés en Argentina, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer MacGregor y José María Serna de la Garza en México y muchos otros más, en una extensa nómina que no corresponde hacer aquí. Baste señalar que este trascendental tema –al que habría que sumar el de los derechos humanos, el del derecho procesal constitucional y el derecho administrativo, entre otros- ha convocado la atención de un creciente número de publicistas en nuestra región.

mente la 'transfusión' del 'derecho romano en América' [85], que se produjo a través de las *Siete Partidas* en los países dependientes de España y de las *Leis Imperiais* en el caso de Brasil [86], proyectándose durante el siglo XIX y hasta la codificación [87], y permaneciendo incluso a través de los códigos – muchos de ellos elaborados por juristas con una sólida formación romanista como Andrés Bello en Chile, Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y Miguel S. Macedo en México –, mediante el recurso subsidiario para la 'integración legal' a la 'equidad' y a los 'principios generales del derecho' [88].

---

[85] Junto a los conceptos tradicionales de difusión y recepción –ampliamente usados por la historia del derecho y por la ciencia jurídica compadrada- la transfusión supone "la comunicación sucesiva entre varias fuentes, y la transfusión del Derecho romano, es el paso de fórmulas jurídicas procedentes de las fuentes del Derecho romano a través de las fuentes del Derecho, especialmente la doctrina, la ley y las decisiones judiciales". A. Díaz Bialet, *La 'transfusión' del Derecho Romano en América Latina*, en D. Fabio Esborraz (coordinador), *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Roma, 2006, p. 76. Una visión panorámica sobre el derecho privado en América Latina la ofrece el excelente libro M. C. Mirrow, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, 2004.

[86] Cfr. R. Rabinovich-Berkman, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 2006.

(87) Sobre el derecho intermediario de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del derecho romano, véase A. Guzmán Brito, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Navarra, 2006. Para México el estudio clásico de M. del Refugio González, *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*, México, 1998. Sobre la codificación en México véase el libro de O. Cruz Barney, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, 2004.

[88] Cfr. J. Luis de los Mozos, *Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*, 1996. Sobre la influencia de los códigos paradigmáticos en Iberoamérica, véase nuevamente a A. Guzmán Brito, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, cit. Véanse los espléndidos volúmenes conmemorativos S. Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*, Padova, 1998 y S. Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*, Padova, 1988 y S. Schipani, *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*, Padova, 1991. También VV.AA. *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas,1987.

Actualmente existen además una enorme cantidad de investigaciones – personales, grupales, institucionales y asociativas – en los más diversos ámbitos jurídicos, entre las que destacan las relativas a los derechos humanos – piénsese tan sólo en los desarrollos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –, los derechos indígenas, el mestizaje jurídica, el derecho internacional, el arbitraje y un muy largo etcétera [(89)].

Lo cierto es que más allá del relativo escepticismo que con razón pudiera generarle a algunos estudiosos el errático proceso de integración americana durante los últimos dos siglos, es que se trata de un tema de actualidad, con grandes proyecciones para el futuro inmediato y mediato, con una enorme viabilidad geográfica, cultural y económica y con las más extraordinarias

---

[(89)] Piénsese por ejemplo, en las investigaciones promovidas por el Programa Jean Monnet, de la Unión Europa, o por la Fundación Konrad Adenauer, la UNESCO, la Fundación EU-LAC, el Centro de Estudios y Documentación Latinoamericanos de la Universidad de Ámsterdam el Instituto Interuniversitario para las Relaciones entre Europa, América Latina y el Caribe, la Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, el Centro David Rockefeller de Estudios de América Latina de Harvard, la FLACSO y la CLACSO, el Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina. Además, h ay muchas más iniciativas y grupos de trabajo que sería prolijo siquiera enunciar; de manera puramente ejemplificativa, puede darse cuenta de los múltiples Centros de Investigación y Asociaciones de Egresados ocupados de la reflexión sobre el Derecho en América Latina en diversas Universidades Norteamericanas, como es el caso de Arizona, FIU, Harvard, Stanford, Tulane y Yale en EEUU, o en la Universidad de McGill en Canada, o bien, en Europa los programas de los Institutos Max Planck. También debe considerarse la Rule of Law Initiative para América Latina y el Caribe de la American Bar Association, más allá de los planteamientos, actualmente rebasados del movimiento Law and Development en su vertiente para América Latina. Otras iniciativas más son las que identifica el profesor colombiano J. A. Tito, señala las siguientes: a) la labor en el ámbito internacional de A.M. Garro en la Universidad de Columbia, b) los trabajos históricos de M.C. Mirrow en la Florida International University, c) los estudios sobre contratos y obligaciones de F. Esborraz, que son parte también de los esfuerzos auspiciados por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma 'Tor Vergata, d) los trabajos histórico-jurídicos de J.H Merryman y R.P. Pérez Perdomo, e) las investigaciones de J. Samtleben y J.P. Schmidt en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de Heidelgerg, f) el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina de la Universidad de La Plata y las contribuciones de Rapallini, g) el Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano de la Universidad Nacional del Rosario de Argentina y f) las publicaciones del autor de estas líneas y los proyectos que ha venido impulsando desde el Centro de Investigación e Informática de la Escuela Libre de Derecho. J A. Tito, *Bases para la Integración del Derecho Contractual Latinoamericano: ensayo del método*, Barranquilla, 2012.

proyecciones en el ámbito jurídico, donde además, el papel que puede y debe desarrollar la doctrina jurídica – y, en general, la sociedad civil – es fundamental para configurar espacios, comunidades, gobiernos y derechos más justos, capaces de promover una mejor convivencia y de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región americana.

Carlos Francisco Molina del Pozo[*]

LA CIUDADANÍA EUROPEA COMO ELEMENTO ESENCIAL Y EXPERIENCIA PARA EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN: AMPLIACIÓN DE SU REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA[**]

Sumario: 1. Derechos de ciudadanía. Introducción. — 2. Análsis de la ciudadanía europea en los Tratados. — 2.1. Significado y límites de la ciudadanía europea. — 2.2. Los derechos de ciudadanía protegidos por la Unión. — 3. Posible ampliación del concepto de ciudadanía de la Unión. — 4. Consideración de otros posibles derechos de ciudadanía.

1. — *Derechos de ciudadanía. Introducción*[1].

Nos parece del todo adecuado, antes de analizar en profundidad las cuestiones más importantes del tema que nos ocupa, explicar, siquiera sea de manera concisa, la consideración del déficit democrático en el proceso de integración europeo. El concepto de déficit democrático de la Unión, ha sido utilizado para criticar la falta de legitimidad democrática que hasta hace no mucho, existía en el seno de la Unión, así como en sus instituciones, órganos y organismos, cuya manifestación más evidente, era la falta de acceso por parte del ciudadano a la información de tales instituciones y organismos.

Sin lugar a dudas, un primer hito en este proceso de democratización fueron las primeras elecciones al Parlamento Europeo en 1979, si bien es cierto,

---

[*] Universidad de Alcalá de Henares.

[**] Conferencia pronunciada con motivo de su Investidura como DOCTOR HONORIS CAUSA por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) el dia 1 de Noviembre, jueves, de 2012.

[1] En torno a esta cuestión, vid., C. F Molina Del Pozo, *Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea: de los Tratados fundacionales al Tratado de Ámsterdam*, en *Revista Universitaria Europea*, Madrid, 1998, número 1, pp. 61 a 97, en el que se basa la primera parte de este artículo y que, asimismo, es de interesante consulta para el caso que nos ocupa.

que no es hasta 1992 a raíz de la aprobación del Tratado de la Unión Europea (TUE), cuando se empieza a observar una verdadera voluntad por parte de los Estados miembros de avanzar en el terreno de la democratización. Por vez primera en la historia de las Comunidades Europeas se comienza a hablar de ciudadanía europea o de derechos fundamentales.

En una primera aproximación, y antes de acometer la materia que realmente nos ocupa, hemos de establecer algunas nociones sobre el concepto de democratización de la Unión Europea, que va íntimamente ligado a la existencia y desarrollo de los eventuales derechos fundamentales y de ciudadanía que se han producido, o puedan producirse en el futuro, en el proceso de integración de la Unión Europea.

Así, la noción de democratización de la Unión Europea se orienta hacia el logro de enmarcar el conjunto de problemas que se derivan de la permanencia de una estructura institucional concebida esencialmente hace más de sesenta años, y que en la actualidad se encuentra ante la necesidad de afrontar desafíos nacidos del debilitamiento progresivo del concepto de democracia, debilitamiento producido en parte por las disfuncionalidades en cuanto a su aplicación en los diferentes sistemas políticos de los diferentes Estados miembros. Habría que replantearse y reflexionar acerca del papel y necesaria transformación de los partidos políticos y de quienes los integran. Asimismo, en lo concerniente a la propia estructura y remodelación de los Poderes que en su día formulara Montesquieu.

Por otra parte, la noción de democratización implica la toma en consideración del concepto de transparencia, es decir, el establecimiento de un flujo permanente de información entre los poderes públicos comunitarios y sus representantes, y los propios ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea [(2)].

[(2)] En consonancia con la noción de democratización que inspira la vida de la Unión, el artículo 15 TFUE establece la obligación de que las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión Europea actúen con el mayor respeto posible al principio de apertura. Esta exigencia nos resulta indispensable para garantizar la participación de la sociedad civil y, a su vez, para fomentar la buena gobernanza en el funcionamiento de las instituciones, órganos y organismos europeos. Ciertamente, democracia, transparencia y participación social en el desarrollo de las actividades públicas constituyen principios necesariamente relacionados entre sí. No es posible hablar de democracia si las instituciones públicas no mantienen una relación transparente con la sociedad.

Entendemos pues, que una manera clara y directa, de llevar a cabo esta labor, es otorgar, entre otras cosas, derechos fundamentales, sociales, o políticos a los propios ciudadanos que deriven directamente del poder de la Unión, sin necesidad de que el Estado miembro correspondiente actúe como filtro de tales derechos.

2. — *Análsis de la ciudadanía europea en los Tratados.*

Cualquier sistema político supone la necesidad de establecer criterios de pertenencia a dicho sistema, y en el ámbito de la Unión Europea, no puede ser distinto. En un primer momento, la pertenencia a un Estado miembro era el único lazo de vinculación que tenían los ciudadanos con las Comunidades Europeas, aunque pronto comenzaron a establecerse debates sobre el reforzamiento de esta idea de ciudadanía, de forma tal, que no resultara intervenida por los Estados miembros. Por ello, fue la necesidad de potenciar la legitimidad democrática mediante la implantación de relaciones políticas entre los individuos lo que motivó la creación de un estatuto de ciudadanía de la Unión.

Puede afirmarse, que la noción de ciudadanía europea concebida como tal surge por vez primera en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en 1974. No obstante, no sería hasta 1984 cuando la preocupación por este tema adquiere auténtica relevancia, en concreto en el momento en que el Consejo Europeo decidió constituir el Comité ad hoc sobre la Europa de los ciudadanos.

Sin embargo, se constató que el ciudadano europeo medio no percibía de una forma clara la idea de Europa, al no percatarse de los logros económicos y políticos que se habían llevado a cabo, y por lo tanto, no entendía de una manera precisa esta nueva idea de integración europea que, al parecer, sólo se presentaba como algo evidente en las mentes de sus Jefes de Estado y de Gobierno. Dada esta situación, se comprendió, por parte de los líderes europeos, que era necesario dar un giro a la filosofía comunitaria, de tal modo que habrían de centrarse en el individuo como sujeto de derechos procedentes de una entidad superior al propio Estado, la supranacional (en nuestro caso, la Unión Europea).

2.1 – *Significado y límites de la ciudadanía europea.*

El derecho de nacionalidad, que hasta hace poco había sido puramente normativa interna, dejó de serlo, al menos en parte. No se trata de privar a los Estados de la potestad de determinar quiénes y bajo qué circunstancias son sus nacionales, sino de poder ampliar los derechos de los ciudadanos por encima de lo que, debido a sus limitaciones, puede ofrecer un Estado. Es decir, debe entenderse la ciudadanía europea como complementaria a la nacionalidad de cada Estado miembro de la Unión y, en ningún caso, como sustitutiva o supletoria. Esta ciudadanía complementaria a la nacionalidad de cada Estado, comprende una oferta más amplia de posibilidades y garantías para los ciudadanos.

No parece, a nuestro justicio, impensable, que pueda existir un vínculo por encima de la nacionalidad estatal que, complemente o especifique determinados derechos de los ciudadanos europeos. Este sería el supuesto de la ciudadanía europea, la cual supone un nuevo status respecto de los tradicionales nexos entre poder público e individuos.

A lo largo de la historia, el concepto de ciudadanía ha supuesto diferentes contenidos.

Pero actualmente, se pueden delimitar tres facetas en lo que hace referencia al referido contenido del concepto de ciudadanía: un ámbito de derechos políticos, otro ámbito de derechos civiles y, un tercer ámbito, de derechos sociales.

El artículo 20 TFUE dispone que "*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de algún Estado miembro*", al tiempo que establece que la determinación de ésta constituye reserva de soberanía de los Estados, con la remisión a las respectivas legislaciones nacionales para determinar qué persona podrá ser considerada nacional del mismo y, por ende, ciudadano de la Unión.

La ciudadanía europea parte así de una distinción clara entre ambos conceptos para convertirse en un estado civil de la persona y respeta (ampliándolo) el estatuto de extranjería privilegiada del que han gozado los nacionales de los Estados miembros en el ejercicio de los derechos que se les confieren en los Tratados.

Así pues, aunque el primer Tratado de la Unión no supuso que la Unión abandonase el ámbito económico en que hunde sus raíces, sí representa una

novedad el hecho de que tenga la pretensión de crear nuevos espacios de integración, tal y como se recoge de la normativa de los propios Tratados.

Una vez aclarada la creación de una ciudadanía europea, hay que delimitar sus límites y su significado. En primer lugar, el concepto de ciudadanía se puede construir sobre unas bases amplias, o bien sobre unos presupuestos más limitados, como serían los derechos de contenido cívico – político.

Es pertinente mencionar aquí, que el estatuto de ciudadano de la Unión no puede existir sino en el contexto de un sistema que respete los derechos fundamentales y que permita a todos el pleno desarrollo de la personalidad. Cuando se comenzó a elucubrar sobre esta noción, quedaba por definir la cuestión de los derechos fundamentales, que enmarcan toda la temática relativa a la ciudadanía. Su desarrollo es exactamente paralelo al desarrollo de las facultades políticas del ciudadano, pero siendo que estos derechos se establecen para todos los ciudadanos (no sólo para los nacionales de los Estados miembros).

2.2 – *Los derechos de ciudadanía protegidos por la Unión.*

Por lo que se refiere al texto firmado en Maastricht, no es que pueda ser recordado especialmente por los avances en materia de derechos fundamentales (Art.6 del TUE, cuando se refería a los principios informadores del Derecho de la Unión, a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros o, finalmente, a la pertenencia de todos los Estados miembros al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, de Roma de 4 de noviembre de 1950). El TUE, básicamente en lo que se refiere a ciudadanía de la Unión, aporta numerosos e importantes elementos de interés. A decir verdad, la cuestión de los derechos fundamentales en el Tratado viene a conformar el marco de toda la temática de los derechos de la ciudadanía.

En este sentido, el Tratado firmado en Maastricht recoge los siguientes derechos:

A) Derecho a la libre circulación y residencia

Este derecho supone que todo ciudadano de la Unión puede residir y circular libremente a lo largo y ancho del territorio de los Estados miembros.

Además, este derecho podrá ser extendido a aquellos nacionales de terceros países que residan de manera legal en algún Estado miembro.

No obstante, este derecho lleva aparejada una serie de limitaciones y condiciones que, de algún modo, encorsetan el libre ejercicio del mismo. En consecuencia, puede mantenerse que, el hecho referido, niega el posible efecto directo o invocabilidad ante los Tribunales que pudiera apreciársele al contenido del derecho, dado que remite a una actividad legislativa de transposición, que, en gran parte, podemos considerar ya en vigor. La posibilidad de una ampliación de estos supuestos de libre circulación o un cambio en las condiciones de su ejercicio que ampliase el número de personas beneficiarias, debe ser analizada desde la consideración previa de que en los Tratados fundacionales, la libre circulación de trabajadores se contempla como un elemento definitorio del Mercado Común.

B) Derechos electorales de los ciudadanos

La participación de los ciudadanos en la construcción de la Unión va a constituir uno de los objetivos más esenciales del Tratado de la Unión Europea. En este orden de ideas, el texto de Maastricht incorpora dos aspectos electorales en los que el ciudadano de la Unión tendrá todo el protagonismo, sea cual sea su nacionalidad, y sólo en función del lugar de su residencia. Concretamente nos queremos referir, por una parte, al derecho de sufragio activo y pasivo que se otorga al ciudadano de la Unión en materia de elecciones locales y, por otra, a la posibilidad que también se concede a quienes poseen dicho status de ciudadanía europea para participar en el proceso electoral para conformar el Parlamento Europeo, en función del Estado miembro en que tengan su residencia.

C) Protección de los derechos de los ciudadanos en vía no jurisdiccional

Al contenido del estatuto de ciudadanía se añade la regulación de la figura del Defensor del Pueblo Europeo [3] y del Derecho de Petición. Puede decir-

[3] El Tratado de Lisboa ha consagrado el derecho de los ciudadanos europeos a recurrir al Defensor del Pueblo europeo. Tanto la figura del Defensor del Pueblo como el derecho que asiste a los ciudadanos a dirigir quejas al mismo son objeto de atención en diversos preceptos del Tratado de Lisboa. El Tratado incluye el derecho a presentar quejas ante el Defensor del Pueblo Europeo como uno de los que integran el estatuto de la ciudadanía europea. También la Carta de Derechos Fundamentales ha incluido el derecho de los ciudadanos a acudir al Defensor del Pueblo en los casos de mala administración.

se que, en ambos casos, se trata de vías de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la administración comunitaria en vía no jurisdiccional.

La particularidad de esta regulación consiste en que se amplía el ámbito de ciudadanos que pueden beneficiarse de ella, es decir, la protección ciudadana que se materializa con el uso del Derecho de Petición o acudiendo al Defensor del Pueblo Europeo, resulta ampliada respecto a otros derechos contenidos en los Tratados, puesto que, ahora en ambos supuestos, los ciudadanos beneficiados serán, todos los que tengan su residencia en territorio de la Unión. Por tanto, el concepto de ciudadano de la Unión se ve ampliado con el de ciudadanos de terceros Estados pero que tengan su residencia legal en territorio de la UE.

D) Protección diplomática y consular

Es pertinente mencionar, que la protección diplomática y consular resulta ser el único derecho en el que no intervienen las Instituciones europeas, dado que son los Estados miembros los que deben garantizar su efectividad, a través de negociaciones internacionales. Pues bien, cabe afirmar que, el contenido del estatuto de ciudadanía europea se cierra con lo dispuesto en los Tratados sobre el derecho de todo ciudadano de la Unión a acogerse a la protección diplomática y consultar por parte de un Estado miembro del que no sea nacional, en el caso de que su propio Estado no tenga representación en el territorio del país donde se encuentre, y sólo en el supuesto de que haya mediado un acuerdo internacional entre los miembros de la Unión y los países terceros donde se fuese a otorgar la protección.

E) Derecho a presentar una limitada iniciativa legislativa popular[4]

Hay que aclarar que este derecho no nació en Maastricht sino en Lisboa. El artículo 11 del TUE reconoce a los ciudadanos de la UE una limitada iniciativa legislativa popular al establecer que un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de un número significativo

[4] En torno a la cuestión de la participación de los ciudadanos en el proceso de integración, vid. C. F Molina Del Pozo, *La participación activa de los ciudadanos en la construcción europea*, en *Construyendo Europa con los ciudadanos*, in *Cuaderno europeo 7*, Madrid, 2009, pp. 134 a 138. Vid. también, C. F Molina Del Pozo, *La participación ciudadana a través de la iniciativa popular en la Unión Europea*, en la obra codirigida por C. F Molina Del Pozo y C. Pizzolo, *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur: ensayos para un estudio comparado*, Buenos Aires, 2011, pp. 215 a 234.

de Estados miembros (la cuarta parte de los Estados miembros de la UE), podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requiere un acto jurídico por parte de la Unión.

F) Derecho al acceso de documentos

El ejercicio de este derecho supone que todo ciudadano de la Unión o toda persona jurídica que tenga su domicilio social o que resida en algún Estado miembro, tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, de la Comisión Europea, o del Consejo.

El reconocimiento a este acceso es otra consecuencia más de los principios de democracia, de apertura y de transparencia que han de inspirar el funcionamiento de la Unión. Además, este derecho de acceso constituye un requisito previo e imprescindible para la efectividad del principio de democracia participativa recogida en el Tratado de Lisboa.

G) Derecho a una buena administración

Este derecho incluido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, supone que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativamente, dentro de un plazo de tiempo razonable. Este derecho a su vez se subdivide en cinco derechos:

-El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
-El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
-La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
-El derecho que toda persona tiene a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
-El derecho de toda persona a poder dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados, debiendo recibir una contestación en esa misma lengua. Por todos es conocido que, en la Unión Europea, con 27 Estados miembros, existen 23 lenguas oficiales.

Además de esta lista de derechos, la Unión Europea, promueve la acción de todos los ciudadanos con el objetivo de que participen en la construcción europea. Para ello, la Unión cuenta con el Programa "Europa para los ciudadanos", cuyo objetivo consiste en financiar proyectos y actividades destinadas a que los ciudadanos de la Unión Europea jueguen un papel importante como actores en el desarrollo de la Unión Europea. Mediante estas actividades, el Programa difunde la historia y los valores de la Unión, al mismo tiempo que intenta fomentar un sentimiento de pertenencia de todos los ciudadanos, hacia el proceso de integración europeo.

Los Proyectos llevados a cabo mediante el Programa, son llevados a cabo por las autoridades locales, así como por Organizaciones no gubernamentales (ONGs). Estos Proyectos pretenden concienciar a los ciudadanos para que hablen de las políticas de la Unión, así como del entendimiento mutuo entre personas de distintas regiones o países de la Unión, y, en definitiva, tomar conciencia del impacto social que supone la acción de las instituciones y órganos de la Unión Europea en la vida cotidiana de millones de habitantes.

3. — *Posible ampliación del concepto de ciudadanía de la Unión.*

Hasta ahora, hemos hecho un recorrido por los derechos de ciudadanía que se han creado desde el nacimiento de las Comunidades Europeas, hasta la actualidad. Asimismo, hemos podido constatar, que el presupuesto básico e ineludible para poder gozar de esos derechos de la Unión, no es otro que el estar en posesión de alguna nacionalidad de algún Estado miembro.

Pues bien, entendemos y reiteramos el hecho de que, hay ciertas personas que, aun no siendo nacionales de algún Estado miembro, podrían tener legitimación para poder ejercer estos derechos. Nos estamos refiriendo, a aquellos ciudadanos extranjeros de terceros países, que obviamente no son nacionales comunitarios, pero que por sus circunstancias, podríamos considerar de justicia, que fuesen titulares de los derechos inherentes a la ciudadanía europea.

Tal y como se ha venido diciendo, la ciudadanía de la Unión debe definirse de forma autónoma, siendo imprescindible que prevea, bajo determinadas condiciones – lo menos restrictivas posibles –, la posibilidad de

disfrutar de los derechos inherentes a ser ciudadano de la Unión también a aquellos ciudadanos extranjeros residentes, que no son nacionales de un Estado miembro, pero que cumplimentan una serie de condiciones fijadas y exigibles, que posibiliten a dichas personas alcanzar el estatus de ciudadanía europea.

El modelo a seguir para el disfrute de los derechos relativos a la ciudadanía europea por aquellos residentes extranjeros que aunaran una serie de condiciones, sería el mismo que ha seguido el Parlamento Europeo para llevar a cabo la aprobación de la llamada Directiva 2011/98/UE de 13 de Diciembre de 2011 de "permiso único", por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

El motivo de llevar a cabo esta Directiva por parte de las instituciones de la Unión Europea, lo encontramos en la reunión especial de Tampere, celebrada por el Consejo Europeo, que reconoció la necesidad de una armonización de las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países. En palabras de la Directiva de "permiso único":

"*En este contexto, el Consejo Europeo afirmó en particular que la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros y que una política de integración más firme debe encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión*".

En este orden de ideas, la Directiva de "permiso único" establece que los extranjeros residentes en algún Estado miembro puedan gozar de manera igual a los nacionales de dicho Estado miembro en el que se encuentran, de los derechos relativos a materia laboral [5]/ [6], de seguridad social [7], pensio-

[5] En palabras de la propia Directiva: "incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo".

[6] libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional.

[7] Según lo definido en el Reglamento (CE) nº 883/2004.

nes y acceso a los servicios públicos [8]/ [9], así como beneficios fiscales, o servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo.

Asimismo, cabe recordar que dicha Directiva tiene como destinatarios aquellos extranjeros que quieran residir en un Estado miembro o que ya residan de manera legal en uno de ellos. No obstante, es preciso mencionar aquí la existencia de otra Directiva, concretamente, se trata de la Directiva 2003/109/ CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que otorga la misma igualdad de trato, pero con una característica: para solicitarla, el residente extranjero ha de haber residido ininterrumpidamente en el Estado miembro durante cinco años anteriores a la solicitud [10].

Por lo tanto, la nueva Directiva de "permiso único" afecta a aquellos residentes legales (y para aquellos que quieren empezar a residir como ya hemos mencionado), que no superen en cinco años su estancia en un Estado miembro.

En este mismo orden de cosas, vista la decidida intención del Consejo Europeo y, en definitiva, de las instituciones comunitarias, de llevar a cabo una política tendente a la equiparación de derechos entre ciudadanos de la Unión (nacionales de los Estados miembros) y extranjeros legalmente residentes, apostamos por la creación de una nueva Directiva, que siga el modelo de las dos anteriormente mencionadas, y que suponga la equiparación de derechos propios de los ciudadanos europeos, en tanto en cuanto ciudadanos y habitantes de la Unión, es decir, no como nacionales de cada Estado miembro. Nos estamos refiriendo a los derechos inherentes a la ciudadanía europea.

Algunos sectores, podrían pensar que esta nueva hipotética Directiva que propugnamos, podría violar, siquiera de manera disimulada, el principio por el cual para poder gozar de los derechos de ciudadanía se ha de ser nacional de un Estado miembro, pero creemos que, en algunos individuos, concurren una serie de circunstancias (tales como la larga vinculación por residencia en un Estado miembro, o el arraigo familiar), que suponen motivos de justicia

---

[8] Educación y formación profesional.

[9] "incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional".

[10] Vid. artículo 4 Directiva 2003/109/CE

moral para hacerles participes también a ellos de esos derechos propios de los ciudadanos europeos. Inmediatamente nos viene a la mente el caso de personas, que habiendo residido y trabajado mucho tiempo en un Estado miembro, pagando sus impuestos, y en definitiva, habiéndose convertido en un ciudadano más de dicho Estado, no hayan querido solicitar la nacionalidad de dicho Estado, bien sea por motivos sentimentales o de otra índole (no querer perder su nacionalidad de origen), y que como ya hemos manifestado, se entiende de justicia, dotarles de los derechos de ciudadanía europea, igual que si se tratara de nacionales de dicho Estado miembro.

No obstante, entendemos que, al ser la cuestión que aquí abordamos de gran transcendencia jurídica, el tiempo a transcurrir para poder dotarles de tales derechos a esos extranjeros legalmente residentes que no quieren solicitar la nacionalidad del Estado miembro en el que residen, y que por lo tanto no podrían disfrutar de los derechos de ciudadanía de la Unión, no podría ser de menos de diez años de residencia legal ininterrumpida en algún Estado miembro. Asimismo, creemos que este período de diez años sería compatible con ausencias del territorio europeo dónde tengan su residencia, de hasta doce meses.

Además pensamos que hay una serie de supuestos, que, al igual que en la normativa española, se les podría conceder el status de ciudadano europeo a los residentes con menos de diez años de residencia que se encuentren en alguna de estas situaciones:

-Los que hayan nacido en algún Estado miembro y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en ese Estado de forma legal y continuada durante, al menos, 5 años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

-Los que hayan sido nacionales de algún Estado miembro y hayan perdido la nacionalidad de dicho Estado.

-Lo que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública de algún Estado miembro durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

-Los apátridas o refugiados que se encuentren en territorio de la Unión Europea y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en algún Estado miembro.

-Los residentes nacionales de terceros Estados que hayan contribuido de

forma importante al progreso económico, científico o cultural de la Unión Europea, o a la proyección de la Unión Europea en el exterior.

Dicha fórmula, vendría a suponer la equiparación de derechos de la Unión, sin la necesidad de reformar el artículo 20 del TFUE [11]. Es decir, supondría el disfrute por parte de estos ciudadanos extranjeros legalmente residentes de los derechos de ciudadanía, sin ser ciudadanos de la Unión, pues en caso contrario, sería preciso llevar a cabo una revisión del propio concepto de ciudadanía europea contenido en los Tratados.

4. — *Consideración de otros posibles derechos de ciudadanía.*

Además de los derechos de ciudadanía europea ya existentes y mencionados anteriormente, es decir, entre otros:

-Derecho a circular y residir libremente en territorio de la Unión Europea;
-Derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado de residencia en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo;
-Derecho a la protección diplomática y consular de otro Estado miembro;
-Derecho de petición dirigido a las instituciones u órganos de la Unión;
-Derecho a plantear reclamaciones al Defensor del Pueblo de la Unión;
-Derecho a presentar una iniciativa legislativa popular;
-Derecho a una buena administración.

Entendemos, que podrían existir otra serie de derechos para los ciudadanos de la Unión y para aquellos residentes legalmente establecidos que hubieren estado al menos diez años de manera ininterrumpida en algún Estado miembro (conforme a lo expuesto en el epígrafe anterior) que, en definitiva, supongan un avance significativo en el proceso de integración, y que den muestras de una voluntad férrea por parte de los Estados miembros, de querer ser y construir cada vez más Europa, sin perder la identidad de cada Estado ("*Unidos en la diversidad*") y que la Unión tenga un papel cada vez más protagonista en la vida cotidiana de los ciudadanos que la conforman.

---

[11] "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro."

Pues bien, en atención a lo expresado anteriormente, en lo que se refiere a residentes legalmente establecidos por más de diez años, entendemos que, para este colectivo de personas, que sí podrían disfrutar de los derechos de ciudadanía, pero que no serían nacionales de ningún Estado miembro, podría implantarse un derecho subjetivo a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar libremente dichas opciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a manifestaciones culturales diversas. Bien es cierto, que este derecho, podría incluirse en los ya previstos en la Carta: derecho a la libertad cultural, religiosa, de expresión, y derecho a la no discriminación. Sin embargo, se trataría con su reconocimiento de reforzar el mencionado derecho a la propia cultura, lo cual serviría para enriquecer aún más el panorama de los derechos de la Unión Europea.

Además, podría incluirse el derecho de los ciudadanos de la Unión a una vivienda digna, con independencia de su situación social y económica, lo cual, coadyuvaría al cumplimiento, en grado más avanzado, de los objetivos previstos en el artículo 3 del TUE.

En este mismo orden de cosas, la Unión, podría promover una Directiva para que, las personas pertenecientes a la tercera edad, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades graves o de alta complejidad, reciban atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado del Estado en el que se encuentren. La misma atención prioritaria deberían recibir las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, y desastres naturales.

En lo que respecta a aquellas comunidades de ciudadanos de terceros países que también disfruten de los derechos de ciudadanía de la Unión, y cuyo elevado número suponga una especial atención, se podría pensar en fomentar la creación de una serie de derechos colectivos para estos grupos de habitantes tendentes a proteger y fortalecer su idiosincrasia dentro del territorio de la Unión. Estos derechos podrían ser, entre otros, los siguientes:

-El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.

-Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social.
-Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico. La Unión debiera proveer los recursos a tal efecto.
-Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el caso de que estas comunidades tengan como propia una lengua distinta a alguna de las oficiales en el seno de la Unión.
-Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa (reglamento, directiva, decisión) que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
-Impulsar el uso de los símbolos y los emblemas que los identifiquen, aunque debiendo mantenerse y asegurarse el necesario respeto a los propios del Estado en el que tengan su residencia, de manera que quede garantizado el orden público y la normal convivencia en el conjunto de la ciudadanía.
-Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública de los Estados miembros dónde se ubiquen, y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Para finalizar la presente exposición y, a modo de desiderátum, nos gustaría expresar lo que, en nuestra opinión, ha de ser el siguiente paso en esta idea de modificar y ampliar el concepto de ciudadanía que ha sido manifestado a lo largo de la "Lectio Doctoralis". En este sentido, entendemos que, los ciudadanos residentes, provenientes de terceros países, que cumplan con los requisitos anteriormente expresados (estancia de 10 años, etc.), en vez de otorgárseles los derechos inherentes a la ciudadanía europea, resultaría más apropiado si cabe, otorgarles el estatus de ciudadanos europeos, aunque no sean nacionales de ningún Estado miembro. Por lo tanto, y en consecuencia, consideramos que este reseñado desiderátum conllevaría, para ser viable jurídicamente, una próxima reforma de los Tratados y, a lograr semejante objetivo habremos de orientar, en gran medida, nuestra tarea futura en el marco del estudio y la investigación de los procesos de integración, en la medida en que me siento un poco "padre" de los actuales derechos de ciudadanía que se incluyeron en el Tratado de la Unión Europea hace ya veinte años en la ciudad holandesa de Maastricht.

Leticia Bonifaz Alfonzo[*]

LAS DICOTOMIAS EN EL DERECHO

Sumario: 1. Marco Teórico. — 2. Problemas específicos del derecho. — 2.1. Realidad/Ficción. — 2.2. Omnipotencia/Debilidad. — 2.3 Certeza e Incerteza. — 3. Igualdad/Desigualdad _ Igualdad/Diferencia.

1. — *Marco Teórico.*

Quiero en este texto, formular algunas reflexiones sobre las dicotomías que existen en el derecho y en la ciencia del derecho y que se han manejado a través de una lógica binaria que nos ha obligado a considerar uno u otro concepto, excluyendo y cancelando al contrario.

Servirán de marco teórico los estudios de los juristas belgas Francois Ost y Michel Var der Kerchove, así como del italiano Luigi Pannarale [(1)]. Pondremos al inicio un extracto de lo que propusieron estos autores para después entrar al estudio de algunos aparentes contrarios.

Francois Ost y Michel van der Kerchove. proponen enfocarse en el *entre dos* que existe en el rejuego de los contrarios. Estos autores hacen referencia al trabajo del filósofo francés Merleau-Ponty (clasificado como fenomenólogo) que propuso la dialéctica sin síntesis, misma que implica un juego y rejuego de los contrarios que no cancela a ninguno de los dos y provoca movimiento.

Las afirmaciones más relevantes que nos servirán como punto de partida son:

- Lo que se requiere pensar hoy es en la coexistencia conflictual de los contrarios, la tensión de los opuestos,
- No parece sencillo que una cosa pueda pertenecer al propio contrario y

[*] Universidad Nacional Autónoma de México.

[(1)] Los trabajos de los referidos autores fueron revisados en la edición italiana de las obras: Il Diritto Ovvero i paradossi del giocco y la Bottiglia di Leyda. Il juirsta ed i suoi paradossi. Editadas por Giuffre y Giapichelli. La traducción de las partes citadas fue realizada por quién escribe este texto.

que alejándose se acerquen.

Los autores citados hacen referencia a la dialéctica sin síntesis en el derecho y a las distintas dicotomías, selecciones y cancelaciones que desde la construcción de la ciencia del derecho hacemos cotidianamente sin reflexionar sobre ello.

En efecto, en relación al fenómeno jurídico se nos han presentado entre otras, las siguientes dicotomías: justicia-injusticia; validez-invalidez; eficacia-ineficacia; orden-desorden; certeza-incerteza; seguridad-inseguridad; público-privado; objetivo-subjetivo; material-formal; legalidad-ilegalidad; legitimidad-ilegitimidad; permanencia-cambio; rigidez-flexibilidad; etc.

Cualquiera de nosotros podrá recordar las lecciones de introducción al estudio del Derecho, donde para distinguir la moral y el derecho, se hacía una caracterización diferenciando bilateral/unilateral, autónomo/heterónomo; interno/externo, coercible/incoercible. Después de las primeras clases, el estudiante se quedaba con la idea de que la moral y el derecho eran totalmente distintos, cuando en realidad moral y derecho están absolutamente sobrepuestos, implicándose y explicándose, en rejuegos permanentes.

Y en cada diferenciación sucede lo mismo: las normas impuestas por otros (heterónomas) pueden coincidir con las que nosotros mismos nos impusimos (autonomía), por lo que no son, para nada, categorías excluyentes. Asimismo, aunque el derecho se enfoca fundamentalmente a las conductas externas, muchas veces considera, o no puede dejar de considerar, las intenciones, para darles diferentes efectos, atenuar por ejemplo una pena, o las consecuencias de haber actuado de buena fe. Entre autonomía/heteronomía, entre interioridad/exterioridad, como en el resto de las categorías hay rejuegos permanentes y paso de uno a otro contrario. Sin embargo, en la formación clásica ha prevalecido la cancelación y la exclusión, lo que ha provocado que el fenómeno no se pueda ver integralmente y como sucede en la realidad.

Tradicionalmente, se nos han dado las reglas para distinguir en qué o de qué lado nos encontramos, qué selección hacemos, sin considerar el problema de los límites que no son rígidos, sino difusos y permeables, y del espacio *entre dos*. Pocas veces nos centramos en el espacio del rejuego y ver como se implica un contrario en otro.

La simplificación del conocimiento ha hecho que tratemos sistemática-

mente de eliminar las contradicciones, las incongruencias y las paradojas que son, en realidad, parte del mundo complejo que vivimos. Los múltiples intentos de simplificación llevaron al alejamiento de la teoría en relación con lo que se pretendía explicar.

Distinguir sin cancelar ni excluir es parte de la complejidad, misma que en palabras de Niklas Luhmann [2], no puede cancelarse sino sólo reducirse, y el Derecho funciona como reductor de complejidad en los términos que veremos más adelante.

Ost y van de Kerchove, en su desarrollo sobre los aparentes contrarios y las paradojas del juego entre ellos, nos muestran la posibilidad del tránsito entre uno y otro concepto, señalando que el guión entre las dos palabras, al mismo tiempo que une, separa. Nace así el espacio que ellos llaman del *entre dos* (que no es ni el justo medio ni una tercera vía).

Desarrollaron así una lógica de los opuestos que rompe de manera propositiva el esquema dicotómico. Se abandona el paradigma simple de la alternativa (o esto o aquello); de la exclusión (ni esto ni aquello); de la oposición (esto contra aquello) del idéntico (esto y aquello), para poner la atención en el entre dos, es decir en la relación dinámica entre esto y aquello [3].

En síntesis señalan que "el espacio del *entre dos* aleja los polos distintos para acercarlos inmediatamente después, tal vez invirtiendo sus posiciones, haciéndolos interactuar, sugiriendo las vías de mediación.

"Aplicada a cualquier dicotomía, – señalan – el *entre dos* produce un irresistible efecto de movimiento, y así se libera un formidable potencial creativo. En el espacio mínimo del entre dos cada uno de los polos opuestos se mueve generando miles de figuras inéditas donde poco a poco descubrimos el sigilo del tercero. Ese tercero que la lógica de lo simple había pretendido excluir pero que el juego invita a la mesa, sostienen Ost y Van der Kerchove.

Los autores llaman al entre dos el "as central de la filosofía lúdica del derecho". Se trata – dicen – de una dialéctica entendida como progresión, como camino intelectual que conduce de un polo al otro y que en el cruce

---

[2] N. Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, 1ª edición en español, México, 2002.

[3] F. Ost Francois, M. Var der Kerchove, *Il Diritto ovvero i parradossi del gioco*, Milano, 1995, p.7.

de las relaciones entre polaridad define el origen común del cual unos y otros proceden. Se trata de una dialéctica en grado de insinuarse en el corazón mismo de la identidad, definida del modo más radical, para hacer jugar la diferencia" [4].

"La dialéctica salta el vacío del *entre dos* para tejer ligas de complejidad entre los contrarios. La dialéctica, concluyen estos autores, permite pensar en la historia de manera distinta a una sucesión insensata de avenimientos puntuales y que confiere un estatuto a la im-plicación del observador en la ex-plicación del desarrollo de los eventos" [5].

Le dan al espacio del *entre dos* un estatuto de existencia a la dinámica de las oposiciones. El paso sucesivo del uno al otro, la interacción. El modelo del juego construye una matriz particularmente fecunda de las copias dialécticas, entre las que podemos encontrar las siguientes relaciones Cooperación / conflicto; realidad / ficción; Regulación / indeterminación.

Y podríamos seguir con una lista muy abundante de dicotomías, cada una con su propio rejuego y con nuevas posibilidades de revisar el movimiento, el rejuego y poner énfasis en el *entre dos,* como sugieren los autores belgas.

Complementariamente a lo que señalan ellos, para abundar en el punto de partida, haremos referencia a las aportaciones de Luigi Pannarale, este sociólogo del Derecho italiano señala que la positivización del Derecho es, justamente, el proceso en virtud del cual a través de su propia autoafirmación, transforma la impotencia en omnipotencia, reivindica la propia autonomía en cuanto parte del sistema social, construye su propia diferencia afirmando la propia identidad pero produciendo su propia indeterminación" [6].

A continuación se sintetizan las principales ideas:

-"La marca de nuestra época, es la sobreposición de todos los códigos, el meter en resonancia instantánea la causa y el efecto, la acción y la reacción, una idea y su contrario. No basta oponer el relativismo al dog-

---

[4] F. Ost Francois, M. Var der Kerchove, *Il Diritto ovvero i parradossi del gioco,* cit., p 8.

[5] *Ibídem*, p. 8.

[6] L. Pannarale, *La bottiglia di Leyda. Il giurista ed i suoi paradossi*, Torino, 1996, p.11.

matismo o el pluralismo al monismo, porque el dogmatismo y el monismo sobreviven a su modo en el centro mismo de la turbulencia de las cosas" [7].

-"Una idea simple no está más en grado de desplazar a otra idea simple para tomar su puesto: un nivel no está más en grado de sobreponerse a otro nivel para dominarlo o para hacerlo desaparecer. Las ideas simples y los niveles interactúan., dado como resultado la complejidad" [8].

- "Es necesario renunciar al paradigma de la simplicidad. El determinismo de las falsas jerarquías deja su puesto a la apertura hacia la causalidad múltiple. Los confines pierden sus límites" [9].

-"Una sola causa no necesariamente tiene un solo efecto. Una sola causa puede tener muchos efectos o varias causas, un solo efecto, muchas causas muchos efectos [10].

-Es posible observar asimismo la recursividad, procesos circulares que hacen retroactuar los efectos sobre las causas y mezclar y enredar los distintos niveles [11].

-Hay que decir, en consecuencia, adiós a lo lineal y al movimiento constante porque historia tiene involución y evolución, avances y retrocesos,

Respecto de la linealidad Pannarale dice que es "una forma recortada de la realidad, una imagen donde han quedado fuera todas aquellas variaciones que escapan de la línea". Este modelo es distinto a si se incluyen variables y entrecruzamientos de variablidad.

Esta nueva herramienta epistemológica resulta muy atractiva sin duda para repensar el derecho y para revisar muchos de los fenómenos y situaciones que se nos presentan día a día y que requieren complejas explicaciones que atiendan a su propia complejidad.

---

[7] *Ibídem*, p. 4.

[8] *Ibídem*, p. 4.

[9] *Ibídem*, p. 7.

[10] *Ibídem*, p.7.

[11] L. Pannarale, *La bottiglia di Leyda. Il giurista ed i suoi paradossi*, cit., p. 7.

2. — *Problemas específicos del derecho.*

Respecto del Derecho, Pannarale concluye lo siguiente:

-El derecho no posee la completa pertenencia a los códigos de legal e ilegal.
-El derecho no tiene acceso directo a los hechos que regula.
-La instancia suprema de control es dejada a menudo sin control.
-Los límites del derecho porosos y reversibles.
-Las reglas del juego que el derecho instaura para resolver los conflictos y regular los comportamientos son siempre susceptibles de llevar a un juego de segundo grado.
-Los actores del juego son al mismo tiempo compañeros de juego y adversarios.
-El conocimiento del derecho implica la necesidad de situarse adentro y afuera.
-Las consideraciones éticas exigen consenso respecto de algunas reglas comunes y al mismo tiempo disenso respecto de otras [12].

¿Debemos huir de las paradojas porque serían propias del sofista como diría Durkheim?, Se pregunta Pannarale [13] La opción: por supuesto es asumirlas y entenderlas para poder explicitarlas y explicarlas [14].

2.1. – *Realidad/ Ficción.*

Pannarale dice: "El derecho, para asumir su propia función, debe utilizar un lenguaje performativo, debe construir una propia realidad virtual, debe comportarse "como si": aún siendo una regulación absolutamente incompleta, afirma su completitud y se comporta como si fuese completa; estando presentes entre sus normas preceptos contradictorios, afirma su coherencia y se comporta como si las contradicciones no estuvieran o como si fueran

[12] *Ibídem*, p. 7.

[13] Es necesario recordar que esta frase es el inicio del planteamiento de Durkheim en el clásico libro sobre las reglas del método sociológico, E. DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, México, 1986.

[14] N. LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, cit., habla de estrategias de desparadojización bajo formas nuevas de distinción entre alto y bajo, centro y periferia, interno y externo, natural y artificial, mil y un modo de dar un fundamento, un origen.

todas fácilmente eliminables; no obstante la proliferación de leyes. la mayor parte de éstas desconocidas a lo más, afirma una presunción de conocimiento y se comporta normalmente como si fueran conocidas por todos; no obstante que constituye un hecho de la experiencia común que cualquiera busque alcanzar por sus propios medios su propio y personal interés sostiene que la buena fe se debe presumir y se comporta como si la normalidad sea aquella de actuar correctamente, no obstante que en la mayor parte de los casos el contratante más débil no esté en grado de modificar ni siquiera una cláusula del contrato que debe suscribir, define cada contrato como un acuerdo libre entre las partes y se comporta como si la determinación de concretarlo está absolutamente libre de condicionamientos" [(15)].

Y agrega: "El derecho olvida muy rápido sus ficciones y lo toma muy seriamente, y si, en general, está poco disponible a la ironía, lo está menos aún a la autoironía, y a ninguno se le permite conservar la memoria, todos deben respetar las reglas del juego y comportarse "como si", de otro modo es siempre posible el uso de la fuerza, que el derecho se reserva y cree de reservarse en régimen de monopolio [(16)].

Uno de los problemas más graves que tienen o tenemos lo especialistas en Derecho cuando intentan o intentamos dialogar con los expertos en otras disciplinas es que comúnmente nosotros acabamos reduciendo el mundo, al mundo jurídico. Y damos respuestas con referencia a la norma como si esa fuera la realidad. Al entrar en contraste con la realidad real, llamémosle así, viene la pregunta de ¿en qué mundo viven los abogados? Las ficciones a nosotros nos parecen realidad. Y los supuestos normativos que son sólo eso, supuestos son, para nosotros, referencia frecuente de realidad. La interdisciplina nos ayuda al rejuego entre la realidad normativa y las otras realidades. He repetido año con año un ejercicio en clase a partir de una pregunta muy concreta: ¿desde cuándo México es una República Federal? La respuesta dada al unísono por los abogados es: 1824, lo que sin duda es formalmente cierto. Si la misma pregunta se formula a politólogos o a economistas, no tendrán el mismo referente y seguramente nos darán explicaciones y elementos que demuestren el largo camino hacia el federalismo, con muestras

---

[(15)] N. Luhmann, *El Derecho de la Sociedad.*, cit., p.13.

[(16)] *Ibídem*, p. 14.

claras de la tendencia hacia el poder central y el inicio de consolidación del verdadero federalismo hasta finales del siglo XX, coincidiendo con el inicio del fin del partido hegemónico. Por supuesto, con avances y retrocesos y también con el rejuego permanente entre los dos sistemas. La respuesta del derecho es simple y estática, sin el dinamismo y la complejidad de la realidad. Eso es justamente lo que se propone romper.

2.2. – *Omnipotencia/Debilidad.*

Luigi Pannarale, afirma que "Si el derecho no es omnipotente, por lo menos se muestra muy prepotente, una prepotencia que aparece oportunísticamente secundada por los otros sistemas sociales y que no representa más su fuerza, sino su debilidad y su límite" [(17)].

Uno de los principales problemas que llevan a pensar en la omnipotencia del derecho es el planteamiento de que el derecho regula el orden social; que el derecho encauza la economía, que el derecho controla a la política. Nada más alejado de ello. Los sistemas política, economia y el sistema social tienen vida propia y en gran medida condicionan y controlan al derecho. Pero en las aulas de las escuelas tradicionales, es raro hablar de ese condicionamiento recíproco. Lo frecuente es que se hagan análisis sólo unilaterales, simples y lineales sin ver la recursividad y la comunicación completa entre los sistemas. Esos análisis unilaterales llevan a conclusiones equívocas y a pensar en la omnipotencia del derecho, no obstante que muestre su impotencia cuando la política, la economía o lo social lo enfrentan.

Es común, por ejemplo, que se piense que con la sola expedición de una ley o de un decreto, un problema quedará resuelto. De hecho, con el anuncio de esa nueva ley, los políticos dan por terminado un conflicto o muestran cómo el mismo va a encontrar su cauce en la norma; sin embargo, basta poco tiempo para que quede en evidencia que con la expedición de una ley pueden resolverse algunos problemas, pero que un cambio normativo no va necesariamente acompañado de un cambio en la compleja realidad, sobre todo si detrás, existen graves y ancestrales problemas sociales, o económicos que seguirán presentes e irán ajustándose con los tiempos y circunstancias

[(17)] N. Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, cit., p. 14.

que cada sistema determine de acuerdo con sus propios elementos y fuera de los cauces del derecho.

La expedición de una norma puede contribuir a la solución de un problema pero normalmente no es la panacea, aunque se presente como tal, si se ve la norma aislada de la realidad política, social y económica en su concepción o en sus efectos. Es necesario ver toda la complejidad y las múltiples consecuencias.

Caso semejante se da, no a nivel general, sino a nivel particular cuando se piensa que llevando un problema a las instancias jurisdiccionales, éste quedará resuelto después de que se emita el fallo. Cuando, contrariamente, en muchos casos, por distintas circunstancias no jurídicas, la resolución jurisdiccional puede llegar a agravar el conflicto original. La fuerza del derecho está en la consideración de que es el órgano jurisdiccional el que resuelve en sus distintas instancias, De hecho, se llaman resoluciones sus últimas determinaciones. En el sistema derecho está bien determinado quién es la última instancia encargada de resolver y también está claro que esos fallos serán ya inapelables para evitar que la resolución del conflicto se alargue al infinito.

El derecho establece, de este modo, las instancias y reglas que van llevando a la resolución formal de una controversia. Están fijados los tiempos, lo que puede ser materia de la *litis*, los que pueden intervenir como partes y como terceros, etc., etc.; sin embargo, paralelamente al cauce jurídico institucional fiel a sus tiempos y formalidades el conflicto puede irse incluso resolviendo de manera que la resolución jurisdiccional llegue a destiempo y no tenga la eficacia esperada porque otros factores contribuyeron a la solución de manera más ágil, o por el contrario, aunque el derecho considere resuelto un problema este se haya agravado durante el proceso y esté muy lejos de ser resuelto en la realidad.

Imaginemos un divorcio o la adjudicación de una herencia, por ejemplo, donde los efectos se prolongan en el tiempo y aún respecto de personas que fueron ajenas al proceso. O pensemos por ejemplo en un conflicto poselectoral que se puede alargar durante muchos meses o años después de que el Derecho lo consideró resuelto.

En México, hasta la creación del Tribunal Electoral, dejaba a la política la resolución de los conflictos postelectorales, y en muchos casos la solución política dio buenos resultados, al menos con estabilidad social, pero llegó un momento donde todo el sistema se colapsó y fue necesario judicializar el

tema. No obstante ello, algunas resoluciones del tribunal electoral han agravado, en vez de resolver, algunos conflictos de elecciones muy cerradas, pero para el sistema derecho, el asunto se resuelve cuando se dicta, justamente, la resolución.

En el Distrito Federal, se optó por reformar el código civil para introducir el divorcio incausado o el divorcio sin causales con un modelo semejante al de algunos países europeos. Antes, la pretensión del Derecho era prever, en su omnipotencia, y como herencia napoleónica, todas las causales posibles – aunque en los hechos se usaban tres –, pero las verdaderas razones para disolver el vínculo matrimonial podrían estar fuera de las previsiones normativas, es más casi siempre estaban fuera de ellas.

El derecho en su omnipotencia piensa que puede controlar todo, cuando en realidad, todo el tiempo hay factores que pueden ir desdibujando las situaciones que prevalecían y aunque se prevean situaciones supervenientes como vacuna para la rigidez, el derecho resuelve atendiendo a lo que fue planteado desde que quedó fijada la *litis*. Caber recordar que Niklas Luhmannn ve al sistema derecho como reductor de complejidad justamente porque de todo un problema sólo selecciona lo que al sistema derecho le parece relevante y deja fuera todo lo demás, aunque ello se mantenga irritando al propio sistema durante todo el proceso jurídico de resolución de un conflicto.

De ahí que sea tan relevante la selectividad. Como todo sistema de comunicación, también el derecho opera selectivamente por aquello que dice, pero también por aquello que omite; por aquello que considera, pero también por aquello que no quiere ver; por aquello que estima relevante, pero también por lo que considera irrelevante. Así se da el rejuego que hace que sea omnipotente e impotente a la vez".

Si no se toma en cuenta esta circunstancia, puede ser frustrante para los creadores de una norma que aún cuando hayan cuidado con esmero todo su proceso de creación, no se logre el objetivo buscado o que después de haber dedicado tiempo y esfuerzo en proyectar la mejor resolución, esta sea insuficiente para la solución última, aunque en ambos casos esté claro que se trabajó en el marco de los límites del sistema derecho. Si se ve el problema en su integralidad, se constatará la impotencia del derecho.

¿Qué mayor pretensión de omnipotencia del Derecho cuando usando una de sus ficciones preferidas y asumiéndose como máquina del tiempo,

declara que regresa las cosas al estado que guardaban o declara inexistente algo que, por supuesto, existió?

2.3 – *Certeza e Incerteza.*

Una de las razones más fuertes por las que se sigue considerando necesario al Derecho es porque otorga certeza. El saber a qué atenerse es algo que da tranquilidad y que contribuye a la armonía social. Sin embargo, en muchas ocasiones, las certezas que da el derecho son certezas relativas y momentáneas, y no siempre se ve así.

La paradoja puede expresarse de la siguiente manera: La mayor certidumbre es la de la imposibilidad de eliminar ciertas incertidumbres.

¿De dónde deriva la certeza? Hay, sin duda, una certeza derivada de la escritura. Se piensa que si la norma está escrita da mayor certeza que si no lo está, sin tomar en cuenta que todo lo que está escrito es interpretable y que las diversas interpretaciones pueden generar márgenes de incertidumbre. Se podría decir que la certeza del derecho consiste en que sabes quién puede hacer la interpretación, y con qué alcances dependiendo de la materia de que se trate. Así, habrá interpretación más estricta en el ámbito penal o fiscal y más libre en el ámbito laboral, ambiental o electoral.

El paso del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, – dice Hart – la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad, es decir como la forma propia de resolver dudas acerca de la existencia de la regla.

Vamos a retomar el célebre pasaje de Hart cuando habla de la necesidad de la existencia de reglas secundarias para salvar el problema de la incerteza.

Para Hart, "es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias y ubicada en un ambiente y circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según el régimen de reglas primarias" [(18)]. Estas son, según Hart, recordemos, "aque-

[(18)] H.L. A HART., *El Concepto de Derecho*, Trad. De Genaro Carrió, Buenos Aires, 1961, p. 114.

llas que tienen en general que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros" [19].

Hart considera que la falta de certeza es el defecto de la estructura social simple de reglas primarias. "Una forma tan simple de control social resultará defectuosa y requerirá diversas formas de complementación, señala. Las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta [20].

En este sistema simple "Si surgen dudas acerca de cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella" [21]. En cambio en una sociedad compleja, con un sistema de derecho complejo será necesaria la regla que te permita reconocer cuáles son las reglas del propio sistema. Para Hart, la regla de reconocimiento cumple una función de dar certeza independientemente de si está escrita o no, pero es un referente cierto.

La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias – señala – es la introducción de lo que llamamos una "regla de reconocimiento". Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce [22].

Puede consistir en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad [23]. Esa es la solución que Hart propuso. Pero hay que considerar que en su plantea-

---

[19] *Ibídem*, p. 114.

[20] H.L. A Hart, *El Concepto de Derecho*, cit., p. 115.

[21] *Ibídem*, p. 115.

[22] *Ibídem*, p. 117.

[23] *Ibídem*, p. 117.

miento la regla quedó abierta y con múltiples expresiones posibles para que, paradójicamente, pueda dar certeza.

En un sistema jurídico desarrollado, señala Hart, las reglas son más complejas, en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria o su relación con las decisiones judiciales [24].

Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden estructurarse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una fuente superior de derecho.

La construcción teórica de Hart tiene una lógica lineal ascendente, el paso del mundo prejurídico al jurídico, y la sustitución de una estructura simple por otra compleja, sin embargo, estos esquemas pueden coexistir como sucede en la mayoría de los países latinoamericanos con los sistemas de organización de las comunidades indígenas o los fenómenos que dieron pie al denominado "multiculturalismo" en Europa derivado de las migraciones del norte de África del este de Europa y de Oriente Medio. Con el multuculturalismo se ve la complejidad, la sobreposición de códigos, el embrollo y para entenderé el fenómeno, la necesaria mirada hacia el *entre dos.*

Viene además la incertidumbre por el cambio de reglas, ya que éstas no quedan fijadas de una vez para siempre. Todos los días se introducen nuevas reglas al sistema que, como consecuencia de ello, se va haciendo asistemático. Y normalmente es a través de la interpretación como se vuelve a lograr la coherencia. Con la introducción de nuevas normas se pueden generar antinomias, pero el derecho pone las reglas para resolverlas, aunque una vez más estas reglas quedan sujetas a interpretación por lo que la certeza no es total.

"En una pequeña comunidad, el único modo de cambio conocido "será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación cuando

[24] *Ibídem,* p. 118.

las desviaciones tratadas al principio con severidad son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas, dice Hart [25].

Y agrega: "Una regla de cambio es aquella que faculta a un individuo o grupo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo… y a dejar sin efecto las reglas anteriores [26]. En todas las constituciones, por ejemplo, hay reglas que determinan los propios cambios constitucionales y los cambios de las leyes ordinarias. Son los artículos transitorios los que tienen como función decir a partir de qué fecha entra en vigor una nueva norma y cuando quedan derogadas las que correspondan, sin embargo, nada más incierto que la fórmula comúnmente usada en el Derecho mexicano que deroga "todo lo que se oponga". De nuevo, no puede haber una certeza absoluta porque queda a criterio del intérprete en el caso concreto si se opone o no y si se opone parcialmente. La fórmula para dar certeza genera incertidumbre. Además, aunque toda norma es prospectiva, y la irretroactividad es una forma de dar certeza, hay casos en que se permite la retroactividad en beneficio de las personas y, en consecuencia queda de nuevo a la interpretación si beneficia o perjudica. Así, la pretendida certeza absoluta no se da. La retroactividad es una ficción útil.

Las reglas de cambio también deben estar claras en la jurisprudencia. Debe haber certeza en la validez y fuerza del precedente y en los cambios de criterio. El sistema anglosajón tiene más normados sus procedimientos. La corriente realista (americana o escandinava) tuvo muy presente el problema de la falta de certeza y, por esa razón, se hablaba de expectativas, de predicciones, de directrices, pero en ningún caso de una certeza absoluta. Puede haber, durante cierto tiempo, estabilidad en criterios de un tribunal colegiado por ejemplo, pero con un cambio de integración, la certeza queda atrás y la previsibilidad vulnerada, aunque existan reglas para que un órgano superior resuelva las contradicciones entre los colegiados, hay momentos de incertidumbre en tanto se da la resolución correspondiente. La incertidumbre se traslada al órgano superior.

Dice Hart: "Si sólo se deja a la presión social el cumplimiento de las reglas, siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no

---

[25] H.L. A Hart, *El Concepto de Derecho*, cit., p. 115.

[26] *Ibídem*, p. 119.

violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación.

La sola presión social es suficiente en una sociedad pequeña, pero en la sociedad compleja es necesario saber qué autoridad determina a qué sanción me hago acreedora, en qué medida, quién me la puede imponer, etc. Y si respecto de la sanción impuesta cabe algún recurso de revisión o de apelación ante una autoridad distinta".

Para Hart, esa es la función de las reglas de adjudicación. Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir, Estas reglas imponen potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones.

Los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida

Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible [27]. Dentro del campo del derecho "de forma concluyente" o de "manera incontrovertible" es algo natural porque si la regla es que si la autoridad competente tomó una determinación, esa se da como inapelable e inatacable cuando se trata de la última instancia. Sin embargo, fuera del Derecho, una resolución puede generar una gran controversia y los jueces, aún los de última instancia, o más frecuentemente ellos, quedan sometidos al escrutinio público fuera del campo del Derecho.

En la búsqueda de certeza, la atención se centra en quién está facultado para interpretar pero no respecto de qué interpretación hará, de ahí que como decíamos antes, la regulación de la fuerza del precedente y de cambio del mismo es muy relevante.

Resolver conforme a derecho es la pretensión de muchos jueces, esto significa buscar dentro del sistema la regla aplicable. Sin embargo ésta no es una operación mecánica porque la mayoría de las veces aún en la inter-

[27] H.L. A HART, *El Concepto de Derecho*, cit., p. 117.

pretación literal, el que la formula puede estarle dando a una palabra un significado más amplio o más restringido y, en el caso de la interpretación sistemática, depende de cómo se realice la relación entre normas. Eso, sin tomar en cuenta las contingencias externas que pueden llevar a los jueces a elegir caminos de interpretación diferentes.

Hay que recordar que el derecho se aplica a los hechos y que aún si el derecho no hubiera cambiado, el propio cambio social obliga a nuevas interpretaciones y reinterpretaciones.

La dinámica de la sociedad exige que haya conceptos sin delimitación para que puedan ser interpretados al momento de la aplicación de la norma y de esa manera logren la utilidad que pretenden. Así, el concepto queda fijo, pero su interpretación es flexible, en aras de su eficacia. De nuevo, certeza en la incerteza.

Durante mucho tiempo en México se dio una preeminencia de la tarea del legislador respecto a la del juez; esto, como consecuencia de la preeminencia del propio Ejecutivo sobre los otros poderes durante todo el lapso en que gobernó el denominado partido hegemónico. El cambio en los equilibrios entre los poderes a raíz del crecimiento de la presencia de la oposición en las cámaras a partir del 97, aunado al fortalecimiento del judicial desde el 95, provocó que la relación legislador-juez comenzara a cambiar paulatinamente hasta llegar a las condiciones actuales.

Cada vez más, el poder judicial delimita conceptos dejándolos abiertos a nivel jurisprudencial pero con ciertas acotaciones que dan un margen de certeza a los gobernados. Dejar ciertos conceptos abiertos resulta útil, porque de esa manera se atiende a sociedades dinámicas como las actuales. Si el proceso legislativo fuera la única vía de cambio, el derecho no estaría jamás actualizado. En contraste, la interpretación jurisdiccional permite la actualización permanente, aunque genere incertidumbre.

Es evidente que en México durante un periodo muy amplio, la tarea del juez estuvo muy restringida, ya que permaneció más como intérprete del legislador que como creador normativo. El cambio de las condiciones políticas en México generó nuevos ajustes entre los poderes y, ahora, nadie puede negar la gran fuerza del poder judicial en su tarea diaria como generador de criterios, pautas de actuación y delimitación de conceptos. La certeza se busca ahora en otra parte aunque vaya cargada de incertidumbre.

Aunque con sólo la existencia del derecho, parecería que se logra la certeza, basta saber que sólo con el número de normas, la maraña legislativa, como le llamó Eduardo Novoa Monreal [28], y su desconocimiento, la pretendida certeza no se logra.

En el momento que escribo este texto, reina la incertidumbre en México por la reciente reforma al artículo primero constitucional en materia de derechos humanos y por el llamado control de convencionalidad. La preocupación es mayor en el ámbito académico, en el de la administración de justicia y en el de algunos justiciables, más que en la población en general.

En estos momentos de gran desasosiego se espera que opere la teoría del caos y que pronto se empiecen a ver nuevas regularidades derivadas de la entropía. Porque aunque nada hay en el mundo que logre escapar al acecho del desorden y la indeterminación, siempre se ha pensado que el mundo del derecho es el mundo del orden aunque estemos rodeados de azar e incertidumbre.

En las indeterminaciones van estableciéndose cursos regulares de movimiento y si sucede en la naturaleza y en la vida social, ¿por qué no en el funcionamiento del derecho?

La sola interacción es generadora de caos y el derecho interactúa diariamente con la complejísima vida social. El desorden tiende a ordenarse y el orden naturalmente se desordena a la larga.

Los límites son útiles para la certeza, pero debemos estar conscientes de la precariedad de los mismos y que estos se desdibujan constantemente.

El derecho hace una simulación formal; un orden, un tiempo, una lógica. El formalismo anticipador pretende prever todo, pero siempre se queda corto ante la realidad social, política y económica. Aunque siempre se encuentran puntos de equilibrio dentro de los ejes de variabilidad.

A veces las tensiones y elementos de perturbación vienen del interior del propio sistema, como la reforma constitucional recientemente referida, pero, en otras ocasiones simultáneamente esos elementos de fuera generan el reacomodo de los sistemas. La estabilidad del sistema depende de su capacidad de adaptación, de la fuerza que deriva de su operar interno

[28] E. Novoa Monreal, *El Derecho como Obstáculo al cambio social*, México, 1977.

y a veces el derecho, que está hecho para los cambios lentos tarda en su proceso de adaptación y eso genera efectos en los otros sistemas. Ver el derecho de este modo rompe con nuestro mundo de certezas.

Pensar que el orden jurídico puede ser desorden jurídico en ciertos momentos y que el sistema puede ser asistemático obliga a cambios en los paradigmas y, aunque pareciera paradójico, a reducir nuestra incertidumbre y a dialogar con ella.

3. — *Igualdad/ Desigualdad _ Igualdad/Diferencia.*

El principio de igualdad encuentra su consagración en la constitución francesa en el último decenio del siglo XVIII y a fuerza de ello se establece la expectativa de que las situaciones de desigualdad puedan ser superadas y que ésta es la dirección hacia la cual es necesario orientarse. La igualdad fue uno de los principios que enarboló la revolución francesa y el mundo occidental lo tomó como modelo sin cuestionarlo.

Dicen Ost y Var der Kerchove: "A través del esquema de la igualdad, las diferencias no se eliminan, se vuelven simplemente irrelevantes. Es así que igualdad y desigualdad coexisten. Tal coexistencia sin embargo, no es percibida en su paradojismo, en tanto es "ocultada" mediante el recurso al derecho a través de la distinción entre igualdad formal y desigualdad material.

La igualdad rasa apareció en la Constituciones, como herencia de los postulados de la revolución francesa. Así lo reflejan las constituciones mexicanas del siglo XIX. En sus textos no se contempla ninguna diferencia entre las personas a quienes se dirige la norma. El discurso del derecho a la diferencia es de finales del siglo XX: Que la igualdad lisa y llana genera desigualdad y que puede haber igualdad en la diferencia son planteamientos recientes, derivados de las nuevas construcciones epistemológicas.

La sociedad homogénea fue vista como modelo a seguir y como meta a lograr, aunque con el tiempo, las sociedades se fueron haciendo más heterogéneas, y como resultado del llamado proceso globalizador se pretendieron borrar las diferencias, con el consecuente fortalecimiento de lo local.

A finales del siglo XVIII y con efectos en el XIX se partió de un principio de evidente injusticia "tratar igual a los desiguales". Fue ese principio el que provocó situaciones y paradigmas que hoy están sujetos a revisión.

En aquélla época la búsqueda de la igualdad fue el señero, hoy lo es el derecho a la diferencia, que parte de dar un trato igual a personas e instituciones respecto de lo que les es análogo y desigual en lo que no lo es, buscándose por esta vía la consecución de la justicia, aunque pareciera injusto. Se puede ser igual y diferente a la vez.

El derecho a la diferencia parte del valor que hay en lo diferente y trata de romper con el esquema vertical de superior e inferior. Es decir, conquistador y conquistado, desarrollado y subdesarrollado, urbano y rural; patrón y trabajador; hombre y mujer. blanco y mestizo, mestizo e indígena, heterosexual y homosexual, capacitado y discapacitado. (En este último caso se ha pensado que se borra la diferencia al hablar de capacidades diferentes). La búsqueda de la igualdad partió de acuerdo al modelo clásico del rompimiento de desigualdades derivadas de estructuras verticales con diferencias jerárquicas. El derecho a la diferencia muestra que, sobre un plano de igualdad, se pueden conciliar las diferencias en un plano horizontal, sin prelación jerárquica.

Es claro sin embargo que, mientras el modelo fue la igualdad, el derecho, como instrumento institucionalizador, la plasmó así en sus supuestos normativos. Pero, la igualdad jurídica dista mucho de convertirse en una igualdad real, por lo que ésta sólo ha existido en el papel, como ficción o como meta. Esto es, podemos partir de la consideración jurídica de que todos somos iguales y, aunque no lo seamos en la práctica, sea ese nuestro punto de partida ficticio o, sabiendo que no somos iguales, el supuesto normativo de igualdad sirva como meta a alcanzar.

Cuando nació México, de un plumazo constitucional desaparecieron las diferencias reales que aún existen en el siglo XXI y que el llamado eufemísticamente "Encuentro de Dos mundos" más la irrupción del neozapatismo en Chiapas obligó a replantear en la última década del siglo pasado. Sin embargo, antes de que se hiciera el reconocimiento formal de la igualdad en la diferencia, en la Constitución, muchos estados de la república como Oaxaca, Chiapas, Yucatán, San Luis Potosí, Veracruz o Guerrero, daban soluciones de trato diferenciado en circunstancias concretas que se

le presentaban a las autoridades civiles todos los días jugando al *entre dos* en sus resoluciones porque la presión social así lo exigía aunque no estuviera "autorizado" por el rígido sistema jurídico.

Los estudios antropológicos realizados en muchas comunidades indígenas muestran que en las comunidades indígenas mucho antes del reconocimiento formal de sus usos y costumbres, estos tenían franca validez aunque simultáneamente se usaran figuras previstas en el sistema positivo mexicano, sin mayor conflicto por su carácter flexible. Cualquier intento de hacer rígida la regulación de los usos y costumbres lleva al fracaso porque es la flexibilidad la que justamente permite su permanencia.

La lucha por la igualdad de los derechos de las mujeres en sus planteamientos iniciales generó desigualdad y después de que el principio jurídico fue plasmado, tuvieron que venir nuevos ajustes legislativos en materia civil y laboral, por ejemplo, para no agravar las desigualdades reales que el derecho había ignorado.

El cambio en las circunstancias económicas generó más igualdad y propició nuevas desigualdades, obligando al Derecho a regular las nuevas relaciones asimétricas y de poder entre hombres y mujeres, sin que se pueda decir que el trabajo legislativo esté acabado. Aún el derecho de familia que era de los más quietos y mantenía su estructura desde Roma ha tenido que reformularse por las nuevas formas de organización y de relación distintas.

Cómo iba a permanecer el Derecho ajeno en el plano económico, a la creciente participación de las mujeres en el mundo laboral; en el plano demográfico, el sorprendente descenso en poco más de dos décadas y media de la tasa global de fecundidad, el alargamiento de la esperanza de vida, cambios en los patrones de nupcialidad y disolución de las uniones; y en el plano social y cultural, la creciente diferenciación de y multiplicación de modelos culturales que incluye la tendencia a la institucionalización de las relaciones entre personas del mismo sexo. Hay una modificación en la estructuración de los roles que sugiere la conformación de perfiles o arreglos familiares distintos.

Sin llegar al punto de igualdad en la diferencia planteado a finales del siglo XX, a principios del mismo nuestro país fue pionero en al ámbito del derecho laboral, buscando otorgarle más derechos al trabajador y de esa manera igualarlo con el patrón. Las diferencias económicas buscaban así diluir-

se. De nuevo la omnipotencia del derecho pensando que puede hacer igual lo desigual y que el cambio normativo cambia la realidad real. Por los años setentas con el mismo modelo se buscó proteger al consumidor respecto del proveedor de bienes y servicios, por ejemplo [29].

La Europa de la igualdad tuvo que rehacer el concepto, como decíamos antes, a partir del fin las colonias y el auge de la migración fundamentalmente de África del norte, medio oriente y Europa del este.. En algunos casos se dieron cambios constitucionales y legislativos para tratar de que se encuadrara en el esquema clásico y rígido el modelo nuevo. En las resoluciones de los tribunales, los jueces tuvieron que poner los ojos en el *entre dos* y se mantuvieron las cosas jurídicamente igual esperando que en el sistema social se estuvieran procesando los ajustes correspondientes con la flexibilidad y en los tiempos que ese sistema exigía.

Mucho antes del auge del multiculturalismo en Europa, Hart ya había señalado: "La expresión trata los casos iguales en modo igual y los casos diversos en modo desigual que tal vez sea un elemento central del concepto de justicia, es incompleta y hasta que no viene integrada no puede permitir ninguna guía determinada de la conducta. Esto es porque cada grupo de seres humanos se parece a otros grupos en algunos aspectos y se diferencia en otros, y, hasta que no venga establecido qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, la expresión: "Trata los casos iguales en modo igual" debe permanecer una forma vacía. Para llenarla debemos saber cuando, para los fines que nos proponemos, los casos deben ser considerados como iguales y qué diferencias son relevantes [30].

Si en realidad, no existen dos individuos completamente iguales, la igualdad como principio de justicia significa que algunas diferencias entre los individuos deben venir consideradas irrelevantes, pero otras no. El denominado en origen movimiento lésbisco-gay, por ejemplo, después consideró a bisexuales, transexuales, transgénero y últimamente a intersexuales.

Si en el derecho se busca la igualdad es porque existe la diferencia, que no va a eliminararse por la pretendida omnipotencia del Derecho.

---

[29] En 1975 se expidió la Ley Federal de Protección al Consumidor y se creó la Procuraduría de la Defensa del Consumidor.

[30] L. PANNARALE, *La Botiglia di Leyda. Il jiurista ed i suoi paradossi*, cit., p. 119.

Para resolver la paradoja, dice Pannarale, el derecho se ve constreñido a introducir algunas asimetrías que interrumpen el contínuo reenvío de la distinción igualdad-desigualdad a sí misma, admitiendo la posibilidad de que existan excepciones y tratamientos diferentes del caso [31].

Esperamos que el nuevo enfoque en la visión del Derecho, mucho más cercana a la realidad, sirva para revisar algunas cuestiones teóricas, pero sobre todo para el diálogo sociedad-derecho, con el énfasis en el *entre dos*.

[31] *Ibídem*, p. 28.

Calogero Pizzolo[*]

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: ALCANCE Y LÍMITES

Sumario: 1. Nociones preliminares. — 2. La cuestión en la Unión Europea. — 2.1. De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la Unión. — 2.2. El elemento transfronterizo. — 2.3. La Directiva 2004/38/CE, de 29 abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. — 2.4. Limitaciones al derecho de libre circulación y residencia. — 3. La cuestión en el Mercosur. — 3.1.La libre circulación y residencia de personas en sus primeros pasos. — 3.2. Acuerdo sobre residencia de los nacionales de los Estados Parte en el Mercosur. — 3.3. Existencia de un déficit conceptual. — 4. La cuestión en la Comunidad Andina de Naciones (CAN). — 5. Consideraciones finales.

1. — *Nociones preliminares.*

La migración como fenómeno social se puede decir que es casi tan antigua como la humanidad. Desde siempre nos hemos caracterizado por trasladarnos desde nuestro espacio social de origen –lugar de residencia-, a nuevos espacios alternativos con diversos fines. En especial, la *movilidad con fines económicos* ha sido determinante a lo largo de la historia. En la era de la revolución industrial –segunda mitad del siglo XVIII e inicios del siglo XIX-, por tomar un ejemplo no tan distante en el tiempo, son notorias las migraciones en masa a los centros urbanos que comenzaban a industrializarse. La economía basada en el trabajo manual fue reemplazada por otra dominada por la industria y la manufactura. Potenciales trabajadores se movilizaron en busca de nuevas relaciones laborales que les permitieran mejorar, tanto su situación económica como la de sus familias. Fueron años difíciles que mostraron todo tipo de excesos. La situación evolucionó, y el Estado lentamente fue dando respuesta a esas masas de trabajadores migrantes dotándolos de derechos y reconociéndoles libertades que permitieran su tutela jurídica.

La integración regional como fenómeno social y político también tiene

[*] Universidad de Buenos Aires.

antecedentes remotos entre nosotros. La liga de Corinto – en el siglo IV a.c, originalmente Liga Helénica – se presentó como una federación de los estados griegos que preveía, entre otras particularidades, un *Sinedrión* o congreso de representantes, que se reuniría en Corinto. Pero sin duda los procesos de integración regional que se suceden después de finalizada la segunda guerra mundial – a mediados del siglo pasado –, son procesos innovadores en su tipo que apelan al consenso y no a la fuerza como medio de realización [(1)], y al derecho como instrumento de legitimación. Estos nuevos procesos deben ser estudiados en el marco de un proceso mayor, representativo de nuestra era, como la *globalización*. De las muchas consecuencias que se le atribuyen a la globalización, destacamos aquí la universalización de los derechos humanos y la transformación, en muchos casos, de las fronteras políticas de los Estados en fronteras meramente virtuales. Sirva de ejemplo de esto último el desarrollo alcanzado, en todos los sentidos, por las comunicaciones que permite la trasmisión en tiempo real de cualquier hecho en cualquier parte del mundo.

La globalización, al mismo tiempo, moviliza millones de personas a través de *flujos migratorios*. Los procesos de integración regional contemporáneos no podrían resultar ajenos a estos flujos. Hablamos de situaciones que afectan directamente a los bloques constituidos en su conjunto –quienes reaccionan en algunos casos blindando sus fronteras-, pero también hacia su interior como lo demuestra la actual crisis europea [(2)]. Las restricciones, en la era de la globalización, a la libre circulación de personas constituyen una de sus *paradojas*. Es paradójico porque la *internacionalización* de la economía crea un mercado mundial de trabajo en el que algunos países tienden a especializarse en suministrar ciertos tipos de trabajadores al resto del mundo, lo que así implica la circulación de la mano de obra. La situación de México-Estados Unidos es el mejor ejemplo de esa paradoja: dos países unidos en un tratado de libre comercio están separados por una frontera militarizada.

En su gran mayoría, estos procesos de integración son de naturaleza económica, persiguen la creación de un mercado común donde la libre

---

[(1)] Recordemos por ejemplo las campañas militares de los ejércitos napoleónicos.

[(2)] Ver C. F. Molina Del Pozo, *Violaciones del Derecho de la Unión Europea en materia social: la expulsión de gitanos del territorio francés*, en *Derechos sociales en los procesos de integración,* Curitiba, 2011, pp.167-189.

circulación de agentes económicos activos se presume como *fundacional* y *fundamental*. De todos esos procesos, solo la actual Unión Europea ha logrado consolidar, primero, la libertad que estudiamos y superar, después, el enfoque económico que se le da a la circulación de personas anclando su fundamento, ya no en una libertad básica del mercado común, sino en el estatuto de ciudadanía de la Unión (ver punto II.A) [3]. La constitución de una ciudadanía supranacional – como complemento de la nacional –, lleva a la misma Unión Europea al desafío de una mayor integración social y política. En este contexto, definir el alcance y los límites de la libre circulación de personas se torna imperativo.

El presente trabajo tiene como finalidad llevar adelante una comparación entre la evolución europea de la libertad que estudiamos, y otro proceso de integración regional como el Mercosur y la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Ello nos permite esclarecer como, en el caso de la Unión Europea, partiendo de una libertad económica se puede llegar a la consagración de todo un complejo entramado de derechos derivados de una ciudadanía supranacional. Mientras que, en el Mercosur, se observa como la escasa atención brindada a esta libertad puede contribuir a explicar el *empantanamiento* que vive hoy este proceso de integración. En la CAN, por su lado, la normativa sobre la materia – ausente en el tratado fundacional – recién aparece a comienzos de este siglo sin alcanzar todavía los consensos necesarios para su plena aplicación.

2. — *La cuestión en la Unión Europea.*

Si algo caracteriza a la Unión Europea es su presentación como una *comunidad de derecho*, organizada a partir de tratados fundacionales que operan – como gusta decir al Tribunal de Justicia garante e intérprete de aquellos tratados [4] – como una "carta constitucional fundamental" [5].

---

[3] Un recorrido similar, anclar la libre circulación de personas a un estatuto de ciudadanía supranacional se propone recorrer la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en especial a través del desarrollo de la noción de "identidad andina" (ver punto IV).

[4] Cfr. artículo 19.1, Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE).

[5] Tribunal de Justicia CE, *Los verdes,* sentencia de 23 de abril de 1986, asunto 294/83, párrafo 23.

El Estado-Nación europeo potencia colonial –sobre todo en los siglos XVIII y XIX-, o bien promotor de regímenes políticos totalitarios y autoritarios en la primera mitad del siglo XX, va a superar su *encierro nacionalista* y se va a convertir en promotor de la supranacionalidad. Para ello, previamente, las constituciones europeas de la posguerra – y muchas otras que las siguieron en el mundo [(6)] – van a contemplar la *atribución de competencias* – habilitación para "transferir derechos soberanos" según la Ley Fundamental de Bonn de 1949 [(7)] –, a las instituciones de las tres originarias comunidades europeas [(8)]. Los movimientos migratorios intra-bloque experimentarán desde entonces una regulación supranacional que va a cohabitar con las legislaciones nacionales sobre la materia. Pero sobre todo van a encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, cabeza de un auténtico poder judicial supranacional, un referente determinante para el desarrollo de la libertad que tratamos [(9)].

[(6)] Entre las constituciones que podemos citar, además de la mayoría europea, podemos citar la de Argentina (art. 75 inc. 24), Paraguay (art. 145), Colombia (arts. 150 inc. 16 y 227), Venezuela (art.153), Burkina Faso (art. 146), Egipto (art. 145), Senegal (art. 96), entre muchas otras (ver un análisis detallado de estas fórmulas en C. Pizzolo, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, 2010, cap. II).

[(7)] Ver su artículo 24 que 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 tiempo después en la constitución austríaca (art. 9.2). En el mismo sentido, el preámbulo de la constitución francesa de 1946 –parte de la constitución de 1959 actualmente vigente- afirma que "bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente *las limitaciones a su soberanía necesarias* [*limitations de souveraineté nécessaires*] para la organización y defensa de la paz" (sin resaltar en el original). Sucesivas reformas incorporaron nuevas normas constitucionales que habilitan la atribución de competencias (cfr. nuevo título XV "De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea art. 88-1 a 88-5). También el artículo 11 de la constitución italiana (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).

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

[(9)] La existencia del Tribunal de Justicia ha demostrado ser fundamental para el desarrollo conceptual y la vigencia de la libre circulación de personas en la Unión Europea. Al

2.1. – *De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la Unión.*

El Tratado de Roma (1957), mediante el cual nace la entonces Comunidad Económica Europea [(10)], contemplaba la libre circulación de personas económicamente activas (trabajadores) en función del desarrollo de un mercado común [(11)]. Este derecho, por tanto, se venía disfrutando como *eje esencial* de un proceso de integración basado en el establecimiento de un mercado común en el que los agentes económicos deben gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, etc. *Residir* en un Estado miembro, por su parte, para llevar a cabo las citadas actividades económicas, independientemente de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados de los años setenta del siglo pasado al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros [(12)].

La prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, en este contexto y gracias al aporte de la jurisprudencia comunitaria, fue alcanzando una dimensión sobresaliente. Sin embargo, la libertad que estudiamos junto a las otras libertades básicas, fueron consideradas ante todo como *libertades económicas*. Este criterio, con el progreso de la integración europea [(13)], va ha

---

extremo que podemos decir que, en la existencia de dicho Tribunal, descansa una de las causas del éxito de la libertad que tratamos en el viejo continente. Lo dicho se refuerza al contrastar esta experiencia con la del Mercosur, que aun carece de un sistema de solución de controversias definitiva, o la CAN donde el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no cuenta – hasta donde sabemos – con sentencias que desarrollen sustancialmente esta libertad.

[(10)] Cfr. artículo 3.

[(11)] Ello se explica, recuérdese, porque el objetivo inicial y distintivo de la actual Unión Europea era netamente económico: la creación de un mercado común, donde la libre circulación de trabajadores se erigía en una libertad económica más junto a la de capitales, mercancías y servicios.

[(12)] C. Pizzolo, *Derecho e Integración regional*, Buenos Aires, 2010, pp. 696-697.

[(13)] La limitativa normativa originaria del citado Tratado de Roma en materia de libre circulación económica no discriminatoria se había visto redimensionada por el Acta Única Europea con la noción de mercado interior como *espacio sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de personas queda garantizada, posteriormente acompañada de un derecho de residencia.

ser dejado de lado [14] para finalmente dar lugar a un criterio mucho más amplio e inclusivo. Un criterio que vincula la libre circulación de personas, *más allá* de su sentido económico, a los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión [15].

El *salto cualitativo* vino de la mano del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. La libre circulación y residencia venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a "toda la sociedad" [16].

El Tratado de Maastricht añadió una nueva segunda parte al entonces Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), bajo el título "Ciudadanía de la Unión". En palabras del actual artículo 20.1 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, antiguo artículo 17 TCE): "Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionali-

---

[14] Aun cuando sus antecedentes más remotos se encuentran en la formulación de ciertas propuestas – en el marco del proyecto de una Unión Europea que surge en la Cumbre de París de 1972 – encaminadas a hacer extensivo el derecho de libre circulación a todos los nacionales de los Estados miembros, las primeras fisuras en el plano normativo, relativas a la consideración de dicha libertad como un derecho de contenido no necesariamente económico y no circunscrito en exclusiva a los trabajadores o a las personas en busca de un empleo, llegaron casi veinte años más tarde. El primer punto de inflexión se produjo gracias a las tres siguientes normas: la Directiva 90/364/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia*; la Directiva 90/365/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*; y la Directiva 90/366/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los estudiantes* (posteriormente sustituida por la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre). La importancia de estas tres Directivas – hoy derogadas por la Directiva 2004/38/CE –, ha sido determinante para la evolución que seguimos.

[15] En julio de 2009 la Comisión afirmó que más de 8 millones de ciudadanos de la Unión han hecho uso de su derecho de libre circulación y residencia, y viven ahora en otro Estado miembro. La libre circulación de los ciudadanos "constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior y es el núcleo del proyecto europeo" (ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros", Bruselas, 2 de julio de 2009, COM(2009) 313 final, p. 3).

[16] Ver su comentario al artículo 45 en A. Mangas Martín (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo,* Fundación BBVA, 1998, p. 719.

dad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

Bajo estas premisas, los ciudadanos de la Unión fueron beneficiarios de una serie de derechos civiles y políticos, de entre los cuales el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros –con independencia ya de motivaciones de carácter laboral o profesional– es el que mayor repercusión jurídica y práctica ha venido teniendo. El artículo 21.1 (TFUE, antiguo artículo 18.1 TCE) dice al respecto: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), en el presente con el "el mismo valor jurídico que los Tratados" (cfr. art. 6.1, TUE), reconoce en su artículo 45.1 que:"Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros".

Nos encontramos, como sostiene Mangas Martín, frente a un "derecho universal de todo ciudadano" de la Unión. La libre circulación y residencia, "libertad fundamental vinculada a un hecho económico y prevista en los tratados fundacionales, se transformó en una libertad política fundada en un derecho de la ciudadanía de la Unión y vinculada a este estatuto a partir de 1992". Como un derecho "no solo de agentes económicos (trabajadores, prestación de servicios, establecimiento), sino de todos los nacionales de los Estados miembros" [17]. Es un derecho fundamental inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se establece, continúa la autora citada, como una "obligación de resultado". Es, además, una norma de "aplicación directa cuyo disfrute en sí mismo no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros". Todas las condiciones de ejercicio y eventuales límites "deben estar previstos en el Tratado de funcionamiento y en las normas de desarrollo" [18].

El efecto directo del antiguo artículo 18.1 (TCE) – actual artículo 21.1,

---

[17] A. MANGAS MARTÍN (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., p.721.

[18] *Idem*, p. 721.

TFUE – fue asumido directamente por la jurisprudencia comunitaria [19]. En palabras del Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión "es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros" [20]. El TUE, se afirma, no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder disfrutar de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión. Además, concluye el Tribunal, no hay nada en el texto del Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, que se hayan establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena, se verán privados de los derechos conferidos por razón de la ciudadanía europea, cuando cese dicha actividad [21]. La libre circulación de personas es una de las bases de la Unión Europea. Por tanto, las excepciones a este principio deben interpretarse de forma estricta [22].

Se trata de la "comunitarización" del acervo de Schengen [23], cuya razón de ser se dirigía precisamente a la "creación de un espacio de libre circulación entre los Estados signatarios, mediante la eliminación de los controles a las personas en sus fronteras interiores y el reforzamiento de éstos en sus fronteras exteriores" [24]. Lo que en un primer momento estaba concebido como una libertad con implicaciones esencialmente económicas, reconocida en exclusiva a los nacionales de los Estados miembros que pretendiesen llevar a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio de otro Es-

---

[19] Tribunal de Justicia CE, *Baumbast*, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, párrafo 84.

[20] Tribunal de Justicia CE, *Grzelczyk*, Sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, párrafo 31.

[21] Tribunal de Justicia CE, *Baumbast*, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, párrafo 83.

[22] Tribunal de Justicia CE, *Kempf*, Sentencia de 3 de junio de 1989, asunto 139/85, párrafo 13, y *Jipa,* sentencia de 14 de febrero de 2008, asunto C 33/07, párrafo 23.

[23] Los países que aplican en su totalidad el acuerdo de Schengen constituyen un territorio denominado "espacio de Schengen". El acuerdo permite, por tanto, suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en dicho espacio con arreglo a procedimientos idénticos.

[24] L. D. Á De Sotomayor, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* Ministerio de Trabajo e Inmigración, nr. 92, 2011, p. 263.

tado miembro, actualmente aparece revestida de una dimensión social indiscutible, como lo prueba el hecho de que esta libertad se haya extendido al conjunto de ciudadanos de la Unión, con independencia de las razones que puedan motivar su desplazamiento. De todas formas, conviene dejar sentado que esa dimensión social que acompaña ahora a la libre circulación – y que ha quedado definitivamente apuntalada con la instauración de una ciudadanía europea – sigue coexistiendo con la económica [25].

La creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario de la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un gran avance cualitativo, porque *desvincula esa libertad de sus elementos funcionales o instrumentales* (la relación con una actividad económica o con la consecución del mercado interior) *y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente*, inherente al *status* político de los ciudadanos de la Unión [26].

La libre circulación de personas, señala Molina del Pozo, tiene una triple vertiente [27]: a) la libre circulación de personas no activas, en íntima conexión con la ciudadanía europea, b) la libre circulación de trabajadores, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y c) la libre circulación no solo de los nacionales de los países de la Unión sino también de nacionales de terceros países que pretendan vivir o residir en el territorio de los Estados miembros.

El TFUE, por su parte, dedica su Título IV a la "Libre circulación de personas, servicios y capitales". En su artículo 45.1 concretamente se dice: "Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión".

A continuación la norma cita manifiesta que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2). Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los

[25] Idem.

[26] Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, en asuntos acumulados C-11/06 y C-12/06, párrafo 82.

[27] Cfr. C. F. Molina Del Pozo, *Derecho de la Unión Europea,* Madrid, 2011, pp. 328 y ss.

Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión (art. 45.3). Concluyendo la norma en que, las nombradas disposiciones, "no serán aplicables a los empleos en la administración pública" (art. 45.4).

De manera concordante, el artículo 15 (CDFUE) sostiene que todo ciudadano de la Unión tiene "la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro". Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión. En similar sentido se expresa el artículo 49 (TFUE).

El Reglamento (UE) Nr. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión –el cual deroga al Reglamento (CEE) Nr. 1612/68 sobre la materia-, en su artículo 1 defiende que: "Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado".

Finalmente, cabe hacer referencia al llamado Programa de Estocolmo para una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, el cual establece las prioridades de la Unión Europea respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010-2014. Entre estas prioridades se contempla el derecho a la libre circulación de los ciudadanos y sus familiares en la Unión. El Programa define este derecho como uno de los *principios fundamentales* en los que se basa la Unión y la ciudadanía europea. Se resalta, además, que la cooperación de Schengen – que ha suprimido los controles en fronterizos en gran parte de la Unión Europea –, "es un logro fundamental del espacio de libertad, seguridad y justicia". En consecuencia, el Consejo Europeo "insta al Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión a adoptar todas las medidas necesarias para permitir la abolición de

los controles en las fronteras interiores a los Estados miembros restantes que hayan declarado su disposición a adherirse al espacio Schengen sin demora" [28]. Consiguientemente, el plan de acción del Programa desarrollado por la Comisión asevera que, facilitar la movilidad de los ciudadanos, "es de crucial importancia para el proyecto europeo". La libre circulación "es preciso ponerla en práctica con rigor. La movilidad debe incrementarse eliminando las barreras a las que se siguen enfrentando los ciudadanos cuando deciden ejercer su derecho a trasladarse a un Estado miembro distinto del suyo con la intención de estudiar o trabajar, crear una empresa, fundar una familia o jubilarse" [29].

2.2. – *El elemento transfronterizo.*

En la definición del alcance de la libre circulación de personas y residencia cobra relevancia como vemos el *elemento transfronterizo* [30]. Esto es la invocación de esta libertad – como las otras libertades básicas – *requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros*. El derecho de la Unión "no se aplica a las cuestiones meramente internas. No existe pues aplicación del

---

[28] Ver punto 2.2. "Pleno ejercicio del derecho a la libre circulación" del Programa, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115 de 4.5.2010, p. 1-38.

[29] Ver punto 3 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo", Bruselas, 20.4.2010.

[30] Del artículo 21 (TFUE) se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un *carácter intracomunitario* ya que dentro de cada Estado Miembro tienen sus nacionales, por obra de su propio derecho, el de residencia y circulación, que por supuesto no están sujetos "a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratado". Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18, TFUE) aplicable "en el ámbito de aplicación de los Tratados".
Igualmente en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyos destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión así como los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión* y obliga a las instituciones a respetarlos en todos los ámbitos competenciales de la Comunidad (artículo 51, citada Carta). Dejando claro que la Carta "no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión". También la Carta, como Derecho de la Unión que es, sólo se aplicará a las *situaciones intracomunitarias*.

estatuto del ciudadano sino se ejerce el derecho a la libertad de circulación, es decir, sin movimiento transfronterizo" [31].

Ahora bien, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, esta situación no parece en absoluto *excluyente* de cualquier otra que no aparezca vinculada al *previo cruce* de una frontera. Como ha puesto de relieve la Abogada General en el asunto *Ruiz Zambrano* [32]: "no creo que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión esté siempre inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe".

La misma abogada cita tres sentencias del Tribunal de Justicia en apoyo a su afirmación. El asunto *García Avelló* donde los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, Esmeralda y Diego (que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento) nacieron en Bélgica y, por lo que se deduce del informe para la vista, nunca abandonaron dicho Estado [33]. El asunto *Zhu y Chen*, donde Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). La normativa que concedía en aquel entonces la nacionalidad irlandesa a quien hubiera nacido en la isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte), conjuntamente con un buen asesoramiento jurídico, le permitieron basarse en la ciudadanía de la Unión para fundamentar un derecho de residencia en el Reino Unido para ella y su madre, de nacionalidad china, ya que, de otro modo, le habría sido imposible, siendo infante, ejercer de manera efectiva sus derechos como ciudadana de la Unión [34]. El asunto *Rottmann*, la nacionalidad crucial (alemana por naturalización, antes que su nacionalidad anterior austriaca, de origen) fue adquirida por el Dr. Rottmann después de trasladarse a Alemania desde Austria. Sin embargo, la sen-

---

[31] Ver A. P. Abarca Junco, M. V. Gómez-Urrutia, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nr. 23, 2012, p. 11.

[32] Conclusiones de la Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

[33] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02.

[34] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02.

tencia no tiene en cuenta la circulación realizada con anterioridad, y examina únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad alemana, que habría convertido al Dr. Rottmann en apátrida [35].

En el mismo sentido se había expresado con anterioridad otro Abogado General al afirmar que "no se debe circunscribir esta doctrina a las hipótesis en las que se ha circulado, pues también comprende aquellas en las que *se impide o se disuade de circular*, cuando los auxilios se destinan a formarse en otros Estados miembros, evidenciándose así la imprescindible conexión comunitaria para invocar el artículo 18 (TCE)" [36]. El derecho europeo "permanece al margen de la política de los Estados sobre las ayudas para estudiar en el extranjero, pero, si deciden otorgarlas, vigila que las condiciones impuestas para disfrutarlas no limiten indebidamente la libre circulación" [37]. En este sentido, el Tribunal de Justicia resolvió que los citados artículos 17 (TCE) y 18 (TCE): "se oponen, en circunstancias como las de los litigios principales, a un requisito según el cual, para poder obtener una beca para cursar estudios en un Estado miembro que no sea el de la nacionalidad de los estudiantes que la solicitan, dichos estudios han de ser continuación de los realizados durante al menos un año en el territorio del Estado miembro de origen de los estudiantes" [38].

En el asunto *Ruiz Zambrano* la cuestión prejudicial que se plantea es sí el progenitor extranjero no comunitario de un niño nacional de un Estado miembro que no ha ejercido la libertad de circulación puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación [39]. EL Tribunal de Justicia reconoce que la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, no es de aplicación en base a dos consideraciones: de una parte, porque en su artículo 3 apartado 1 la misma establece que se aplicará a "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad" (ver

---

[35] Tribunal de Justicia UE, sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08.

[36] Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ya citadas, párrafo 87. Sin resaltar en el original.

[37] Idem, párrafo 88.

[38] Tribunal de Justicia CE, *Rhiannon Morgan / Bezirksregierung Köln y Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, sentencia de 23 de octubre de 2007, asuntos acumulados C 11/06 y C 12/06.

[39] Tribunal de Justicia UE, Sentencia de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09.

punto III.C); y, de otra parte, porque dentro de los familiares incluidos en su ámbito de aplicación material entran los ascendientes "a su cargo", más no a la inversa, por lo que tampoco sería de aplicación a este supuesto. El fundamento de la sentencia se ubica entonces en el propio estatuto de ciudadano de la Unión cuya función es, como vimos, convertirse en el *estatuto fundamental* de los nacionales de los Estados miembros.

La sentencia recuerda que el artículo 20 (TFUE) se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de tales derechos y, en este sentido declara que las decisiones referentes a la denegación de un permiso de residencia o trabajo: "privarían a los menores ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión" [(40)].

En efecto, la denegación del permiso de trabajo o de la residencia en Bélgica de los Sres. Ruiz Zambrano tendría la consecuencia, como bien indica el Tribunal, que los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión del que son ciudadanos. Siguiendo este razonamiento, y en consecuencia lógica, los referidos derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión pertenecen, según el Tribunal, a todos los ciudadanos comunitarios *sin más condiciones*.

En base a lo expuesto, se ha señalado que existen *de facto* "dos tipos de ciudadanos". El que tiene todos los derechos de la ciudadanía (porque "se ha movido" y aquel otro que es sólo potencialmente ciudadano ("mientras no se mueva"). Situación confusa pues, efectivamente, desde el Tratado de Maastricht, la ciudadanía no requiere más condición que la de ser nacional de un Estado miembro (art. 20, TFUE). Para el Tribunal de Justicia, una situación como la del asunto *Ruiz Zambrano* "no es una mera situación que quede desprotegida automáticamente del Derecho de la Unión y, en este sentido, es el estatuto de ciudadanía el que va a darle cobertura, activando además la protección comunitaria de los derechos fundamentales" [(41)].

El problema de fondo que plantea la sentencia *Ruiz Zambrano* es, como vemos, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en una materia

---

[(40)] Idem, párrafo 44.

[(41)] A. P. Abarca Junco, M. V. Gómez-Urrutia, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)*, cit., p. 14.

como es la libertad de circulación de personas y, en especial, su *superposición* con el ámbito interno de los Estados miembros. El criterio *expansivo* de aquella sentencia no se ha repetido en pronunciamientos posteriores. La jurisprudencia comunitaria es más bien conservadora al momento de evaluar la existencia del elemento transfronterizo o, si se quiere, de constatar la *efectiva movilidad* de la persona. En el asunto *Shirley McCarthy*, un caso semejante (porque no se aprecia el ejercicio de la libre circulación) el Tribunal de Justicia sentencia que el artículo 21 (TFUE): "no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros" [(42)].

En ambos casos, el TJUE activa la protección que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión sin resultar marginados a meras situaciones internas. La diferencia radica en que el manto protector en *Ruiz Zambrano* se matiza en *McCarthy*. Ello debido a que en *Ruiz Zambrano* se concluye que la medida nacional sí tiene efectos perversos y contrarios a los derechos que le confiere el estatuto de la ciudadanía de la Unión, y ello no se detecta en el segundo, puesto que la Sra. *McCarthy* no se ve obligada a abandonar el territorio de la Unión [(43)].

La citada Directiva 2004/38/CE, constituye un paso fundamental en el proceso legislativo de la Unión para el fortalecimiento de la libre circulación de personas. A continuación analizamos sus aspectos centrales.

[(42)] Tribunal de Justicia UE, sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-434-09, párrafo 56.

[(43)] Ver D. Marín Consarnau, *JUE – sentencia de 05.05.2011, s. McCarthy / Secretary of State for the home department, C-434/09 – «artículo 21 TFUE — libre circulación de personas — nacional que siempre ha residido en el estado miembro de su nacionalidad». nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nr. 41, Enero-abril 2012, p. 229.

2.3. – *La Directiva 2004/38/ce, de 29 abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros.*

Como su propio título sugiere, esta disposición viene a refundir en un único instrumento jurídico toda la dispersión normativa que hasta el momento existía en torno al derecho de libre circulación y residencia [(44)]. En su redacción se sigue muchos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia más relevantes sobre la materia.

Desde sus considerandos iniciales, la Directiva 2004/38/CE parte de la base de que la ciudadanía de la Unión confiere "un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación" [(45)].

También se la define como una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un "espacio sin fronteras interiores" en el que la libre circulación de personas estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado [(46)]. El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en "condiciones objetivas de libertad y dignidad", debe serle reconocido – se afirma – también a los miembros de su familia, "cualquiera que sea su nacionalidad" [(47)]. El disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida "refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la co-

---

[(44)] Modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

[(45)] Considerando 1. Coincidentemente en su considerando 11 se afirma que: "El derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el Tratado, y no depende de haber completado los procedimientos administrativos".

[(46)] Considerando 2.

[(47)] Considerando 5.

hesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión" [48].

Como ya observamos, la Directiva 2004/38/CE da relevancia al elemento transfronterizo. Se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se "traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia", que le acompañen o se reúnan con él [49]. En consecuencia, queda garantizado el "derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro", estableciéndose que a las personas que ejerzan este derecho "no se les podrá imponer ningún visado de salida ni obligación equivalente" [50]. Consiguientemente, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, "los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido". A los ciudadanos de la Unión, de esta forma "no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente" [51].

En cuanto al *derecho de residencia,* la Directiva 2004/38/CE lo regula conforme al tiempo de permanencia en el Estado de acogida. Si la residencia alcanza un período de *hasta tres meses,* los ciudadanos de la Unión pueden permanecer en el territorio de otro Estado "sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos". Lo mismo para los miembros de la familia en posesión de un pasaporte válido que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él [52]. Pero no debe olvidarse que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia indicado "mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida" [53]. Aún así, sin perjuicio de las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por ra-

---

[48] Considerando 17.

[49] Artículo 3 "Beneficiarios".

[50] Artículo 4 "Derecho de salida".

[51] Artículo 5 "Derecho de entrada".

[52] Artículo 6 "Derecho de residencia por un período de hasta tres meses".

[53] Cfr. artículo 14.1 "Mantenimiento del derecho de residencia".

zones de orden público, seguridad pública o salud pública, "en ningún caso" podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión o miembros de su familia si: a) los ciudadanos de la Unión son trabajadores por cuenta ajena o propia, o b) los ciudadanos de la Unión entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados [(54)].

A diferencia del caso anterior, todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período *superior a tres meses* si: a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de "recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida", o c) está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un "seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia", o d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) [(55)].

El derecho de residencia, como ha señalado la doctrina [(56)], no se ejerce entonces independientemente de la situación económica y la cobertura sanitaria y social, por lo que quedarían dos categorías fuera del derecho de residencia: una, los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos

[(54)] Cfr. artículo 14.4 "Mantenimiento del derecho de residencia".

[(55)] Artículo 7 "Derecho de residencia por más de tres meses".

[(56)] A. Mangas Martín, D. J. Liñan Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* Madrid, 2010, p. 148.

económicos suficientes y, otra, las personas excluidas por razones de orden público, seguridad y salud pública (ver punto III).

Los Estados miembros no podrán establecer un "importe fijo" correspondiente a lo que consideran "recursos suficientes", sino que tendrán que tener en cuenta la situación personal del interesado. En cualquier caso, según la Directiva 2004/38/CE, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida [57]. Por otra parte, el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia "no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión" [58]. El Tribunal de Justicia tiene dicho, en este punto, que deberán aceptarse los recursos de una tercera persona [59].

En opinión de la Comisión, los ciudadanos de la Unión tienen derecho a residir en el Estado miembro de acogida si ejercen en él una actividad económica. Los estudiantes y los ciudadanos de la Unión que no ejerzan tal actividad "deberán tener *suficientes recursos* para que ellos mismos y los miembros de su familia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, y tener cobertura *sanitaria total*" [60].

---

[57] Cfr. artículo 8.4 "Trámites administrativos para los ciudadanos de la Unión".

[58] Cfr. artículo 14.3 "Mantenimiento del derecho de residencia".

[59] Tribunal de Justicia CE, *Comisión c. Bélgica*, sentencia de 23 de marzo de 2003, asunto C 408-03. Afirma el Tribunal que "basta con que los nacionales de los Estados miembros «dispongan» de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia. Esta interpretación se impone con mayor motivo si se tiene en cuenta que las disposiciones que consagran un principio fundamental como el de la libre circulación de personas deben interpretarse en sentido amplio" (párrafo 40). La tesis contraria, sostiene el Tribunal, "constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia (…) puesto que no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, a saber, la protección del erario de los Estados miembros" (párrafo 41). En el mismo sentido *Zhu y Chen,* Sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C 200/02, párrafos 30 y ss.

[60] Cfr. apartado 2.3 en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus

Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un *período continuado de cinco años* en el Estado miembro de acogida tendrán un *derecho de residencia permanente* en éste. Dicho derecho no está sujeto a las condiciones previstas en los dos casos anteriores. Lo mismo para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida. La continuidad de la residencia no se ve afectada por "ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país". Una vez adquirido, el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos [(61)].

La Directiva 2004/38/CE también prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para "denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia" [(62)]. El *fraude* puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la citada Directiva. En el contexto de esta normativa, es probable que el fraude se limite a la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. En consecuencia, podrá denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva 2004/38/CE a las personas a las que se haya expedido un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta respecto de la que

---

familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros", ya citada, pág. 8. Resaltado en el original.

[(61)] Artículo 16 "Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia". No obstante en el artículo siguiente se establecen excepciones para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y los miembros de sus familias.

[(62)] Artículo 35 "Abuso de derecho".

hayan sido condenadas [63]. Mientras que la constatación de que se trata de una práctica *abusiva* exige, en palabras del Tribunal de Justicia, "por un lado, que concurran una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención" [64].

Los *matrimonios por conveniencia* son definidos en la Directiva 2004/38/CE como una relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia [65].

Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Derecho originario y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la Directiva 2004/38/CE gozarán de *igualdad de trato* respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente [66].

El principio de igualdad de trato, afirma el Tribunal de Justicia, constituye una expresión particular, "prohíbe las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, pero también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado" [67]. Sin embargo no se trata de un principio absoluto, en la misma sentencia citada, el Tribunal debe resolver si el Derecho de la Unión se opone a una normativa municipal, como la que es objeto del litigio principal, que prohíbe la admisión de personas que no residan en los Países

[63] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Kol*, Sentencia de 5 de junio de 1997, asunto C-285/95, párrafo 29.

[64] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Emsland-Stärke*, Sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C 110/99, párrafos 52-53.

[65] Considerando 28.

[66] Cfr. artículo 24 "Igualdad de trato".

[67] Tribunal de Justicia UE, *Josemans*, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, asunto C137/09, párrafo 58.

Bajos en los *coffee shops* situados en el municipio de Maastricht. Esto es, si dicha normativa municipal constituye una restricción al ejercicio de libertades básicas como la libre circulación y, en su caso, si la citada medida puede estar justificada por el objetivo de la lucha contra el "turismo de la droga" y las molestias que éste conlleva, y, por último, si constituye una medida proporcionada a la luz de dicho objetivo. El Tribunal de Justicia concluye en que, no hay duda de que los objetivos citados constituyen un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión. Es innegable, sostiene, que la prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops*, es una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por éste [(68)]. Por lo tanto, el Tribunal encuentra que la restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

2.4. – *Limitaciones al derecho de libre circulación y residencia.*

La libre circulación de personas como vemos no es – desde el momento en que puede entrar en colisión con los intereses económicos y no económicos de los Estados miembros – una libertad absoluta. Un derecho público e individual del que puedan beneficiarse todos y cada uno de los ciudadanos de la Unión por el simple hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro. Ciertos límites y condicionantes continúan impidiendo tal consideración y, de alguna forma, también el trasfondo económico que esta libertad sigue arrastrando.

En el sentido anterior, se mantiene que el derecho de libre circulación y residencia "se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados" (artículos 20 y 21, TFUE). La Directiva 2004/38/CE [(69)], por su parte, establece como principio general que "los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad,

[(68)] Idem, párrafo 75.

[(69)] Que sustituye en esta materia a la Directiva 64/221/CEE, de 25 febrero, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud público.

por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos" [70].

Las limitaciones relativas al orden público, seguridad pública y sanidad pública siguen permitiendo considerar, escribe Molina del Pozo, el interés del Estado como prevalente sobre un posible interés del ciudadano tutelado por la Unión y el refuerzo consiguiente de la idea del territorio estatal frente al territorio comunitario como espacio de disfrute de derechos. La interpretación restrictiva del Tribunal de Justicia sobre estos conceptos como excepciones particulares, "no ha impedido que se conviertan en cláusulas de salvaguardia de los Estados frente a la libertad de circulación" [71].

Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al *principio de proporcionalidad* y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado [72]. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. Además, la conducta personal del interesado "deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general" [73].

La Directiva 2004/38/CE se aplica a *toda medida* adoptada por razones de orden público o seguridad pública que afecte al derecho de las personas, contempladas en la misma, a entrar y residir libremente en el Estado miembro de acogida en iguales condiciones que los nacionales de ese Estado [74]. Los Estados miembros son libres para determinar los requisitos de orden público y seguridad pública de conformidad con sus necesidades, que pue-

---

[70] Artículo 27.1 "Principios generales".

[71] C. F. Molina Del Pozo, *Manual de derecho de la comunidad europea,* tercera edición, Madrid, 1997, p. 161.

1 Por lo tanto no podrán adoptarse tales medidas por razones preventivas. El Tribunal de Justicia CE en su sentencia de 26 febrero 1975, asunto 67/74 (*Bonsignore*), ya había concluido que el Derecho comunitario "se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de «prevención general»" (párrafo 7).

[73] Artículo 27.2.

[74] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Rutili*, Sentencia de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, párrafos 8-21.

den variar de un Estado miembro a otro y de un período a otro. Sin embargo, cuando lo hacen en el contexto de la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, deben interpretar estrictamente esos requisitos [75].

El Tribunal del Justicia interpreta que la *seguridad pública* cubre tanto la seguridad interna como externa [76] en el sentido de proteger la integridad del territorio de un Estado miembro y sus instituciones. El *orden público* consiste en impedir que se altere el orden social. Los ciudadanos de la Unión podrán ser expulsados únicamente por conductas castigadas por la ley del Estado miembro de acogida o respecto de las cuales se hayan adoptado medidas efectivas para reprimir las actividades de este tipo [77]. En el caso en particular se discutía si un Estado miembro puede expulsar o negar el acceso a su territorio a un nacional de otro Estado miembro como consecuencia de determinadas actividades (el ejercicio de la prostitución) que, por lo que respecta a sus propios nacionales, no dan lugar a medida represiva alguna.

El Tribunal de Justicia también tiene dicho que, el incumplimiento del requisito de registro, no constituye por sí mismo una conducta que amenace a la seguridad pública ni al orden público, y no pude por tanto justificar la expulsión de la persona [78]. Además que "la reserva de orden público *constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de personas, que debe entenderse en sentido estricto* y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente" [79]. La utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público "requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, *que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*" [80].

---

[75] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Rutili*, ya citada, párrafo 27, y *Jipa*, ya citada, párrafo 23.

[76] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Albore*, Sentencia de 13 de julio de 2000, asunto C 423/98, párrafos 18 y ss., y *Kreil,* sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C 285/98, párrafo 15.

[77] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Adoui y Cornuaille*, Sentencia de 18 de mayo de 1982, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, párrafos 5-9, y *Jany y otras,* sentencia de 20 de noviembre de 2001, asunto C 268/99, párrafo 61.

[78] Cfr. Tribunal de Justicia CE, *Royer*, Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, párrafo 51.

[79] Tribunal de Justicia CE, *Comisión / Alemania,* Sentencia de 27 de abril de 2006, asunto C 441/02, párrafo 34. Sin resaltar en el original.

[80] Idem, párrafo 35. Sin resaltar en el original.

Al margen de las referidas limitaciones, la Directiva 2004/38/CE contiene – como ya comentamos – otra importante restricción a la libre circulación de todo ciudadano europeo que se desplace por razones distintas a las de trabajo: la *carencia de recursos económicos* para su subsistencia en el Estado anfitrión y la falta de un *seguro de enfermedad* que cubra la totalidad de los gastos médicos, para sí mismo y para los miembros de la familia que estén a su cargo.

De alguna manera, y por más comprensible que pueda resultar, la existencia de un requisito de esta naturaleza pone en evidencia que la libre circulación no ha alcanzado aún los niveles de un auténtico derecho fundamental, en cuanto libertad reconocida a los ciudadanos de la Unión por su mera condición de personas; y no, como finalmente resulta ser, un derecho conferido a aquellos individuos con capacidad productiva o con posibilidades económicas, que cuenten con recursos bastantes para vivir y para hacer frente a eventuales contingencias médicas [81].

Ahora bien, la misma Directiva 2004/38/CE contempla una *protección contra la expulsión* [82]. Así, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Dicho Estado "no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por *motivos graves de orden público o seguridad pública*" [83]. Asimismo, no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, "excepto si la decisión se basa en *motivos imperiosos de seguridad pública* tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste: a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o b) sea

[81] Ver L. D. Á De Sotomayor, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, cit., p. 277.

[82] Cfr. artículo 28 "Protección contra la expulsión".

[83] Artículo 28.2. Sin resaltar en el original.

menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 [84].

¿Qué se debe entender por motivos imperiosos de seguridad pública? El Tribunal de Justicia sentenció al respecto que, la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada, es un supuesto que integra dicho concepto. En efecto, el tráfico de estupefacientes – se mantuvo – mediante banda organizada constituye una criminalidad difusa, dotada de medios económicos y operativos impresionantes y que tiene con mucha frecuencia conexiones transnacionales [85]. Antes, el Tribunal había afirmado que el concepto de motivos imperiosos de seguridad pública "supone no sólo la existencia de menoscabo de la seguridad pública, sino, además, que tal menoscabo presente un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión «motivos imperiosos»" [86]. La jurisprudencia que seguimos recuerda que, "el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública" [87].

Si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública, no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, "deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea" [88].

Los Estados miembros están facultados, defiende el Tribunal, para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83

---

[84] Artículo 28.3. Sin resaltar en el original.

[85] Tribunal de Justicia UE, *Tsakouridis*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, párrafo 46.

[86] *Idem*, párrafo 41.

[87] Tribunal de Justicia UE, *P.I.*, Sentencia de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, párrafo 21.

[88] Idem, párrafo 23.

TFUE, apartado 1, párrafo segundo [89], constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de "motivos imperiosos de seguridad pública" que pueden justificar una medida de expulsión, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce [90].

Por otra parte, en materia de restricciones fundadas en motivos de salud pública, las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación son las enfermedades con *potencial epidémico* como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Así como otras *enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas* siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada "no podrán justificar la expulsión del territorio". Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático [91].

3. — *La cuestión en el Mercosur.*

Como acabamos de ver, la libre circulación de personas y residencia es el *núcleo central* de un proceso de integración. Ninguna de las otras libertades básicas podría extenderse en el tiempo, si la libertad que estudiamos no

---

[89] La norma citada dice: "Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada".

[90] Tribunal de Justicia UE, *P.I.*, Sentencia de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, párrafo 33.

[91] Artículo 29 "Salud pública".

progresa. Quizás encontremos en ello – como ya se dijo – una de las causas estructurales al estancamiento que presenta el Mercosur actual. Ignorada en el tratado fundacional, la libre circulación de personas y residencia tímidamente va tomando cuerpo normativo. Sin embargo al día de hoy no se logra despejar dudas esenciales en cuanto a su alcance y límites.

Por otra parte, no debe olvidarse que el Mercosur actual – a diferencia de la Unión Europea – representa un proceso de integración de naturaleza intergubernamental. Esto es un proceso donde los Estados mantienen un *poder de veto* –las decisiones se toman en sus órganos por consenso y no por mayoría-, para bloquear cualquier iniciativa que consideren contraria a sus "intereses nacionales". Asimismo, el proceso carece de una instancia jurisdiccional permanente que garantice e interprete la aplicación del derecho mercosureño. Derecho que requiere de un complejo sistema de incorporación de normas en el derecho interno de los Estados Parte, retardando en el tiempo su vigencia efectiva y, a su vez, obstruyendo su eficacia [92].

3.1. – *La libre circulación y residencia de personas en sus primeros pasos.*

El Mercosur, en tanto proceso de integración regional – hoy alcanza como miembros plenos, además de los cuatro Estados originarios, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, a Venezuela – conforme al Tratado de Asunción (en adelante TA) [93] que lo crea se fundamenta en la consecución de un mercado común. En su artículo 1 dicho Tratado dice: "Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común (…) Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente".

El objetivo de la libre circulación de personas, como podemos ver, se encuentra *implícito* en el concepto de mercado común que desarrolla el TA sin que dicho tratado la contemple expresamente. La expresión *factores productivos* es la que más se acerca conceptualmente, sin embargo aparece indisolublemente asociada a la noción de agentes económicos activos, en especial a la libre circulación de trabajadores. Basaldúa señala como la citada expre-

[92] Ver artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto.

[93] Firmado en Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991.

sión alude a los "trabajadores" y a los "capitales". Para agregar que, la libre circulación de trabajadores entre los Estados que conforman un mercado común, implica la posibilidad de que sus nacionales o habitantes (residentes) puedan establecerse libremente en cualquiera de los demás países y desarrollar actividades económicas [94].

En cualquier caso, apelando a una forma de interpretación teleológica, podemos inferir del TA una referencia a la libre circulación de personas *tanto implícita como parcial*. En efecto, la apuntada libre circulación de factores productivos conlleva a la libre circulación de trabajadores. Del mismo modo, la tarea de armonización legislativa, debe prever como objeto determinante al derecho del trabajo, en cuanto constituye la fuente de regulación de las relaciones existentes en toda comunidad productiva [95]. En este rumbo se deber destacar la Declaración Sociolaboral del Mercosur aprobada con la firma de los cuatro jefes de Estado de los entonces Estados miembros, el 10 de diciembre de 1998 en Río de Janeiro [96]. Este

---

[94] Ver R. X. BASALDÚA, *Mercosur y Derecho de la Integración,* Buenos Aires, 1999, p. 133.

[95] El Subgrupo de Trabajo Nr. 11 (SGT11) de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social, es el primer órgano sociolaboral del Mercosur que funcionó entre 1992 y 1995. El tema de la libre circulación era un objetivo expreso contenido en la Comisión Nr. 3, una de las nueve comisiones creadas en el interior de dicho subgrupo.

[96] Se trata de una declaración que contiene normas de fondo y de forma, relativas a derechos individuales (arts. 1º a 7º: no discriminación, promoción de la igualdad, trabajadores migrantes y fronterizos, eliminación del trabajo forzoso, trabajo infantil y de menores y derechos de los empleadores), derechos colectivos (arts. 8º a 13: libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos y diálogo social) y otros derechos (arts. 14 a 19: fomento del empleo, protección de los desempleados, formación profesional y desarrollo de recursos humanos, salud y seguridad en el trabajo, inspección del trabajo y seguridad social). Conforme a su artículo 25 los "Estados Partes subrayan que esta declaración y su mecanismo de seguimiento no podrán invocarse ni utilizarse para otros fines que no estén en ellos previstos, vedada, en particular, su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras". La Declaración no ha sido objeto de aprobación legislativa, ni de ninguna otra forma de incorporación al derecho interno, tampoco ha sido ratificada por ningún Estado Parte. Por lo demás, ninguna disposición de la Declaración exige que la misma deba ser aprobada, internalizada o ratificada por los Estados Partes. No obstante, la Declaración ha sido una de las normas del Mercosur más aplicada por los jueces y tribunales nacionales de los Estados Partes. En especial cabe destacar su aplicación en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Aquino*, sentencia de 21 de septiembre de 2004.

instrumento crea como órgano de seguimiento la Comisión Sociolaboral Regional.

Como la idea central de todo tratado de integración económica es la expansión de los intercambios comerciales entre los países participantes, debe contarse con la "prevalencia de las reglas de libertad", donde la libre circulación de mercaderías, capitales, factores productivos y personas pasa a ser uno de los presupuestos fundamentales para constituir exitosamente una zona de libre comercio y mucho más un mercado común [97].

La integración en su dinámica, escribe Pérez Vichich, presupone la construcción de espacios comunes y homogeneidad jurídica y social. La región se transforma así en una extensión de los territorios nacionales, y los trabajadores de todos los países miembros son considerados parte constitutiva de un mercado único de trabajo. La misma autora distingue, en el ámbito del Mercosur, entre las "migraciones laborales tradicionales" y la "libre circulación de la mano de obra". Las primeras refieren a las migraciones que se han venido procesando históricamente y que pueden ser: a) "espontaneas" cuando implican la intensión de insertarse laboral o económicamente en forma temporario o permanente en el país de recepción, b) "estacionales" o sea las vinculadas con actividades económicas con ciclos definidos, con requerimiento de mano de obra intensiva en períodos puntuales (cosechas, zafra lanera, etc.), y c) "fronterizas" la cual se caracteriza por un desplazamiento permanente a través de la línea de frontera para trabajar o ejercer alguna actividad lucrativa en territorio colindantes. En cambio, al hablar de "libre circulación de la mano de obra" multiplica los problemas a ser resueltos e involucra al empleo, la salud, la seguridad social, la educación, etc. Ahora bien, Pérez Vichich concluye en que en el Mercosur las migraciones laborales tradicionales siguen ocurriendo y la libre circulación de trabajadores aún no puede ser implantada [98].

Partiendo del citado artículo 1 (TA) los Estados miembros fueron adoptando, de *forma progresiva* y *gradual*, medidas de armonización tales como

---

[97] Ver L. Bertoni, *La libre circulación y los derechos fundamentales en los procesos de integración regiona*l, en *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, 2011, p. 99.

[98] Pérez Vichich, Nora, *Nosotros y los otros. Las fronteras del trabajo en el Mercosur,* INCASUR, Buenos Aires, 1995, p. 13 y ss.

la regulación del *cruce* de frontera de los nacionales de los Estados miembros [99], la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social [100] y el reconocimiento mutuo de las titulaciones técnicas y universitarias [101]. Sin

[99] Decisión CMC nº 4/00, en virtud de la cual se adopta la versión modificada del Acuerdo de alcance parcial para la facilitación del comercio, concertado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Acuerdo de Recife). Ver también la Decisión CMC nº 46/00, relativa a la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur y la Decisión CMC nº 47/00, relativa a la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile.

Mención especial merece la regulación del denominado *tránsito vecinal fronterizo*. Los ciudadanos nacionales de un Estado miembro o sus residentes legales, nacionales de otro país del Mercosur, que se encuentran domiciliados en localidades contiguas de dos o más Estados miembros, pueden solicitar la obtención de una credencial de *Tránsito Vecinal Fronterizo* (TVF). La posesión de dicha credencial –que no sustituye a los documentos contemplados en el Acuerdo sobre documentos de viaje– permite a su titular "cruzar la frontera con destino a la localidad contigua del país vecino, mediante un procedimiento ágil y diferenciado de las otras categorías migratorias". Una vez cruzada la frontera, el titular de la credencial podrá circular libremente dentro del área de cobertura geográfica delimitada por los Estados Parte colindantes mediante acuerdos bilaterales o trilaterales dentro de un plazo que, por lo general, no excede de setenta y dos horas (Decisión CMC nº 18/99, relativa al Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Parte del MERCOSUR y Decisión CMC nº 14/00, relativa a la Reglamentación del Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Parte del MERCOSUR. Las Decisiones CMC nº 19/99 y 15/00 hacen extensivo el contenido normativo de las decisiones precitadas a los Estados asociados al Mercosur Bolivia y Chile).

[100] Un factor importante que desincentiva la migración y que, por consiguiente, supone un obstáculo a la realización de la libre circulación de personas viene dado por la posible pérdida o disminución de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social por la falta de reconocimiento de los períodos de cotización realizados en distintos Estados por razón de la migración. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, para hacer frente a este obstáculo técnico, los países del Mercosur han optado por una solución muy similar a la adoptada en el marco de la Unión Europea (ver artículo 48, TFUE y el Reglamento (CE) n° 883/2004), basada en la coordinación de los sistemas y legislaciones nacionales relativas a la Seguridad Social en función de una serie de principios y criterios comunes. A esta lógica responde la Decisión CMC nº 19/97, relativa al Acuerdo multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur, que incluye a su vez el Reglamento administrativo para su aplicación.

[101] El Consejo del Mercosur abordó la cuestión del reconocimiento de los títulos de formación profesional y de enseñanza superior en sus Decisiones CMC nº 4/95 y nº 7/95, mediante las cuales se aprobaron respectivamente el "Protocolo de integración educativa

embargo, este conjunto *fragmentario* de disposiciones mercosureñas concebidas para facilitar la circulación de las personas en su condición de *factores productivos* de la economía, no contempló una de las cuestiones que vimos es consustanciales a una auténtica libertad de circulación de persona: el *derecho de residencia* de los nacionales de los Estados miembros en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad.

La cuestión anterior no es objeto de desarrollo normativo hasta la adopción del Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte en el Mercosur, firmado por los presidentes de los Estados Partes en la Declaración Conjunta de Presidentes del Mercosur del 6 de diciembre de 2002. Este instrumento, que entró en vigor recién el 28 de julio de 2009, es hasta la fecha el principal marco normativo relativo a la libre circulación de personas [(102)]. El mismo es adoptado como parte de la Decisión (CMC) Nr. 28/02 (ver punto III.B).

Dicho Acuerdo significa un *salto cualitativo* en la materia al restablecer el debate sobre la libre circulación de personas, reinsertando la cuestión en la agenda del Mercosur. Así se logra superar una primera valla constituida por los prejuicios que la libre circulación de personas levantó desde siempre en

---

sobre reconocimiento de títulos universitarios para la prosecución de estudios de postgrado en las Universidades de los Países del Mercosur" y el "Protocolo de integración educativa y reválida de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico". El reconocimiento de títulos contemplado por ambas decisiones en sus respectivos ámbitos de aplicación queda limitado a los solos efectos de la continuación de estudios.
En consecuencia, las citadas Decisiones CMC nº 4/95 y nº 7/95, constituyen medidas encaminadas a la consecución de una cierta integración educativa, pero carecen de eficacia como medidas de eliminación de obstáculos a la libre circulación de personas, en tanto en cuanto el reconocimiento mutuo de los títulos no se extiende al ámbito de la habilitación para el ejercicio de una actividad económica relacionada con los títulos universitarios y de estudios de nivel medio técnico, con excepción del ámbito profesional académico.

[(102)] El proceso de ratificación y entrada en vigor de este Acuerdo no estuvo exento de dificultades. La considerable demora que se produjo en su ratificación por parte de Paraguay impidió su efectiva entrada en vigor y obligó a los demás Estados Parte a aplicar el contenido de dicho acuerdo sobre la base de tratados bilaterales entre ellos, a la espera de la conclusión del proceso de ratificación. Con el depósito del instrumento de ratificación de Paraguay, entró en vigor no sólo el Acuerdo sobre Residencia de los nacionales de los Estados miembros del Mercosur, sino también el Acuerdo por medio del cual se extiende su ámbito de aplicación a Chile y Bolivia. Además, se firmaron protocolos adicionales para incorporar a Perú y a Ecuador en el Acuerdo sobre Residencia del 2002.

el Mercosur. La libre circulación fue concebida por largo tiempo, escribe Pérez Vichich, portadora de presuntos efectos desventajosos, sin incorporar aquellos aspectos que la hacen un elemento fundacional de la integración de la región, o la potencialidad de crear mejores condiciones de trabajo y de organización para los trabajadores. Era vista "mas como una amenaza que como una oportunidad" [103].

Con posterioridad se profundiza en la normativa relativa a la documentación que habilita al cruce de fronteras [104], con el fin de facilitar la *circulación transfronteriza* de los nacionales de los Estados miembros. La existencia de controles sobre las personas en cruce de las fronteras interiores del Mercosur no pone en entredicho, como vemos, el ejercicio del derecho de desplazamiento.

Con todo la libre circulación de personas en el Mercosur vivió uno de sus momentos más críticos frente a la actitud permisiva de las autoridades argentinas ante la conducta de particulares que – en señal de protesta por la instalación de fábricas de celulosa a orillas del Río Uruguay en territorio uruguayo – bloquearon reiteradamente el tránsito por puentes internacionales que comunican Argentina con Uruguay [105]. El bloqueo total de los citados pasos fronterizos fue por un período comprendido entre diciembre de 2005 y mayo de 2006. Circunstancias que llevaron a Uruguay a solicitar la constitución de un Tribunal arbitral *ad hoc* bajo el sistema de solución de controversias del Mercosur que, hasta la actualidad, carece de una instancia jurisdiccional permanente [106].

---

[103] N. Pérez Vichich, *Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en el Mercosur,* en *Entelequia. Revista interdisciplinar*, Nr. 4, junio 2007, p. 256.

[104] Cfr. Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados, de 30 de junio de 2008 (Decisión CMC nº 18/08).

[105] Ver L. Bertoni, *La libre circulación y los derechos fundamentales en los procesos de integración regiona*l,. cit., pp. 99-111.

[106] Controversia que llevó al Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay", de 6 de septiembre de 2006.

En particular, Uruguay sostuvo que la actitud omisiva de las autoridades argentinas había contribuido a crear obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios, y a la libre circulación de personas, incumpliéndose en cuanto a ésta última "compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a derechos humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas" [107]. En su contestación, Argentina negó las argumentaciones uruguayas y alegó que, en última instancia, la actitud que Uruguay calificaba de omisiva obedecía a una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y de libre reunión –derechos que en el ordenamiento jurídico argentino son tutelados como derechos fundamentales de rango constitucional– y el derecho a la libre circulación de factores productivos que nacen del Derecho mercosureño, que y que sólo revisten rango de legalidad ordinaria en el ordenamiento argentino [108].

En su laudo, el tribunal arbitral estimó parcialmente la demanda de Uruguay, apreciando en particular que"la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay (…) no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países" [109].

Cabe recordar aquí que el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte todavía no estaba en vigor [110]. En este sentido, Argentina en su escrito de contestación manifestó que la libre circulación de personas "no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR" [111], de modo que el citado Acuerdo no era aplicable a los hechos subyacentes a la controversia. En estas circunstancias también se explica que al analizar la compatibilidad

[107] *Idem*, párrafo 27.

[108] *Idem*, párrafo 44.

[109] *Idem*, parte dispositiva, decisión segunda.

[110] Uruguay no había procedido a comunicar su ratificación hasta el 8 de marzo de 2006, y ambos países no procedieron a la aplicación bilateral del mismo entre ellos hasta el 20 de julio del mismo año, escasos días después de la interposición del escrito de alegaciones de Uruguay.

[111] Laudo de 6 de septiembre de 2006, ya citado, párrafo 47.

de la actuación de las autoridades argentinas con el Derecho mercosureño, el Tribunal arbitral *ad hoc* se limitase a evaluar su conformidad exclusivamente con la libre circulación de bienes y servicios, afirmando que "tampoco resulta procedente analizar en forma específica, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR en virtud de que, en forma indirecta, tal derecho resulta cubierto por las libertades de circulación antes tratadas" [112].

Por nuestra parte consideramos que, aunque no fuese aplicable a los hechos enjuiciados el Acuerdo por no estar en vigor, el Tribunal interviniente sí podría haber hecho mención al mismo para clarificar su alcance y el significado de la libre circulación de personas en relación con las demás libertades inherentes al mercado común diseñado en el TA. Desde esta perspectiva, el laudo de 6 de septiembre de 2006 puede ser considerado como una oportunidad perdida para avanzar sobre el alcance y los límites de la libre circulación de personas en el Mercosur.

3.2. – *Acuerdo sobre residencia de los nacionales de los estados parte en el Mercosur.*

Hasta la fecha, los Acuerdos emanados de la XXIIª Reunión de Ministros del Interior del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile, aprobados para su firma mediante la Decisión (CMC) Nr. 28/02, constituyen el paso más significativo emprendido en el seno de la estructura orgánica del Mercosur para la implantación de la libre circulación de personas, en la medida en que se aborda por primera vez la cuestión de los derechos de residencia y de acceso a las actividades económicas.

La Decisión (CMC) Nr. 28/02 aprueba cuatro acuerdos en materia de regulación migratoria interna de los ciudadanos del Mercosur [113] y en materia de

---

[112] *Idem,* párrafo 105.

[113] Acuerdo nº 11/02 y Acuerdo nº 12/02 hace extensible el contenido del acuerdo anterior a los ciudadanos de Bolivia y Chile. Ambos acuerdos sobre regulación migratoria interna contemplan la posibilidad de la regulación de la situación migratoria de los ciudadanos Mercosur que se encuentren en el territorio de un Estado Parte distinto al de su nacionalidad, sin necesidad de salir del país (Artículos 1 y 2 común a ambos Acuerdos). La regularización implica, en su caso, la concesión a los ciudadanos Mercosur afectados por parte del Estado del correspondiente permiso de residencia temporaria o permanente, siempre "de conformidad con las categorías migratorias previstas en [su legislación interna]" (Artículo 3 común a ambos Acuerdos).

residencia para nacionales de los Estados miembros del Mercosur [114]. Este último, de conformidad con su artículo 14, entró en vigor como vimos casi siete años después de su adopción. En sus considerandos iniciales resalta que el deseo de los Estados Partes del Mercosur de "fortalecer y profundizar el proceso de integración así como los fraternales vínculos existentes entre ellos", teniendo presente que "la implementación de una política de libre circulación de personas en la región es esencial para la consecución de esos objetivos".

El Acuerdo sobre Residencia armoniza los regímenes jurídicos nacionales de los Estados en materia de concesión de la residencia legal a los ciudadanos Mercosur que deseen residir y ejercer una "actividad económica" en su territorio [115]. En particular, el Acuerdo contempla la concesión de un permiso temporal de residencia a los nacionales de cualquier Estado Parte del Mercosur que dirijan su solicitud a la autoridad consular o migratoria competente. El Acuerdo únicamente exige que la solicitud sea acompañada de documentación acreditativa de la identidad y nacionalidad de la persona, de la ausencia de antecedentes policiales, judiciales o penales y, en su caso, de certificación médica [116].

Cumplidos estos requisitos, el Estado de acogida deberá conceder inicialmente un permiso de residencia temporal, de una vigencia de dos años. Dentro de los noventa días anteriores al vencimiento del permiso temporal, su titular puede solicitar la renovación del permiso que – de ser concedido – es un permiso de residencia permanente. Desde el punto de vista de las formalidades a cumplir para la tramitación de la residencia permanente, sólo se añade frente a la documentación exigida para el permiso temporal, la acreditación de "medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del peticionante y su grupo familiar conviviente" [117].

Así pues, pueden beneficiarse además del nacional de un Estado Parte del Mercosur, los miembros de su familia, con independencia de la nacionalidad de los mismos [118]. No obstante, el Acuerdo no ofrece una definición

---

[114] Acuerdo nº 13/02, hecho extensible a los ciudadanos de Bolivia y Chile por medio del Acuerdo nº 14/02.

[115] Artículo 1 Acuerdo sobre Residencia.

[116] Artículo 4 Acuerdo sobre Residencia.

[117] Artículo 5, c) Acuerdo sobre Residencia.

[118] Artículo 9.2 Acuerdo sobre Residencia.

concreta del concepto de familia, por lo que habrá que estar a la solución que en cada caso establezca la legislación de los Estados miembros, y de la interpretación que de la misma hagan los tribunales nacionales.

De conformidad con el artículo 8 del Acuerdo, la obtención del permiso temporal de residencia y, en su caso, del permiso de residencia permanente, otorga a su titular el "derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública".

Del mismo modo, el titular tiene "derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena [119], en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país". De esta manera, el citado artículo 8 del Acuerdo constituye la disposición central del mismo, que vincula entre sí los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas de conformidad con el principio de equivalencia de condiciones con los nacionales del Estado de residencia, estableciendo así el núcleo duro de la libre circulación de personas en el Mercosur.

Este estatuto del titular del permiso de residencia se complementa con el reconocimiento de la igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del Estado de acogida. En particular, el Acuerdo establece el principio de igualdad de trato con los nacionales del país de recepción "en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales" [120] y reconoce el derecho fundamental de los hijos del inmigrante al acceso a la educación en las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida, sin que la posible situación irregular de los padres pueda servir de excusa para limitar el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas [121].

---

[119] En el contexto más específico de las actividades económicas por cuenta ajena, el principio de igualdad de trato entre el trabajador migrante y el trabajador nacional ya se encontraba recogido en la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 10 de enero de 1998.

[120] *Idem*.

[121] Artículo 9.6 Acuerdo sobre Residencia.

3.3. – *Existencia de un déficit conceptual.*

Muy probablemente las deficiencias que el Mercosur ha demostrado y demuestra para alcanzar la libre circulación de personas se deba, en gran parte, a la ausencia de un acuerdo conceptual entre los Estados Partes. En otras palabras, el Mercosur debiera definir –especialmente en el ámbito gubernamental donde se encuentra su comando-, que entiende por libre circulación de personas y, en consecuencia, trabajar luego en el diseño de políticas que lleven a su realización. Hasta el día de hoy solo existen acuerdos conceptuales parciales, pero queda pendiente la construcción de la estructura que los contenga.

Como acabamos de ver, el Mercosur dispone de los instrumentos normativos básicos para avanzar en dirección de una libre circulación de personas. No obstante, estas disposiciones presentan *lagunas* que obstaculizan considerablemente su aplicación coherente y uniforme en los distintos Estados Parte. La ausencia de una definición de familia, por ejemplo, junto a la enunciación del entramado de derechos que, de ésta definición derivan, y están asociados a la libre circulación misma. Asimismo, la carencia de parámetros objetivos para la regulación de los límites a la discrecionalidad de los Estados en la invocación de las excepciones de orden público, seguridad pública y salud pública.

En efecto, tanto el Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios [(122)], como el Acuerdo sobre Residencia de Nacionales de los Estados Parte contemplan la posibilidad de que los Estados limiten, con carácter excepcional, el ejercicio de los derechos de desplazamiento y de residencia inherentes a la libre circulación de servicios y de personas por razón de orden público y de seguridad pública. Entre los dos instrumentos, el más prolijo en la regulación de esta excepción es el Protocolo de Montevideo, que especifica que su invocación sólo se justifica "cuando se plantee una amenaza inminente y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad" [(123)].

Por otro lado, el Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte se limita a mencionar dichas excepciones entre las normas generales sobre los derechos de desplazamiento y de residencia, "sin perjuicio

[(122)] Aprobado por Decisión (CMC) Nr. 13/97.

[(123)] Art. XIII, a) Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios del Mercosur.

de restricciones excepcionales impuestas por razón de orden público y seguridad pública" [124]. En cuanto a la excepción de salud pública, el Acuerdo sobre Residencia se limita a una mención tangencial a la facultad de los Estados de exigir "certificado médico expedido por autoridad médica migratoria u otra sanitaria oficial del país de origen o recepción (…) del que surja la aptitud psicofísica del peticionante", siempre y cuando lo exijan "las normas internas del país de recepción" como requisito para la expedición del permiso de residencia [125].

El silencio que guardan a este respecto las disposiciones mercosureñas relativas a la libre circulación de personas relega una vez más la integración de estas lagunas al ordenamiento jurídico interno de los distintos Estados miembros. Asimismo, como ya se dijo, en ausencia de una instancia jurisdiccional supranacional que garantice una interpretación y aplicación uniforme del derecho mercosureño, la disparidad de criterios jurisdiccionales nacionales en su aplicación pone en entredicho la consecución del objetivo de la libre circulación de personas que se presume inherente al concepto mismo de mercado común.

A lo expuesto debe sumarse que el Mercosur tiene todavía pendiente desterrar en gran parte los fantasmas que, desde aún antes de su creación, han rodeado a la cuestión sobre la libre circulación de personas. La construcción de una visión más realista se convierte en una necesidad para avanzar con la integración regional.

4. — *La cuestión en la Comunidad Andina de Naciones (CAN).*

El Acuerdo de Cartagena (AC) [126], tratado constitutivo de la integración andina – originariamente Pacto Andino –, no contiene referencias directas a la libre circulación de personas. Sin embargo, lo dicho no ha impedido que la hoy CAN – integrada por Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia – haya acumulado un acervo de normas específicas destinadas a regular diversos

[124] Art. 8.1 Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte.

[125] Art. 4.1, f)

[126] Firmado el 26 de mayo de 1969 en Bogotá.

aspectos relativos a la gestión de las migraciones. En este sentido, ha debido utilizarse una *base jurídica genérica* contenida en los artículos 3, 7 y 26 (AC) que regulaban, respectivamente, los mecanismos para alcanzar los objetivos del Acuerdo [127], las competencias de la Comisión Andina [128] y la armonización de las políticas económicas y los planes de desarrollo.

Las primeras normas destinadas a facilitar la libre circulación de personas, en particular, de trabajadores, datan de la primera década de integración andina. Así, en 1973 se creó el Convenio Simón Rodríguez, modificado en 1976. En 1977 la Comisión adoptó conjuntamente la Decisión Nr. 113 y la Decisión Nr. 116, por las que se creaba, respectivamente, el Instrumento Andino de Seguridad Social (IASS) y el Instrumento Andino de Migración Laboral (IAML), modificado, en 2003, mediante la Decisión Nr. 545.

El objetivo principal del Convenio Simón Rodríguez es contribuir al logro de los objetivos de la integración andina mediante la definición y coordinación de las políticas comunitarias referentes al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral, la seguridad y salud en el trabajo, la seguridad social, las migraciones laborales; así como otros temas que puedan determinar los Países Miembros.

Por su parte, el IAML contenía la esencia del principio de libre circulación de personas al establecer que en la integración andina no cabía "discriminación alguna en el empleo de los trabajadores migrantes en razón de sexo, raza, religión o nacionalidad. En consecuencia, tendrán idénticos derechos laborales que los trabajadores del país de inmigración, inclusive los alcanzados en contratos colectivos, y recibirán igualdad de trato en lo relativo al ejercicio de los derechos sindicales, con sujeción a la legislación nacional del país de inmigración" [129].

Mediante la Decisión Nr. 116, se definieron las disposiciones y mecanis-

---

[127] Principalmente, "la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes" (art. 3.a).

[128] En particular, las de "formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de sus objetivos" (art. 7.a) y de "aprobar las normas que sean indispensables para hacer posibles la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros" (art. 7.b).

[129] Cfr. artículo 12.

mos institucionales sobre procedimientos de contratación de trabajadores andinos y la protección de los trabajadores y sus familias.

La siguiente Decisión andina que se destinó a facilitar de manera directa la libre circulación de personas en la CAN llegó casi veinte años más tarde, en 1996. Se trata de la Decisión Nr. 397 de la Comisión, por la que se crea la Tarjeta Andina de Migración (TAM) y cuya base jurídica se encuentra en los artículos 3, 86 y 108.f) del AC. Ninguno de ellos, sin embargo, se refiere a la libre circulación de personas de forma directa, sino que se refieren tanto al logro de los objetivos del AC como a la integración física.

Se trata de una norma de carácter esencialmente técnico y armonizador de los documentos nacionales de control migratorio, a través de la que se crea la TAM como documento con contenido y formato homologados, obligatorio y válido en todos los Estados miembros de la CAN. En otras palabras, puede afirmarse que el control migratorio en los Estados miembros se hace a través de un único documento comunitario [(130)], con la finalidad de "facilitar y simplificar el control del movimiento de personas que ingresan y salen" [(131)] del territorio comunitario andino. Con todo, la TAM "no excluye la presentación del pasaporte, visa u otro documento de viaje previstos en las normas nacionales o comunitarias, así como en los convenios bilaterales vigentes" [(132)], lo que reafirma su carácter de norma instrumental o accesoria, sin incidencia directa en la facilitación de la libre circulación de personas la cual, en todo caso, deberá venir impulsada por esas otras vías nacionales o comunitarias.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), por su parte, adoptaría la ya citada Decisión Nr. 503, de 22 de junio de 2001 [(133)]; la Decisión Nr. 504, de 22 de junio de 2001 [(134)]; la Decisión Nr. 525, de 7 de julio de 2002 [(135)]; y la Decisión Nr. 526, de 7 de julio de 2002 [(136)].

[(130)] Preámbulo de la Decisión 397, párrafo primero.

[(131)] Cfr. Preámbulo de la Decisión 397, párrafos tercero y cuarto.

[(132)] Art. 1, párrafo segundo, de la Decisión 397.

[(133)] Denominada "Reconocimiento de documentos nacionales de identificación".

[(134)] Denominada "Creación del Pasaporte Andino".

[(135)] Denominada "Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino".

[(136)] Denominada "Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros".

En el caso de las tres primeras Decisiones, la base jurídica que se utilizó para la adopción fueron los artículos 3 y 16 del AC.

La Decisión Nr. 503 contempla expresamente la libre circulación de personas en la CAN como un "derecho de los nacionales andinos y de los extranjeros con residencia permanente en cualquier País Miembro, a fin de consolidar la identidad andina" (137).

Esta referencia a la "identidad andina" ha venido cobrando paulatinamente la forma de la ciudadanía comunitaria que ha venido desarrollándose desde entonces, y con especial fuerza en los últimos años. Es la primera vez que una norma andina reconoce la libre circulación de personas como un derecho al interior del territorio comunitario. A su vez, la norma responde a una necesidad de armonización de las normativas nacionales relativas a la identificación de personas, con la finalidad de facilitar la libre circulación de personas (138).

En la práctica, la aplicación de la Decisión Nr. 503 se traduce en el derecho de los nacionales de los Estados miembros para desplazarse por todo el territorio comunitario andino "mediante la sola presentación de uno de los documentos nacionales de identificación, válido y vigente en el país emisor y sin el requisito de la visa consular" (139). Por tanto, a diferencia de la citada Decisión Nr. 397, en esta ocasión la medida sí tiene una incidencia directa en la facilitación de la libre circulación de personas, al tiempo que se dota de contenido específico en esta materia al estatuto de ciudadano comunitario andino. Asimismo, la Decisión Nr. 503 establece que "los turistas nacionales de cualquiera de los Países Miembros gozarán de los mismos derechos que los nacionales del País Miembro en donde se encuentren, sin perjuicio de las disposiciones nacionales relativas a migración, orden interno, seguridad nacional y salud pública" (140).

---

(137) Preámbulo de la Decisión 503, párrafo segundo.

(138) Cfr. Preámbulo de la Decisión 503, párrafo tercero.

(139) Art. 1, párrafo primero. A continuación, se establece una relación de aquellos documentos nacionales de identificación de cada Estado miembro que serán considerados a los efectos de la Decisión.

(140) Art. 2, párrafo primero. A los efectos de esta Decisión, debe entenderse por "turistas a aquellas personas que ingresan al país sin ánimo de residencia y éstos no podrán realizar actividades remuneradas o lucrativas, salvo lo dispuesto en materia de migración temporal en los acuerdos específicos o convenios de integración fronteriza suscritos o que se suscriban entre los Países Miembros" (art. 2, párrafo segundo).

En correspondencia con ello, la validez del documento de identificación en el territorio del Estado al que se ingresa se extiende a "todos los efectos civiles y migratorios, incluyendo trámites judiciales y administrativos" (141).

Asimismo, la norma comunitaria prevé la extensión de la misma validez y de la misma eficacia a los documentos señalados con independencia de que su titular sea o no nacional de un Estado miembro, salvo que las normativas migratorias nacionales pudiesen establecer algún requisito adicional, como pasaporte o visado, a tales nacionales extracomunitarios (142). De este modo, los derechos de ciudadanía comunitaria vinculada a la libre circulación de personas se extiende también a nacionales de terceros países por el hecho de gozar de algún documento de identificación expedido por alguno de los Estados miembros de la CAN.

La implementación de la Decisión Nr. 503 ha venido presentando una serie de dificultades que han generado ciertos desajustes en su aplicación, obstaculizando de esta manera el disfrute de los derechos de ciudadanía comunitaria andina (143). Por otra parte, Ecuador, que recientemente ha modificado su constitución, recoge en ella el derecho a la libre movilidad y la ciudadanía universal (144) como principios orientadores de sus relaciones internacionales.

Una vez adoptadas las citadas Decisiones de carácter técnico u operativo en materia migratoria, el CAMRE pasó a reformular una de las principales

(141) Vid. art. 5. En este sentido, se establece la obligación de reconocimiento de tales documentos por parte de las autoridades del País Miembro receptor.

(142) Vid. art. 8.

(143) Así, por ejemplo, se ha constatado, en particular, que determinados establecimientos comerciales exigían el pasaporte como único documento de identificación válido para ciudadanos andinos en la realización de determinadas operaciones, como transacciones con tarjeta de crédito o la exoneración del Impuesto General de Ventas (IGV) – en Perú, u operaciones bancarias o cambiarias – en Colombia (ver SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA: *Las migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina*, SG/dt 421, Lima, 26 de agosto de 2008, pp. 3 y ss).

(144) Cfr. artículo 416.6 que en su parte citada dice: "Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (…) Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur".

normas que ha permitido dotar de sentido y de contenido material a la libre circulación de personas en la CAN. Se trata de la Decisión Nr. 545, de 25 de junio de 2003, por la que se crea el Instrumento Andino de Migración Laboral (IAML), modificando así la originaria Decisión Nr. 116. El espíritu de esta norma, más allá de facilitar la libre circulación de personas, persigue fomentar el empleo y las migraciones laborales en el contexto de creación del mercado común andino [145]. Se clasifican a los trabajadores migrantes en cuatro categorías, que son la de trabajador con desplazamiento habitual, trabajador de empresa, trabajador de temporada y trabajador fronterizo [146]. Entre otros derechos, se garantiza a estas categorías de trabajadores la igualdad de trato y de oportunidades, la sindicalización y negociación colectiva, la libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo, las medidas apropiadas para proteger a su familia, el acceso a los sistemas de seguridad social, el pago de prestaciones sociales y el libre acceso a instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos [147].

Ahora bien, hasta la fecha, el IAML no ha podido ser aplicado adecuadamente debido a que la Secretaría General de la CAN no ha podido todavía adoptar el correspondiente Reglamento que prevé la Decisión para su desarrollo, y que exige la opinión previa del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y del CAAM, en consulta con el CAMRE [148]. Lo dicho no ha impedido que existan países que hayan avanzado individualmente en la plena eficacia de la Decisión Nr. 545 [149].

---

[145] Cfr. Preámbulo, párrafo primero.

[146] Artículo 4.

[147] Ver artículo 9 y ss.

[148] Disposición Transitoria Segunda.

[149] Es el caso del Perú gracias a la creación del Registro del Trabajador Migrante Andino (RETMA), "que permite otorgar la calidad migratoria de residente trabajador a un Migrante Andino" (Secretaría General de la Comunidad Andina: *Las migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina*, ya citado, pág. 6). A su vez, la experiencia peruana, junto con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones y la Organización Internacional del Trabajo, ha venido sirviendo de modelo para que Ecuador avance también en la aplicación de la Decisión. De igual modo, Colombia ha reconocido que también está siguiendo el ejemplo peruano en su proceso de implementación de la norma comunitaria, destacando, en particular, la eliminación en su Código Sustantivo del Trabajo de la distinción entre trabajador extranjero y nacional (supresión de los artículos 74 y 75).

En directa relación con el IAML, el CAMRE adoptó el 7 de mayo de 2004 la Decisión Nr. 583 por la que se modificaba el IASS contenido en la citada Decisión 113. Mediante la nueva Decisión, se garantiza a los trabajadores migrantes y a sus beneficiarios la misma protección social de la que gozan en su país de origen [150]. De igual modo, se establece que los migrantes laborales tienen derecho a percibir prestaciones de seguridad social y conservar la totalidad de los períodos de seguro [151]. El principio básico que sustenta la Decisión Nr. 583 es el reconocimiento para todos los migrantes laborales andinos y sus beneficiarios, en cualquiera de los países miembros de los mismos derechos y obligaciones en materia de seguridad social que a los nacionales de esos países. De este modo, se sientan las bases para la creación de un régimen único de seguridad social en todo el territorio comunitario andino del que se pueden beneficiar los trabajadores migrantes y sus familiares.

Sin embargo, al igual que sucede en el caso del IAML, el IASS tampoco cuenta todavía con el Reglamento de la SG que permite dar aplicación a las disposiciones de la Decisión Nr. 583 [152]. Aún así, la Corte Constitucional de Colombia ha llegado a ordenar el traslado de pensiones en el marco de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos en la materia [153].

5. — *Consideraciones finales.*

La Unión Europea es el único proceso de integración regional, al menos hasta hoy, donde la dinámica de la integración económica ha sido paralela o, si se quiere, obsecuente, con la dinámica de la integración humana instrumentalizada esta última a través de la libre circulación de personas. Se ha concebido así, en una *síntesis conceptual* expresada tanto en un mercado

[150] Cfr. artículo 1.

[151] Cfr. artículo 8.

[152] Ver Disposición Transitoria. Los principales obstáculos para alcanzar el consenso necesario provienen de aspectos como los mecanismos para la transferencia de los montos cotizados por los trabajadores entre los diversos países de la región.

[153] Secretaría General de la Comunidad Andina: *Informe de la Reunión Subregional Andina sobre migraciones, derechos humanos y normativa comunitaria en el proceso de integración*, SG/RE.MDHNC/INFORME, Lima, 24 de enero de 2011, p. 3.

común libre de barreras económicas – arancelarias, paraarancelarias, etc. – como un espacio social común libre de controles fronterizos. Dicha síntesis, sin olvidar todos los conflictos intra-bloque que genera, representa un avance de proporciones. Más aun si lo comparamos con la timidez que la integración se expresa hoy en el Mercosur, o bien la negación expresa que de la libre circulación de personas hacen otros procesos de integración como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA según sus siglas en inglés) donde está fue excluida desde el comienzo de las negociaciones beneficiándose exclusivamente la dinámica económica.

La Unión Europea, y esta es una primera conclusión, ha logrado superar entonces el enfoque económico que se le da a la circulación de personas anclando su fundamento, ya no en una libertad básica del mercado común, sino en el estatuto de ciudadanía de la Unión.

El diseño institucional de los procesos de integración regional demuestra no ser ajeno a su éxito o fracaso, si observamos en el tiempo a las distintas experiencias integracionistas. La atribución de competencias a organismos supranacionales – lo cual permite su ejercicio común –, ha demostrado ser determinante para que la libre circulación de personas se consolide en la Unión Europea, por ejemplo, con la constitución del espacio Schengen. En procesos de integración como el Mercosur donde el diseño intergubernamental es absoluto, una alternativa al empantanamiento actual en la materia que estudiamos –conscientes del cambio sustancial que ello implica-, podría pasar por indagar en torno a la implementación de alguna forma de supranacionalidad. En este sentido no debe olvidarse el carácter imperioso de contar con una instancia jurisdiccional de carácter supranacional que permita interpretar y garantizar el contenido y alcance de la libre circulación de personas.

Por último, no debemos caer en un análisis ingenuo e ignorar los intereses económicos y no económicos que la libertad que estudiamos afecta. Sin duda superar este obstáculo es una empresa ardua y algunos procesos de integración regional lo logran con más éxito que otros. En cualquier caso, cualquier lectura de la integración regional no debe hacernos olvidar que, en el centro de la escena, se encuentra solo y solo el ser humano. Como enseña la actual crisis europea, se debe proteger a las personas de los excesos del mercado y no al mercado olvidándonos de las personas.

Secunda parte

DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN REGIONAL

Víctor M. Martínez Bullé Goyri(*)

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Sumario: 1. Introducción. — 2. La democracia en América Latina. — 3. El desarrollo constitucional de los derechos humanos. — 4. El obstáculo de las condiciones sociales.

1. — *Introducción.*

Es una realidad indiscutible hoy día el íntimo vínculo que existe entre la democracia y los derechos humanos. El Estado moderno es inconcebible en su funcionamiento sin un régimen democrático constitucionalmente establecido que consagre y desarrolle un catálogo de derechos humanos. Esto es, que no puede haber democracia sin vigencia efectiva de los derechos humanos, ni vigencia de éstos sin vida democrática en la sociedad (1). Se trata evidentemente de la concepción del Estado liberal democrático, Estado moderno que, como estableció Fukuyama, se ha convertido en la ideología triunfante y casi única de la actualidad (2).

No es casual la estrecha relación entre ambos temas que constituyen un presupuesto de los estados contemporáneos, pues se trata de una relación de mutua causalidad, de interdependencia (3). En primer lugar porque la demo-

(*) Universidad Nacional Autónoma de México.

(1) Así, por ejemplo, en R. Cerdas, Democracia y derechos humanos, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, Serie Estudios de Derechos Humanos, tomo I, p. 267, y M. Bovero, Democracia y derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Entre el realismo y la utopía, en Córdova Vianello, Lorenzo (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, 2006, pp. 34-35.

(2) *Vid*, F. Fukuyama, *El fin de la historia*, pude verse en www.cepchile.cl/dms/archivo_1052_1200/rev37_fukuyama.pdf, pp. 6-7.

(3) *Cfr.*, L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*; trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 1999; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid,

cracia en sí misma implica necesariamente el respeto, promoción y desarrollo de los derechos políticos de los individuos. Esto es, no puede calificarse como democrático un régimen simplemente porque sus gobernantes sean elegidos periódicamente, sino que tienen que cumplirse un conjunto de condiciones que garanticen la eficacia de esos procesos como medio de ejercicio de derechos políticos, además de que el régimen resultante debe operar en un marco de respeto a los valores y presupuestos de la democracia [4].

El dato de la existencia de procesos electorales por sí mismo no es suficiente para que podamos hablar de existencia de un régimen democrático; por eso quienes se dedican al derecho electoral, tanto en su parte normativa como en la operación cotidiana de las instituciones electorales, tienen como preocupación permanente lograr que los sistemas y los procesos electorales funcionen realmente como un medio de ejercicio de de los derechos políticos; pues tenemos innumerables ejemplos de regímenes y gobiernos en los que no obstante la realización de procesos electorales universales y periódicos, e incluso en países con una larga tradición democrática, difícilmente puede hablarse de vigencia de la democracia y respeto a los derechos políticos de los ciudadanos [5].

Centro de Estudios Constitucionales, 1997; R. DAHL, *La democracia*, Buenos Aires, 1999.

[4] Un ejemplo de esta situación son los procesos electorales realizados más o menos recientemente en países como Venezuela o Ecuador, donde siendo verdad la realización de elecciones, es muy dudoso que los procesos electorales hayan cumplido con los requerimientos necesarios para garantizar su calidad y eficacia como medio de expresión de la voluntad mayoritaria, y menos aún puede entenderse que los gobiernos resultantes (en estos casos reelectos) tengan una forma de actuación que pueda calificarse como democrática, pues no hay trasparencia, se acota la libertad de prensa y el ejecutivo tiene una gran influencia si no es que control total de los poderes legislativo y judicial, además de que no existe propiamente la rendición de cuentas. Algo similar se vivió en México durante una buena parte de los gobiernos priístas, en los que si bien se incluían en el modelo instituciones y elementos normativos democráticos, en la mayoría de los casos no eran más que simulaciones que buscaban legitimar al gobierno. *Vid.*, *Llamazares Valduvieco, Iván, "Modelos y teorías sobre la democracia", en* http://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/5.1.modelos.pdf*, p.1.*

[5] Disfunciones de los sistemas los encontramos incluso en países con tanta tradición democrática como los Estados Unidos, donde en varias ocasiones ha quedado acreditado que el presidente electo no fue el votado mayoritariamente por los ciudadanos. Es claro que la explicación está en el sistema electoral que permite se den ese tipo de resultados, que si bien son acordes con la legalidad no por eso dejan de constituir un una disfunción en el funcionamiento democrático. Pero más grave todavía es la manipulación electoral mediá-

Por otra parte, si la democracia presupone la vigencia de los derechos políticos, y es claro que los derechos humanos constituyen en su conjunto una unidad indivisible, no es posible hablar de vigencia derechos políticos sin la presencia también del conjunto de los demás derechos. Así, sin vigencia de derechos humanos no hay posibilidad de existencia de un régimen democrático, pues la democracia es un modelo de organización político social y no sólo el resultado del funcionamiento de un proceso electoral, por más confiable y eficiente que éste pueda ser.

Situación similar sucede con los derechos humanos, pues fueron concebidos para operar en el marco del modelo democrático de organización sociopolítica de las sociedades, en el Estado moderno. La democracia es presupuesto indispensable para la existencia, respeto y promoción de las libertades en general y marcadamente en el caso de las que tienen que ver directamente con el desarrollo de la democracia, como las libertades de pensamiento, de conciencia, de expresión, de imprenta, de asociación, de manifestación, etcétera, pero lo mismo sucede con la posibilidad de existencia y vigencia de los demás derechos.

Sin democracia no hay ni el espacio ni las condiciones para la realización de los derechos humanos. Es inimaginable un régimen autoritario que más allá de la simulación y el discurso efectivamente promueva y respete las libertades y la igualdad de los ciudadanos; y no hay que ir muy lejos para encontrar múltiples ejemplos, y ya no en el pasado sino lamentablemente actuales e incluso en países considerados como modelos del Estado constitucional democrático, en los que las crisis políticas – cualquiera que sea su origen – se traducen casi de forma inmediata en empobrecimiento y debilitamiento del sistema e instituciones democráticas y restricciones inaceptables a los derechos fundamentales [6].

---

tica que cada vez es más evidente y que convierte los procesos electorales en un ejercicio de marketing, que muy poco tiene que ver con los valores propios de la democracia; y a esto hay que agregar la opacidad de los gobiernos que actúan permanente a espaldas de la sociedad, incluso afectando derechos fundamentales sin estar sujetos a ningún tipo de control, como hemos observado en los últimos tiempos con la generalizada intervención de comunicaciones privadas bajo el argumento de su necesidad como medio para garantizar la seguridad interna.

[6] Es claro como la todavía actual crisis económica y financiera global se ha convertido en una crisis política y lastimado el funcionamiento de los sistemas democráticos, incluso en países con democracias consolidadas como es el caso de Europa, provocando además

En este trabajo nos interesa analizar la existencia de este binomio: democracia y derechos humanos, como uno de los factores que no sólo propician y facilitan la integración regional entre países, sino bajo la premisa de que sin su presencia en niveles similares en la región, la posibilidad real de integración de los países resulta francamente inexistente e inviable, y que los esfuerzos que puedan realizarse en esa línea sin contar con esos factores están condenados al fracaso o a quedarse en meras asociaciones puntuales o coyunturales en algunos temas de carácter político o en materia económica y comercial, pero sin una verdadera vocación de integración entre países.

Es importante señalar que en el marco de la globalización la integración regional es un fenómeno complejo y multidimensional, que incluye o implica aspectos de lo más diverso que van desde las cuestiones fronterizas y arancelarias, el intercambio comercial y de servicios y productos financieros, el flujo de capitales y personas hasta cuestiones de políticas internas y soberanía de los estados. Así podemos identificar, según las temáticas y niveles de interacción que se dan entre los países, distintos tipos de integración regional que van desde la aduanera y arancelaria, la comercial, la económica y financiera [7] (que puede llegar a hasta la instauración de una moneda única,

---

un notorio debilitamiento del Estado de bienestar e incluso restricciones a derechos fundamentales y a las libertades. Lo mismo ha sucedido cuando la crisis política ha tenido su origen en crisis de seguridad, en la que se afectan gravemente los derechos y libertades y el impacto en el funcionamiento del sistema democrático es evidente.

[7] Algunos autores desarrollan la integración económica en distintos niveles: "La integración económica entre dos o más países admite cuatro etapas (Balassa, 1961). La primera es la *zona de libre comercio,* un ámbito territorial en el cual no existen aduanas nacionales; esto significa que los productos de cualquier país miembro pueden entrar a otros sin pagar aranceles, como si fueran vendidos en cualquier lugar del país de origen. La segunda etapa es la *unión aduanera* que establece un arancel que pagarán por los productos provenientes de terceros países; ello implica que los Estados miembros forman una sola entidad en el ámbito del comercio internacional. La tercera etapa es el *mercado común*, unión aduanera a la que se agrega la libre movilidad de los factores productivos (capital y trabajo) a la existente movilidad de bienes y (eventualmente) servicios; tal avance requiere la adopción de una política comercial común y suele acarrear la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de las legislaciones nacionales. Finalmente, la *unión económica* consiste en la adopción de una moneda y política monetaria únicas. A medida que el proceso avanza, la integración económica derrama sus efectos sobre la arena política. En particular, la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones

como en el caso de Europa y a la plena integración de las economías), de seguridad regional, y con los mayores alcances la integración política y social.

Es evidente que son muchos los factores que inciden y permiten la integración regional, hay quienes consideran que el factor que impulsa la integración con más fuerza es el económico, y ponen como ejemplo a Europa, que inició precisamente como una comunidad económica para constituir luego un área de libre intercambio de bienes y servicios, para culminar en una verdadera unión de carácter político, social y cultural. Aunque en estos momentos esté pasando por una verdadera crisis, que si bien tuvo un origen financiera ya se ha trasladado a todos los ámbitos introduciendo elementos de desestabilización en las instituciones europeas, poniendo en entredicho incluso el proceso de expansión de la Unión Europea [8].

Precisamente el ejemplo de la Unión Europea nos muestra con claridad que la integración económica estaba montada sobre una previa historia compartida y una cierta similitud en desarrollo político, jurídico e institucional, además de aspiraciones e ideales comunes y niveles de vida democrática y respeto a los derechos humanos similares. Los que de hecho constituyen un requerimientos para el ingreso de nuevos miembros.

En América del Norte tenemos un ejemplo que claramente nos muestra como el intercambio económico y financiero entre países, por sí mismo, no conduce a un proceso de integración más allá de lo meramente económico. Nos referimos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México. Se trata de un instrumento que ha funcionado estupendamente y producido grandes beneficios económicos para los tres países; sin embargo no ha tenido ningún impacto en una integración política, social y cultural; incluso en ocasiones parece haber aumentado las distancias entre los países y sus ciudadanos [9].

---

que exceden el ámbito técnico o económico." A. MALAMUD, *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*, en *Norteamérica*, Año 6, número 2, julio-diciembre de 2011, pp. 220-221.

[8] Un claro ejemplo de esto es lo que está sucediendo con Turquía, eterno candidato a incorporarse a la Unión Europea y que ahora ve alejarse la posibilidad ante los problemas políticos y de afectación a derechos humanos recientes, que tuvieron como origen la insatisfacción de la población con la situación económica y que rápidamente se convirtió en descontento con el gobierno, que ha reaccionado con acciones de represión incluso violentas.

[9] Un claro ejemplo de cómo la intensa integración económica que ha provocado el

En ese contexto resulta muy difícil la construcción de un concepto que sea omnicomprensivo del fenómeno de la integración, pues finalmente cada autor hace alusión a la materia o aspectos que para él resultan más importantes, así, por ejemplo, Mónica Sofía Rodríguez la define de la siguiente manera: "La integración regional constituye un esfuerzo o movimiento convergente realizado por parte de los Estados, tendente a la obtención de objetivos comunes, mediante la armonización o unificación no sólo de políticas económicas y financieras, de regímenes monetarios, sino también de políticas socio-culturales y legislativas." (10)

La misma autora reconoce que otros especialistas consideran que las uniones o procesos de integración regional de carácter comercial son un fin en sí mismo y no tienen vocación para ir más allá y provocar integración en otros ámbitos (11).

Andrés Malamud describe, desde su perspectiva, como la integración económica suele darse por etapas que pueden terminar impactando también aspectos políticos y sociales: "La integración económica entre dos o más países admite cuatro etapas. La primera es la *zona de libre comercio,* un ámbito territorial en el cual no existen aduanas nacionales; esto significa que los productos de cualquier país miembro pueden entrar a otros sin pagar aranceles, como si fueran vendidos en cualquier lugar del país de origen. La segunda etapa es la *unión aduanera* que establece un arancel que pagarán por los productos provenientes de terceros países; ello implica que los Estados miembros forman una sola entidad en el ámbito del comercio internacional. La tercera etapa es el *mercado común*, unión aduanera a la que se agrega la libre movilidad de los factores productivos (capital y trabajo) a la existente movilidad de bienes y (eventualmente) servicios; tal avance requiere la adopción de una política comercial común y suele acarrear la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de las legislaciones nacionales. Final-

---

TLCAN no se ha traducido en integración política o social es la forma en que se han endurecido los trámites para que los mexicanos puedan ingresar a esos países, incluso en el caso de Canadá, dónde nunca se había requerido visa para ingresar, hace unos cuantos años comenzó a requerirse ese trámite.

(10) M. S. Rodríguez, *Armonización legislativa en materia de salvateje de empresas en el Mercosur ¿Una quimera o una necesidad?* (tesis doctoral), Buenos Aires, 2007, p. 27.

(11) *Vid, idem*, pp. 29-30.

mente, la *unión económica* consiste en la adopción de una moneda y política monetaria únicas. A medida que el proceso avanza, la integración económica derrama sus efectos sobre la arena política. En particular, la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico" [(12)].

En todos los casos la integración implica la constitución de una nueva entidad producto de la suma de los elementos, en este caso países, unidos por una o varias finalidades concretas y con la creación de instancias de organización, gobierno y administración de la entidad que surge del proceso. Es así que a lo largo del mundo podemos encontrar innumerables organismos ya sea destinados a la promoción de la integración de las distintas regiones o producto de los esfuerzos de integración existentes.

Evidentemente la creación de entidades supranacionales significa para los estados la pérdida de competencias y la reducción de su soberanía en los aspectos involucrados en la integración, lo que puede ser considerado como una de sus desventajas.

Producto de esa pérdida de competencias y reducción de soberanía es que los estados se vuelven menos flexibles para adaptarse a los cambios de circunstancias, tornándose en ocasiones demasiado lentos para adoptar decisiones necesarias para hacer frente a problemas coyunturales, pues se requiere que las decisiones se procesen en las instancias supranacionales, donde la confluencia de intereses y perspectivas hace muy difícil la adopción de determinaciones y todavía más la gestión de su implementación [(13)].

[(12)] A. Malamud, *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*, en *Norteamérica*, cit., pp. 220-221.

[(13)] Un claro ejemplo de la pérdida de capacidades de los estados para hacer frente a situaciones de crisis es lo que se está viviendo en la Unión Europea a raíz de la crisis financiera global, pues en los hechos los países en los que debido a sus condiciones internas los efectos de la crisis han sido mayores y por tanto requerían de medidas más urgentes, en ocasiones no pudieron adoptarlas simplemente porque la unión económica y monetaria les quitó esas facultades, como por ejemplo devaluar su moneda o manejar los tipos de interés. Por otra parte, las medidas que se adoptaron, dada la lentitud con la que se implementaron por los mecanismos propios de adopción de decisiones de los órganos supranacionales, en no pocas ocasiones contribuyeron a agravar la situación, además de que las medidas en sí mismas tenían que satisfacer y servir también para los intereses y necesidades de los demás países, lo que las

Frente a esas desventajas está lo positivo, que es la creación de espacios y mercados de mayores dimensiones que propician el crecimiento económico y el aumento de bienestar en la población, además de que contribuyen de manera significativa a mejorar la competitividad a nivel global. Así, países que individualmente no podrían ser competitivos lo son al formar parte de uniones económicas y comerciales.

En ese contexto, puede afirmarse que en la mayoría de los países hay una percepción en el sentido de la bondad y conveniencia de formar parte de procesos de integración a nivel regional, no desde una perspectiva histórica de unión entre pueblos con historia común como plantea el sueño bolivariano, sino desde la perspectiva de la globalización, entendiendo que ningún país – por rico o poderoso que sea – puede sobrevivir y alcanzar prosperidad en la soledad y el aislamiento. Así la integración regional se ve hoy como una necesidad ineludible para que los países crezcan y su desarrollo efectivamente se transforme en mejoría de condiciones para la población.

Como ya comentamos la integración regional es un proceso muy complejo en el que inciden múltiples factores, sin embargo nosotros partiremos de la premisa de que para la existencia de procesos de integración regional, más allá de lo estrictamente económico, son necesarios niveles similares de desarrollo democrático y de respeto a los derechos humanos en los países involucrado [(14)].

2. — *La democracia en América Latina.*

Nos vamos a referir en este ensayo fundamentalmente a América Latina, ya que además de ser nuestro ámbito geográfico la integración entre los

---

volvió menos eficaces. Todo esto ha provocado una verdadera crisis institucional en la Unión Europea que habrá de ser abordada y atendida una vez que se logre superar la crisis actual, pues hoy son evidentes aspectos disfuncionales de la Unión que deben ser atendidos.

[(14)] Precisamente el ejemplo de la Unión Europea nos muestra con claridad que la integración económica estaba montada sobre una previa historia compartida y una cierta similitud en desarrollo político, jurídico e institucional, además de aspiraciones e ideales comunes y niveles de vida democrática y respeto a los derechos humanos similares. Los que de hecho constituyen un requerimiento para el ingreso de nuevos miembros.

países del área es un largo sueño incumplido, no obstante las similitudes en niveles de desarrollo e historia común.

Tal vez en ningún otro lugar la expresión de la relación de interdependencia entre democracia y derechos humanos sea tan clara como en el desarrollo reciente de América Latina, pues en los últimos años hemos presenciado el crecimiento, desarrollo y consolidación de ambos en forma generalizada en la región; aunque en cada país se observen distintas dinámicas y formas de expresión, de acuerdo con el propio contexto.

En materia democrática, a principios de los años ochenta América Latina se encontraba en situación gravemente deficitaria ante la presencia aún de varios regímenes totalitarios, la transición de los regímenes militares a gobiernos civiles, procesos electorales amañados y carentes de credibilidad, ausencia de sistemas de partidos políticos realmente competitivos y sólidos, división de poderes sin vigencia real por la concentración de funciones y poder en los ejecutivos, además de la subsistencia de movimientos armados y guerrilleros en varios países [15].

Latinoamérica estaba marcada, en general, por la ausencia de democracia, pues aún en los países que mantuvieron la celebración de procesos electorales periódicos, como Colombia, Ecuador y México, se trataba de procesos que carecían de legitimidad y operaban como simples mecanismos de simulación para sostener en el poder a sus detentadores.

Esta situación, evidentemente tuvo un impacto negativo en lo que a la vigencia de los derechos humanos se refiere, pues si bien las distintas constituciones de los países de la región contenían más o menos amplios catálogos de derechos, su vigencia era fundamentalmente formal, en gran medida por la inexistencia o pobre eficacia de las instituciones y mecanismos para su tutela.

En este contexto, no puede dejar de sorprender que apenas treinta años después, hoy día la inmensa mayoría de los países en la región viven en regímenes que pueden calificarse en términos generales como democráticos al menos electoralmente hablando; con lo que puede afirmarse que la tran-

[15] Situación que ha sido señalada por diversos autores reconocidos como acuciosos observadores políticos, como, por ejemplo, A. TOURAINE, *América Latina; política y sociedad*, trad. de Amuro Armiño, Madrid, 1989.

sición democrática, en el sentido descrito por Giovanni Sartori [16], como un proceso dinámico que tiende a un ideal, va resultando exitoso en América Latina; aunque aún subsistan graves problemas políticos de autoritarismos, populismos y fundamentalmente problemas de carácter económico y de falta de desarrollo, lo que marca con el estigma de la desigualdad a toda la región [17].

En estos pocos años se logró terminar, aunque por distintas vías, con los regímenes militares en los países del Cono Sur: Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay. En los dos últimos casos dando fin a las largas dictaduras de Augusto Pinochet (1973-1990) y Alfredo Stroessner (1954-1989), y con crueles y difíciles procesos en Argentina y Chile, donde la democracia permitió destapar los crímenes contra la humanidad y los graves atentados a los derechos humanos cometidos durante la dictadura en el caso chileno y los gobiernos militares en el argentino [18], con heridas en la sociedad que en gran medida se mantienen abiertas dado que no fueron procesadas en muchos casos en la justicia, sino mediante leyes de punto final, que con el tiempo han vuelto a generar tensión para la vida democrática, por lo que en los últimos años con sus democracias más consolidadas se han visto obligados a abrir procesos y profundizar en investigaciones, con la finalidad de poder cerrar definitivamente esos tristes capítulos de su historia reciente.

En la región andina, se terminó también con los golpes y gobiernos militares en países como Bolivia y Perú, pero en su desarrollo la región en general ha estado marcada por la inestabilidad producida por los gobiernos populistas, aunque de origen democrático, y la marcada desigualdad y pobreza; además del caso especial de Colombia afectada por la guerrilla, el terrorismo

---

[16] G. Sartori, *Democracia*, *Revista de Ciencia Política*, núms. 1-2, 1991, p. 119.

[17] *Cfr.*, D. Nohlen, T. Bernhard, *La transición en América Latina: enfoques, conceptos*, tesis, en *Boletín Electoral Latinoamericano*, núm. XII, julio-diciembre 1994, pp. 101-146.

[18] *Vid.*, H. Trinidade, *Partidos políticos y la transición democrática: el populismo y el antipopulismo en la política de Brasil*; E. R. Catterberg, *El sistema de partidos políticos y la transición hacia la democracia en Argentina*; J. De Sierra, *Sistemas y partidos políticos en el Uruguay de la crisis*, todos en L. Meyer, y J. L. Reyna, coords., *Los sistemas políticos en América Latina*, México, 1992; F. García Cortázar, y J. M. L. Espinoza, *Historia del mundo actual 1945-1995*, Madrid, 1996; J. L. Romero, *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*, México, 1998.

y el narcotráfico, como fenómenos mezclados [19].

Particularmente dramática fue la transición democrática en Centroamérica, donde, con la excepción de Costa Rica y Panamá, todos los países han vivido violentos movimientos armados, guerrillas y guerras civiles, que además de impedir el desarrollo de las instituciones democráticas generaron un medio propicio para la inseguridad y la presencia de graves violaciones a los derechos humanos, situaciones que sólo lograron superarse gracias a los procesos de diálogo y a los acuerdos de paz firmados entre los gobiernos y las fuerzas rebeldes, con el apoyo de la comunidad internacional.

En el caso de México, la transición democrática fue a paso lento, en el marco de las instituciones, sin acciones violentas, por medio de diversas reformas constitucionales y legales, así como con el desarrollo de instituciones electorales, que llevaron finalmente a la confiabilidad de los resultados de los procesos electorales y al fin de la larga etapa de gobiernos priístas, con la presencia de la alternancia en el año 2000 [20], que llevó al poder al partido tradicionalmente ubicado en la derecha del espectro político que gobernó durante doce años dando pasó al regreso del PRI en las elecciones de 2012.

Resultado de esa transición democrática en Latinoamérica, es que hoy día el derecho al voto tiene un reconocimiento universal, sin restricciones, en toda la región; los padrones electorales tienen una cobertura promedio del noventa por ciento de los posibles votantes, y el índice de participación en los procesos electorales en la década de los noventa fue de 62.7% y en términos se ha mantenido en los procesos posteriores. Lo que nos coloca al nivel que tienen en forma global los países europeos, y muy por encima de países como los Estados Unidos que, no obstante su supuesto desarrollo democrático, en la misma década registró una participación de apenas 43% [21].

En lo que a procesos electorales se refiere, por ejemplo, entre los años 1990 y 2002 se desarrollaron en América Latina setenta procesos electorales [22], la mayoría de ellos sujetos a la observación de grupos y organismos

---

[19] *Vid.*, M. Kaplan, *El Estado latinoamericano*, México, 1996.

[20] Cfr., R. Becerra, *et.al.*, *La mecánica del cambio político en México*, México, 2000.

[21] *Cfr.*, D. Caputo, coord., *La democracia en América Latina*, Perú, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004.

[22] Al día de hoy podemos hablar de alrededor de 120 procesos electorales de carácter nacional.

especializados internacionales, de los cuales sólo en trece casos se presentaron problemas por conflictos poselectorales, los que se resolvieron en el marco de las instituciones y bajo la legislación establecida para tal fin. Únicamente en dos casos se presentaron conflictos y anomalías de tal gravedad que se puso en duda la legitimidad de todo el proceso electoral [23]. En este contexto, es más que notorio el avance en la cultura democrática de respeto a la voluntad popular expresada en el voto, constituyendo hoy los procesos electorales el único medio legítimo por el que se puede acceder a los altos cargos públicos en la región, lo que no sucedía hace unos cuantos años [24].

Sin duda, uno de los obstáculos para el desarrollo democrático en América Latina lo constituía la debilidad del principio de separación de poderes y el notorio desequilibrio entre éstos, por la concentración de funciones y facultades que se daba en los poderes ejecutivos de la región, en una forma de perversión del sistema presidencial, identificada como presidencialismo; que en algunos países, como el caso de México, alcanzó tales niveles que en la práctica los otros poderes quedaban en los hechos subordinados al Ejecutivo [25].

El paulatino desarrollo democrático en la región significó también, necesariamente, el acotamiento del Ejecutivo, la mengua de sus facultades y, en consecuencia, el fortalecimiento del equilibrio entre los poderes [26]. Por eso preocupan tanto los nuevos casos de autoritarismos y concentración del poder en el Ejecutivo que se están dando en los regímenes de corte populista; el gobierno de Chávez en Venezuela a la cabeza; pues significan echar por tierra dos décadas de desarrollo democrático de la región.

---

[23] Nos referimos a los procesos electorales realizados en República Dominicana en 1994 y Perú en el año 2000.

[24] *Idem.*

[25] Situación que lamentablemente se está volviendo a presentar en algunos países de la región donde se están consolidando gobiernos con marcados acentos populistas que aprovechan la marcada desigualdad las deficiencias del desarrollo institucional para generar sistemas clientelares, anular a la oposición y paulatinamente controlar a los otros poderes mediante la cooptación de sus miembros y la realización de reformas constitucionales que les amplían poderes y permiten la reelección de los líderes. El caso más notorio es evidentemente Venezuela, pero el modelo se ha extendido a Bolivia, Ecuador y Nicaragua, e incluso aunque con algunas variantes y si se quiere con una mayor fuerza de las instituciones a Argentina.

[26] D. Valadés, *El presidencialismo latinoamericano*, en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, núm. 2, 1986.

En síntesis, aunque en los últimos tiempos se están dando importantes retrocesos en el desarrollo de la vida democrática en la región, lo que no debe ocultarse sino por el contrario atenderse, es una realidad que la democracia procedimental está funcionando todavía. Ningún gobierno se atreve a hacer de lado los procesos electorales.

3. — *El desarrollo constitucional de los derechos humanos.*

La puesta en marcha y consolidación de los procesos democráticos en Latinoamérica se expresó, de manera natural y necesaria, en un amplio movimiento constitucionalista en la región [27]. Las sociedades se encontraron con la necesidad de dar forma jurídica a su transformación política, así como al requerimiento de evitar la reversión de los procesos democráticos, con la vuelta de los regímenes autoritarios y los gobiernos militares. El nuevo orden constitucional se constituyó así en una garantía de la democracia, además de medio fundamental para el impulso de la cultura democrática.

La elaboración de las nuevas constituciones, o la realización de reformas trascendentes a los textos existentes, fue un común denominador en los países latinoamericanos en las últimas dos décadas del siglo pasado; pues el autoritarismo de los regímenes anteriores había impedido la modernización del sistema jurídico y político en los países, con lo que los textos constitucionales se habían quedado en la mayoría de los casos sin vigencia real, y sin corresponder a la realidad política y social de la región. Así se fue dando la renovación de los textos constitucionales: Chile en 1980, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987, Brasil en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina y República Dominicana en 1994, Bolivia en 1995, Uruguay en 1996, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y, finalmente, Costa Rica en 2001.

La reforma constitucional fue el medio no sólo para dar forma a la transición democrática, sino también para expresar la necesidad y concretar los nuevos mecanismos de control del poder, así como la aspiración social de

---

[27] *Cfr.*, M. L. Pinzón, *Constituciones latinoamericanas; aportes y perspectivas*, en *www.americas-net/Commentators/Martha_Pinzon/pinzon_94_spa.pdf*, p. 1.

contar con catálogos de derechos humanos más completos y desarrollados, especialmente enriquecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como en el desarrollo de mecanismos para su tutela y promoción que impulsaran su vigencia e impidieran las violaciones reiteradas y masivas que se habían dado en el pasado reciente.

En efecto, la renovación de los textos constitucionales permitió renovar la regulación de los derechos humanos contenidos en ellas, que en su mayoría mantenían textos decimonónicos, centrados más en la consagración de los derechos civiles y políticos, pero con una muy pobre incorporación y desarrollo de los derechos sociales y colectivos, y que hoy día en la mayoría de los textos constitucionales son regulados ampliamente, incluso en algunos textos se dedica un capítulo especial al desarrollo de esos derechos, como es el caso de las constituciones de Colombia, Ecuador, Salvador y Venezuela. Además, en general en todos los países los derechos sociales son concebidos ya no en el campo asistencial, sino como una obligación del Estado, con el mismo nivel de exigibilidad que los derechos civiles y políticos.

Especial mención merece el desarrollo en las constituciones latinoamericanas de los derechos de los pueblos indígenas, ya que no obstante el alto porcentaje de población indígena en la región, así como la riqueza cultural que esos pueblos representan, los textos constitucionales ni siquiera reconocían su existencia como tales.

Hoy día en la mayoría de los países de la región hay un amplio reconocimiento de los derechos de estos pueblos tanto a nivel constitucional como en leyes que los desarrollan, incluyendo, entre otros, sus derechos a su autonomía y libre determinación; a la elección de sus autoridades; a la definición y conservación de sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, a la conservación de sus sistemas jurídicos tradicionales de usos y costumbres y a su aplicación en la solución de sus controversias; a la conservación, uso y enriquecimiento de sus lenguas autóctonas; al acceso a educación bilingüe; al acceso a la justicia con asistencia de intérpretes en su propia lengua y al acceso preferente a los recursos naturales de su entorno.

Con la reforma de las constituciones se hizo necesaria la reforma también de la justicia constitucional, con la finalidad de brindar una adecuada protección y garantía a los nuevos textos; además de que era necesaria la modernización de los mecanismos de control constitucional.

En las últimas dos décadas se han creado nuevos órganos jurisdiccionales especializados en la defensa del orden constitucional. En los casos de Guatemala, Chile, Ecuador, Perú y Bolivia se establecieron cortes o tribunales constitucionales autónomos; mientras que en El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela han creado salas constitucionales en sus tribunales y cortes supremos [28]. No podemos dejar de mencionar la preocupación que existe en el medio jurídico latinoamericano por las agresiones que en los últimos años han enfrentado los órganos de control constitucional de la región andina por parte de los gobiernos populistas.

Como resultado de lo anterior, actualmente la justicia constitucional latinoamericana es el resultado de la combinación entre el control difuso de la tradición anglosajona y el control concentrado que corresponde a la tradición europea continental, por lo que puede afirmarse que América Latina tiene un sistema mixto de control constitucional [29].

Paralelamente a la creación de instancias jurisdiccionales se desarrollaron mecanismos y procedimientos para hacer eficiente el control jurisdiccional, especialmente en lo que a la tutela y garantía de los derechos humanos se refiere. Así encontramos que el juicio de amparo se ha consolidado ya en la región como un medio sencillo, breve y eficiente para la tutela de los derechos, conjuntamente con el *mandado de seguranca* brasileño, que sirve además para la defensa de derechos colectivos. Igualmente se ha consolidado el *habeas corpus* y se han desarrollado nuevos procedimientos que ya han acreditado su eficacia para la tutela de los derechos humanos, como el *habeas data* y las acciones populares [30]. Con el desarrollo y consolidación de estos procedimientos los

---

[28] *Vid.* D. García Belaúnde, y F. F. Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

[29] *Cfr.* H. Fix Zamudio, *Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica*, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, 2002, pp. 248-325; E. Ferrer MacGregor, (coord.), *Derecho procesal constitucional*; 3ª. ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2002, en especial el capítulo cuarto, dedicado al derecho procesal constitucional en Iberoamérica.

[30] *Vid.* H. Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo en México*, México, 1999; Sagüés, P. Néstor, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus*, Buenos Aires, 1988; F. Fernández Segado, *La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto, 1995, pp. 608-627.

tribunales y salas constituciones creados en los países latinoamericanos se han convertidos en instancias de protección de los derechos humanos [31].

En lo que a la promoción y tutela de los derechos humanos se refiere, además de la incorporación a nivel constitucional de la figura del *Ombudsman* en la mayoría de los países latinoamericanos, a la que nos referiremos más adelante, es de resaltarse el esfuerzo que los países de la región han realizado en materia de incorporación del derecho internacional sobre la materia, pues la casi totalidad de los países han ratificado los principales tratados internacionales dedicados a consagración y promoción de los derechos humanos [32], incluso en algunos casos se ha dado preeminencia al derecho internacional sobre el derecho interno, como lo ha señalado Héctor Fix Zamudio: "En una época reciente se observa la tendencia en algunas constituciones latinoamericanas, tanto para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos internacionales y en general hacia el derecho internacional, como para introducir de manera paulatina una cierta preeminencia, así sea cautelosa, de las normas de carácter supranacional. La materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional, es en el campo de los derechos humanos" [33]

El panorama va desde los textos que asumen simplemente con nivel constitucional o legal las normas internacionales que se refieren a derechos humanos, hasta las que les dan cierta primacía incluso sobre el propio texto constitucional, al establecer que su interpretación habrá de hacerse de acuerdo con las normas del derecho internacional, como establece el artículo 93 de la Constitución colombiana: "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

---

[31] *Cfr.* H. Fix Zamudio, *Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica*, en *Derechos humanos: Estudios comparativos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1999, pp. 413-454.

[32] El listado con el estatus registro de ratificaciones de los principales instrumentos internacionales en la materia puede verse en: www.unhchr.ch/pdf/reprtsp.pdf.

[33] H. Fix Zamudio, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, enero-junio, 2004, pp. 147-148.

interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

En el caso de México, la transformación con un cambio de criterio en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que de hecho opera como un tribunal constitucional, pues pasó de considerar a los tratados en el mismo nivel jerárquico que la ley a ubicarlos por encima de ésta, refiriéndose tanto a la legislación federal como a la de los estados [34]; sin embargo, es un hecho que al respecto se requiere la reforma constitucional, ya que la interpretación que hace la Suprema Corte del texto del artículo 133 de la Constitución, si bien es correcta doctrinalmente hablando no se funda en la literalidad del texto constitucional que incluso menciona primero a la ley que a los tratados internacionales [35]. Aunque actualmente una reforma al artículo primero constitucional da la categoría de normas constitucionales a las contenidas en tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados por México.

4. — *El obstáculo de las condiciones sociales.*

Hasta aquí pareciera que en América Latina se dan las condiciones propicias para el desarrollo de proyectos de integración regional, de hecho en

[34] En su parte conducente la resolución de Suprema Corte señala: "…esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional… Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y local en una misma jerarquía…". *Vid.*, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 46, tesis P-LXXVII/99.

[35] Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

los últimos años se han desarrollado proceso de integración intrarregionales, fundamentalmente el ámbito comercial que parecen funcionar con éxito; sin embargo, como señalamos antes, la integración en ámbitos más allá de los comerciales es un fenómeno muy complejo que requiere la conjunción de diversos factores, e incluso que las diferencias que se dan en la consolidación de las instituciones y la vida democrática sean mayores, lo mismo que los niveles de vigencia de los derechos humanos, pues aún se dan diferencias importantes entre los países, en especial respecto de aquéllos en los que parece estarse viviendo un retroceso en la vida democrática, ya que si bien no se ha roto formalmente la democracia, pues se mantienen los procesos electorales periódicos, las sucesivas reformas para permitir la perpetuación en el poder de líderes y personas, constituyen sin lugar a dudas un debilitamiento institucional de la democracia.

Igualmente en esos países hemos visto una reducción en los estándares de respeto a los derechos humanos y las libertades, con acciones como la confiscación y nacionalización de bienes y empresas y establecimiento de limitaciones a las libertades de expresión e imprenta, incluso con la confiscación o ilegalización de medios de comunicación, todo vendido de forma populista como defensa del pueblo frente a los intereses de las oligarquías.

Se ha llegado al extremo de enfrentarse directamente a las instituciones internacionales de defensa de los derechos humanos y de la democracia como la OEA, que además gozan de poco prestigio y fuerza.

En ese contexto, tal vez uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de la democracia, la vigencia de los derechos humanos y la integración en América Latina es la pobreza, además de la marcada desigualdad existente en la región, que dejan a millones de seres humanos sin posibilidad de ver satisfechos sus derechos económicos, sociales y culturales, y de hecho ante la imposibilidad de disfrutar de sus derechos en general, pues hoy día es claro que los derechos humanos son en su conjunto una unidad, y que la falta o imposibilidad de satisfacción de unos hace imposible el pleno disfrute de todos.

Si bien, en las últimas tres décadas se dio un importante desarrollo en la región latinoamericana en la transición democrática, así como grandes esfuerzos para avanzar en la vigencia de los derechos humanos; lo que entre otras cosas trajo como consecuencia esfuerzos por mejorar las condiciones

de vida de los habitantes; sin embargo, todo parece indicar que los esfuerzos no han sido suficientes, pues los más recientes estudios sobre las condiciones sociales y los indicadores del desarrollo en la región [36], hacen ver que, no obstante los esfuerzos y compromisos asumidos en la Declaración del Milenio, en la que se planteó que los países reducirían sus índices de pobreza en un cincuenta por ciento para el año 2015, el inicio del nuevo siglo se caracterizó por un estancamiento en los esfuerzos, pues entre 1999 y 2003 la tasa de pobreza se incrementó en 0,6 puntos porcentuales, pasando de 43.8 a 44.4, lo que representa 226.6 millones de personas. Igualmente, las tasas de pobreza extrema se incrementaron en 1.6% con lo que alcanzó ya al 20 % de la población, 102 millones de personas.

De acuerdo con los estudios recientes, se prevé que sólo podrán cumplir la meta de reducción de pobreza al 50% para el año 2015 nueve países: Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua, a los que habría que sumar a Chile que ya la alcanzó, mientras que Argentina, Perú y Venezuela podrán alcanzarla hasta 2020, esto es treinta años después, pues la meta se fijó en 1990, y Bolivia, Colombia, Honduras y Paraguay no se prevé que puedan alcanzarla ni siquiera con retraso. Esto nos da una idea de la gravedad de la situación, pues se trata de una región con más de 600 millones de habitantes incapaz de superar siquiera la situación de pobreza en que vive una parte considerable de su población [37].

América Latina que disfruta de grandes riquezas naturales y una altísima concentración de biodiversidad, es paradójicamente económicamente pobre, si vemos comparativamente el producto interno bruto *per capita*, que en la región se ubica en la totalidad de los países por debajo de los 9,000 dólares, con casos tan extremos como los de Bolivia y Honduras que apenas superan los 2,500 dólares, frente a la media europea que está arriba de los 25,000 dólares, es clara la falta de disposición de recursos para el desarrollo

---

[36] *Vid.*, J. C. Feres, *et. al.*, coords., *Panorama social de América Latina 2000-2003*, CEPAL-ONU, 2004; *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004; *Informe sobre desarrollo humanos 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Barcelona-Madrid-México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006, así como los últimos informes anuales del PNUD.

[37] *Idem.*

de infraestructura y la atención de las necesidades primarias de una población que crece también a tasas más altas que las de los países desarrollados.

Otro de los lastres de la región, que ya señalamos arriba es la marcada desigualdad que es apreciable en todos los países, pues mientras el 20% de la población con ingresos más altos disfruta de casi el 55% del total de ingreso, el 20% con más bajos ingresos apenas tiene acceso al 4.8% de los ingresos totales [38]. Como resultado de esto el 27% de la población vive con menos de dos dólares diarios, y el 20% con menos de un dólar.

En este contexto, la satisfacción de necesidades primarias y derechos sociales es dramática: se estima que en la región hay más de 50 millones de personas con desnutrición grave [39], y en algunos países, como Bolivia, Guatemala, Honduras y Nicaragua, alcanza al 20% de la población total [40]; más de 72 millones de personas no tienen acceso a agua potable y 121 millones no cuentan con servicios sanitarios en sus viviendas. La atención de la salud tiene grandes deficiencias y la tasa de mortalidad de niños menores de 5 años nacidos vivos es de 27 por cada mil.

El rezago en materia educativa es especialmente significativo, pues la educación es un elemento fundamental para romper la desigualdad, al respecto, si bien en educación primaria las cifras hablan de una cobertura arriba del noventa por ciento, el acceso a la educación técnica y superior no alcanza al 30%, y la región en general enfrenta un analfabetismo del 12.4%.

Un tema que no debe soslayarse es que la pobreza y la pobreza extrema, así como la desnutrición, el analfabetismo, la falta de acceso a servicios de salud, y en general las dificultades para acceder a bienes y servicios básicos, se concentra especialmente en las poblaciones indígenas, baste señalar que entre esos pueblos el analfabetismo sube a tasas superiores al 25%, y casi el 40% de la población indígena menor de veinticinco años no asiste a la escuela.

Si bien podríamos abundar en datos, consideramos que con los señalados son más que suficientes para mostrar que en general la región latinoa-

---

[38] *Vid.*, C. Figueroa, y A. Peri, *América Latina: Los rostros de la pobreza y sus causas determinantes*, Chile, 2004.

[39] *Cfr.*, *Informe sobre desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Madrid, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004, p. 129.

[40] *Vid.*, *El Estado mundial de la infancia*, New York, UNICEF, 2003.

mericana enfrenta gravísimos problemas para su desarrollo, que afectan en general a todos los países, aunque unos cuantos se encuentren en mejores condiciones por su tamaño y dimensiones de su economía, como Argentina, Brasil, Chile y México. Sin embargo, ni siquiera en esos países, con mejores condiciones de vida, la pobreza y la desigualdad dejan de ser un lastre para el desarrollo del Estado, la construcción de la vida democrática y la vigencia de los derechos humanos.

A todo lo anterior habría que añadir el desencanto que en extensas regiones de América Latina se vive respecto de la democracia e incluso de los mismos derechos humanos, ya que no han servido en muchas ocasiones para paliar los problemas de ineficacia, corrupción, autoritarismo de los gobiernos, pobre desarrollo de sistemas de partidos, partidización de la política, falta de cultura democrática, reducción de la pobreza, de manera que en muchas ocasiones las sociedades están dispuestas a ceder democracia a cambio de mejores condiciones de vida o de seguridad personal.

Igualmente en la región se han padecido los efectos negativos de la globalización que han propiciado la desregulación de los mercados e instituciones financieras en desventaja de las clases menos favorecidas, así como una mayor concentración de riqueza, pérdida de soberanía de los países sobre los recursos.

En conclusión se puede afirmar que si bien América Latina está en el camino de generar condiciones que permitan procesos de integración regional de amplio calado, se trata de un camino largo y que no será sencillo de transitar; aunque no nos cabe duda que será la necesidad de integrarse para que los países puedan insertarse en buenas condiciones en la nueva realidad global la que servirá de acicate para sostener los esfuerzos en este sentido.

Manuel Becerra Ramírez(*)

EL CONTROL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. HACIA UNA RESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA

Sumario: 1. Introducción. — 2. El control de convencionalidad. — 3. Del Caso Almonacid a la evolución actual del CC. — 4. ¿Hasta dónde pueden llegar los efectos de las sentencias de la Corte IDH? — 5. ¿Control sobre el control? — 6. Los minus en el sistema interamericano. — 7. Hacia el fortalecimiento de la Corte IDH. — 8. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

A lo largo de más de tres décadas de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1) se han dictado un conjunto de sentencias que ahora forman un sistema vigoroso de jurisprudencia al que se le considera un corpus jurídico interamericano en materia de derechos humanos. Algunos autores, como Gonzalo Aguilar Cavallo hablan de la estructuración de un "derecho americano de los derechos humanos" (2) y entiende por tal "aquellas normas, principios y estándares que han ido surgiendo producto del establecimiento de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, particularmente, a partir de la actividad de la Corte IDH, y que constituyen los rasgos definidores o distintivos de los derechos humanos en el continente americano" (3). Ese *corpus* jurídico interamericano está formado por la sentencias que son obligatorias para las

(*) Universidad Nacional Autónoma de México.

(1) M. Véase Becerra Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco Años de su Funcionamient* (coord.), México, 2007, p. 346.

(2) G. Véase Aguilar Cavallo, *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, Cuestiones Constitucionales en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 24, enero-junio 2011, pp. 3-89.

(3) G. Véase Aguilar Cavallo, *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, cit., p. 8.

partes y fuera de ellas las sentencias, las opiniones consultivas (OCs) y las resoluciones de la Comisión IDH, que al final de cuentas también son ejercicios de interpretación de la Convención Americana y juntas son guías de interpretación para otros casos incluyendo en el foro interno.

Así, el *corpus iuris* tiene un momento histórico, especial de aparición, precisamente en momentos en que las dictaduras latinoamericanas se vienen abajo y a nivel global el sistema bipolar entra en crisis y después también se derrumba. Los países de la región refuerzan sus esperanzas en los derechos humanos y la democracia como forma especial de vida y gobierno. Incluso México (más bien, su gobierno) que se había mantenido con un discurso de un país respetuoso de los derechos humanos, tiene que aceptar que hay necesidad de incorporarse al sistema interamericano de derechos humanos y que tiene un gran rezago en materia de derechos humanos.

A lo largo de estos años, podemos decir que en forma muy dinámica, se han conocido cientos de casos tanto en la Comisión interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como en la Corte IDH. La Corte ha realizado una labor encomiable, desarrollando una sólida jurisprudencia en la que se interpreta la Convención ADH sobre los diferentes derechos protegidos por ella (por ejemplo es importante su jurisprudencia en materia de los derechos económicos, sociales y culturales [4]); es sobresaliente su jurisprudencia en materia de reparaciones, derechos de las mujeres [5], niños y niñas [6]; libertad de expresión [7]; derecho de los migrantes [8] etcétera.

---

[4] G. Véase: Aguilar Cavallo, *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, cit., pp. 16-23.

[5] M. J. Franco Rodríguez, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 82.

[6] R. A. Ortega Soriano, *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p 48 pp.

[7] K. A. Castilla Juáre, *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 73.

[8] J. Morales Sánches, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 68.

Además, con técnica sobresaliente ha desarrollado dos aspectos que nos interesa comentar. Uno de ellos es su labor en la identificación de algunas normas de *jus cogens*, por ejemplo el principio de igualdad, la prohibición de la discriminación y el acceso a la justicia; y después el segundo aspecto es el reconocimiento de la doctrina de control de convencionalidad (CC).

No obstante ese desarrollo que es evidente y encomiable, el actual sistema interamericano es objeto de críticas por algunos juristas. Independientemente de la justicia de sus críticas, creemos que es necesario reflexionar sobre la siguiente generación del sistema de protección de derechos humanos en América Latina. El sistema, a lo largo de su corta existencia, ha tenido grandes virtudes, pero por eso hay que ser cuidadoso y no quedarse con un discurso complaciente, sino buscar cómo mejorar un sistema creado por seres humanos y por lo mismo susceptible de mejora.

2. — *El control de convencionalidad.*

El concepto de control de convencionalidad (CC) que la doctrina ha venido desarrollando en los últimos años [9] tiene varias imprecisiones. La primera es la que se refiere a la autoria. Tanto el concepto, como la palabra "control" datan, por lo menos del Siglo XIX [10], nace con la idea de controlar el cumplimiento de los obligaciones que adquiere el Estado por vía convencional. En otras palabras, el control es un sistema que los Estados crean para asegurarse que se cumplen con las obligaciones adquiridas cuando firman y ratifican un tratado internacional. Mediante el control se crean estructuras supranacionales como comités, comisiones, cortes, etcétera que vigilan la observación de los tratados internacionales y dictan recomendaciones o bien sentencias. Ese control de cumplimiento de las obligaciones convencionales si bien puede ser de carácter internacional también puede ser de carácter interno. Su fundamento esta en el principio *pacta sunt servanda*.

---

[9] E. Véase Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, 2008, pp. 204.

[10] N. M. Véase Aguilar, *La cooperación internacional y la teoría del control*, en *Revista de Administración Pública*, año X, número 30, septiembre-diciembre 1959, Instituto de Estudios Políticos Madrid España, p.76.

A nivel interno, es el Estado con sus órganos quienes tienen la obligación de controlar, vigilar el cumplimiento los convenios en que son parte.

Esta institución del Control de la Convencionalidad es singular y se ha venido desarrollando hasta constituir un sistema que comprende al derecho internacional y derecho interno.

Ahora bien, a nivel interamericano el concepto se ha hecho famoso a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), órgano de control junto con la Comisión Interamericana Derecho Humanos (Comisión IDH) en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, nota 49, párrafo 124 [(11)]. En dicha sentencia, se le recuerda a los Estados que como parte de sus obligaciones "…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".

Cómo un ejercicio de comparación para medir la evolución de la figura de CC, vemos que la Corte IDH ha venido utilizando el concepto en aproximadamente 20 sentencias, desde el citado caso Almonacid hasta el caso Furlan y familiares vs. Argentina. Como veremos hay una evolución de carácter expansivo del sistema de control desde una expresión tímida en Almonacid a un control *ex officio*.

3. — *Del Caso Almonacid a la evolución actual del CC.*

Ahora bien, en el caso Almonacid se habla de "una especie", quizás refiriéndose a la existencia de un control general; es decir, existe un control general de aplicación de la Convención ADH y un control específico que realizarían los Estados en el interior. El control aquí es visto como un mecanismo que

---

[(11)] "…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 de tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete último de la Convención Americana". Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencias de 26 de septiembre de 2006, serie C, no. 154. Tomado de S. García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano*s, vol. IV, UNAM, México, 2008, pp. 619-655.

sirve como puente entre el derecho internacional convencional y el derecho interno. El CC que se plantea en el Caso Almonacid es bastante más complejo que la obligación para los jueces, como lo podemos ver en el siguiente párrafo:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [(12)]

Es notoria la formulación que se hace; en principio los jueces "cómo parte del aparato del Estado" están obligados a "velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Es decir, el Poder judicial debe ejercer "una especie de control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas y la Convención ADH. En general, se puede desprender de lo anterior que:

De conformidad con el artículo 2 de la Convención ADH el legislativo de los Estados parte tiene la obligación de hacer control de convencionalidad, en el sentido de "suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana";

Y ante tal situación, el poder judicial "debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella". Este concepto es relevante, porque no se trata o no se esta planteando en inmiscuirse en los asuntos del legislativo. El control plantea una mera abstención de aplicar una normatividad contraria a la Convención ADH.

[(12)] Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 123.

El incumplimiento de la Convención ADH por parte de cualquier órgano del Estado es causa de responsabilidad para el mismo Estado. Esto implica que el CC se debería de realizarse no solo por los poderes legislativo y judicial, sino también por el poder ejecutivo con el riesgo de que si no se hace, incurrirá en responsabilidad internacional.

En el ejercicio de CC el juez debe de tener en cuenta, no solo el tratado, "sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana". Con eso se crea una jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos.

Otra reflexión que se desprende de la anterior frase es la relativa a que la Corte IDH es el interprete último de la Convención, en consecuencia, cuando emite opiniones consultivas, también esta haciendo una labor de interpretación en consecuencia también será parte de ese corpus jurisprudencial interamericano. ¿Y qué pasa con las resoluciones de la Comisión IDH?. Si la Corte se esta considerando que es la interprete última, significa que hay otras interpretes, y en este caso sería la Comisión. En consecuencia, el juez debe de tomar en consideración también las resoluciones de este órgano de control, como criterios que guían la aplicación.

En una evolución posterior del CC, la Corte añadió al concepto que debe ser *ex officio*, "aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones" [13].

Estos elementos del CC, la Corte IDH los reitera en diferentes otros casos (Boyce y otros vs. Barbados 2007; Radilla Pacheco y otros vs. México,

[13] "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros*), Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Párr. 128).

(2009). En los casos *Fernández Ortega y otros vs. México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México,* la Corte IDH, estableció ciertas modalidades al CC, diferentes a las que vimos anteriormente:

En principio vía el CC obliga a realizar reformas legales y a que los jueces, inmediatamente y de oficio, conozcan de los asuntos en lugar del fuero militar [14].Es decir, lo que requeriría una reforma legal o constitucional o independientemente de ellas, la Corte IDH ordena a los jueces internos, vía CC, conozcan los asuntos de carácter militar. Insistimos, independientemente de la reforma legislativa correspondiente. Ahora bien, en el CC no se inmiscuye el examen de las leyes frente a la Constitución, sino el examen de compativilidad de la ley con la Convención ADH [15].

Por otra parte, si el Estado alega ante la Corte IDH que ya ha realizado el CC, a quien corresponde determinar si ese control se ha realizado o no, es a la misma Corte IDH [16]. En otras palabras, no es suficiente afirmar que se

---

[14] De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (…) en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario(Corte IDH, *Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. Párr. 237; y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra / México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Párr. 220).

[15] "En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (*infra* párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) / Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 49.

[16] "De otra parte, la conclusión anterior no se modifica por el hecho de que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana. En efecto, será en la etapa de fondo en la que se determinará si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable" (Corte IDH. *Caso Ca-*

realizó CC, es necesario que se pase el examen que realiza la Corte IDH, la cual tiene un control del CC.

Pero, aún más, la Corte en su proceso evolutivo ha ordenado que se realice CC inclusive de su jurisprudencia, lo que puede ser muy excesivo dada la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional. Esta postura esta también clara en el caso Furlan y familiares vs. Argentina (2012) en donde la Corte estableció:

"En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente. (lan negritas son nuestras) [17]

Es más, el presidente de la Corte IDH, en su informe del año 2012 textualmente dijo:

"Así, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última" (las negritas son nuestras).

Técnicamente esta apreciación de la Corte no es correcta ya que la naturaleza de la jurisprudencia [18] no es obligatoria. Quizás la Corte debió utilizar otra argumentación más que la obligatoriedad de la jurisprudencia. Aquí, se

---

brera García y Montiel Flores / México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Párr. 21).

[17] Corte IDH. *Furlan y familiares / Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 305.

[18] Véase el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

trata de la aplicación del principio *pro homine*, más no la aplicación de la jurisprudencia, pues no es obligatoria.

En efecto, la jurisprudencia internacional tiene el nivel de fuente auxiliar ya que sólo es obligatoria para las partes del caso concreto que resuelve, esto en virtud del principio de la relatividad de las sentencias. Sin embargo, reconocemos que, siguiendo una tradición anglosajona se ha venido tomando la esencia de las resoluciones de juzgador para aplicarlas a otros casos, con esto se está dando una coherencia en las decisiones. Pero, una cosa es que las sentencias obliguen a las partes involucradas en el asunto y otra es que las decisiones sean obligatorias en general y se obligue a los Estados a tomarlas en el derecho interno.

Si aceptamos la obligatoriedad *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH estaríamos convirtiendo, o en peligro de convertir, a este tribunal en un legislador interamericano, bueno en un legislador latinoamericano, ya que los Estados anglosajones no han aceptado su competencia y para ser se legislador es necesario un mandato de los Estados soberanos, que no encontramos en la Convención ADH. Actualmente la Corte no tiene ni el pedigrí ni el mandato de un órgano democrático ya que no emana de la voluntad popular.

Por supuesto, aceptar la utilización del raciocinio de las sentencias es útil para hacer, precisamente, racional y homogénea la jurisprudencia, como guías para resolver otros casos, pero de ahí a que se consideren obligatorias y en una idea de control de convencionalidad hay una gran diferencia.

4. — *¿Hasta dónde pueden llegar lo efectos de las sentencias de la Corte IDH?*

Dentro de la dinámica de la evolución vertiginosa de la jurisprudencia ya también han aparecido detractores de la función de la Corte y lo que es más grave, varios Estados se han retirado [19] o pretenden retirarse de ella, con lo que se debilitaría ese impresionante desarrollo que se ha logrado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por ejemplo, hay una corriente

[19] Venezuela presentó al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fechado el 6 de septiembre de 2012. También Trinidad y Tobago denuncio la Convención ADH.

del pensamiento que sostiene "que no pueden utilizarse las disposiciones del tratado para sustituir la normatividad interna" [20]. A propósito, también ese discurso se pretendió aplicar en el caso del sistema jurídico mexicano, en donde se argumenta que la Constitución no otorga ni a al Presidente ni al Senado (que son los encargados de gestionar los tratados internacionales) facultades para hacer esa transmisión o renuncia de la soberanía [21].

Además, en casos de Venezuela y Colombia ante la Corte IDH se ha planteado el desacato de las resoluciones de la Corte IDH, lo que lleva a formular varias cuestiones: ¿es posible alegar el no cumplimiento de la sentencia porque ésta viole la Constitución? O bien, ¿se puede alegar que la Corte IDH actúa *ultra vires* al decidir ella misma su reglamento sin que sea aprobado por la OEA? [22].

Pero, todavía hay una posición crítica más elaborada, aunque no por eso correcta. En forma concreta, la crítica que se endereza a la Corte IDH califica a su jurisprudencia como producto de activismo judicial, punitivización y nacionalización [23]. Para rematar que las resoluciones tienen un contenido "antidemocrático y antiliberal".

---

[20] E. Salgado Ledesma, *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, junio-diciembre de 2012, p. 231.

[21] E. Salgado Ledesma, *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuestiones Constitucionales,* cit.

[22] La Corte IDH"…dicta su propio Reglamento y fija las reglas procesales que rigen su jurisdicción acorde con lo dispuesto en el artículo 25 de su Estatuto. La actitud de dictar sus normas procesales posibilita a cualquier ente ejercer discrecionalidad en el análisis de los puntos debatidos a su amparo y ocasionalmente puede afecta sus decisiones de certeza jurídica" (Salgado Ledesma, p. 252).

[23] Textualmente: "Puedo condensar los rasgos salientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos años con las siguientes voces: activismo judicial, punitivización y nacionalización. Con la primera me quiero referir a la cuestión de la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación (necesidades, por supuesto, constatadas por los mismos jueces). Con la segunda, esencialmente, al reconocimiento de nuevos derechos de la víctima (y de nuevas reglas derivadas de estos derechos) que no están escritos en la Convención Americana y que terminan por neutralizar derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, estos sí consagrados explícitamente en ella. Con la tercera, a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparación, en funciones expresivas de la soberanía estatal. …" E. V. Malarino, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamerica-*

Tal argumentación, es conocida y tiene que ver con los conceptos cerrados de soberanía. Una concepción todavía westfaliana del Estado y de la soberanía y que no va de acuerdo, con las disposiciones que se han aceptado de manera convencional (por ejemplo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969) y consuetudinaria y que se manifiesta en los principios *pacta sunt servanda* y la prohibición de alegar una norma de derecho interno para excusarse de una obligación internacional. Además de que no se toma en cuenta la naturaleza de los derechos humanos, que son parte de un orden público internacional regido por principios como los de progresividad y *pro homine*. No olvidemos que la esencia de los derechos humanos tiene que ver con su objeto. En efecto, ellos se refieren a la protección de los seres humanos que por definición están en una posición de desventaja frente al poder estatal. El derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter progresivo, no nos asombre que este en constante evolución y tenga un carácter protector de los individuos.

5. — ¿Control sobre el control?

Sin embargo, el control de la convencionalidad que se esta extendiendo en América Latina por la vía de las sentencias de la Corte IDH y más cuando dicho control no solo se refiere a las sentencias en los casos en donde el Estado es parte sino a todas las demás sentencias que servirán como "criterios orientadores" [(24)] nos lleva a un cuestionamiento adicional y es el relativo al control sobre las decisiones *ultra vires* de los órganos de control. En la práctica esto no esta lejos de suceder, por ejemplo es el caso de las Resoluciones del órgano de control por excelencia de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad (CS), algunas de las cuales han afectado intereses de los particulares. Estos son los casos Kadi y Yusuf [(25)] en donde

---

na de derechos Humanos, en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel, Elsner, Gisela, editores; *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho Penal Internacional*; 2010, Berlin, p. 29.

[(24)] La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su resolución Varios 912/2010, de 14 de julio de 2011 textualmente dice: (no. 20).

[(25)] Véase interesantes reflexiones sobre los casos en S. Garibian, A. Puppo, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, México, 2010, pp. 227-262.

se pone en un dilema la prevalencia de los valores: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales frente al respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, no hay que soslayar del todo las críticas en la doctrina latinoamericana a la actuación de la Corte IDH que como ya vimos en los últimos años, su actuación su jurisprudencia es calificada como "antidemocrática y antiliberal" [26]. Aunque no estemos de acuerdo con tales calificativos hay que pensar en la creación de un sistema de control del mismo control, el cual estaría dado a diferentes niveles. El crecimiento de la Corte en los últimos años que también ha aumentado en casos para resolver y sus funciones también se han diversificado y complicado, pues ya no solamente resuelven controversias y emiten opiniones consultivas, dictan medidas provisionales, sino que también supervisan el cumplimiento de las sentencias dictadas (actualmente supervisan, según su informe del año de 2012, 138 casos). A pesar de eso la Corte IDH se mantiene inamovible en su esencia, con el mismo número de jueces, trabajando por periodos cortos durante el año y manteniendo sus residencias en sus lugares de origen.

Además, es posible que la Corte IDH se equivoque, pero para que para que su jurisprudencia pueda alcanzar el nivel de *ius communis americano*, como algunos les atribuyen, es necesario que sus decisiones sean fuertes, incontrovertidas, para eso, plantemos, en principio, la creación de instancias superiores dentro del mismo sistema de control, es decir la creación de un poder revisor de las resoluciones o sentencias. Estas es una tendencia que ya esta en marcha, como podemos verlo en la creación de un *ombusperson* en el Consejo de Seguridad como una respuesta a las violaciones de derechos humanos, como se manifestó en el caso Kadi o la creación de una Sala Superior en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo cual habría que reflexionar sobre la creación de una Sala Superior de Apelación en la Corte IDH.

Otro nivel sería que fuera el derecho interno el que creara o permitiera un sistema de control de las sentencias o resoluciones de los órganos externos de control. Algunos Estados ya han permitido recurrir sentencias de la Corte Interamericana, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema

[26] E. Véase Malarino, *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocraticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, cit., pp. 25-61.

de Justicia de Paraguay conoció del caso, Acción de inconstitucionalidad interpuesta por *Roswell Company S.A. y Kansol S.A.* impugnando una sentencia emitida por la Corte Interamericana [27]. Por supuesto eso no sería recomendable pues es regresar el asunto a un sistema que falló en la protección de los derechos humanos y en consecuencia violó la normatividad internacional.

Por último, lejos de buscar una respuesta adicional, hay que reflexionar sobre la naturaleza convencional de la creación de los organismos de control que es una manifestación de la soberanía y buscar sistemas de control de la expresión de esa voluntad soberana, en el sistema de recepción de la estructura interna, del derecho internacional. Dicho en otras palabras, deben de negociar tratados internacionales que sean claros en su límites y que no contradigan su sistema jurídico interno (hasta ahí la expresión de su soberanía internacional) y en su aspecto interno deben de crear un sistema de recepción de las sentencias para poder aplicar las sentencias y corregir sus leyes cuando la violación viene de actos del legislativo.

Sin resolver esta problemática que se ha planteado, sobre control del control, solo queremos dejar constancia de la necesidad de seguir indagando sobre el tema.

6. — *Los minus en el sistema interamericano.*

Creemos que la literatura sobre el tema en general es optimista y de cierta manera fuera de medida. En principio, porque el *corpus iuris* no llega a ser totalmente interamericana, ya que los países de cultura anglosajona, como sabemos, no forman parte del sistema. En forma concreta, los Estados Unidos y Canadá, junto con varias islas del Caribe y Belice ni siquiera son parte de la Convención Americana; aparte de la denuncia de la Convención Americana de Venezuela y Trinidad y Tobago. Pero, lo más importante es que desafortunadamente no podemos hablar de un *corpus iuris* regional, porque solamente una parte, aunque importante en desarrollo y población, es cubierta por el manto de interpretación de la Convención ADH, que realiza la Corte IDH.

---

[27] Dialogo Jurisprudencial, UNAM-IIJ, México, número 9, julio-diciembre 2010, pp. 183-185.

Además, el actual sistema IDH muestra una tendencia hacia el colapso, si vemos, por ejemplo, que en promedio un caso dura 9 años desde su llegada a la Comisión hasta la Corte IDH y cuesta 55 mil dólares [28] y eso son los caso que no son rechazadas y sin tomar en cuenta el tiempo que dura un asunto en su tramitación en los tribunales internos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta es la duración de todo el proceso en el Sistema Interamericano, pues en la Corte, se habla [29] que los casos solo duran 19. 2 meses, lo que estamos hablando de más de año y medio. De ello resulta que un asunto de violación de derechos humanos puede durar casi una década, mínimo en su solución. Pero, podemos alegar que hay medidas cautelares, y que ellas son más expeditas, pero aquí también existe cierta demora en su tramitación pues "en 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió 478 solicitudes de medidas cautelares. Otorgó 21; hizo 83 solicitudes de información; no otorgó 149; ya una sola solicitud la llevó a medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)" [30].

En el caso de *jus cogens*, indudablemente es muy positiva la labor de la Corte IDH en identificar las normas que tiene el carácter de derecho imperativo de acuerdo como lo define la Convención de Viena de 1969; sin embargo, también podemos decir que hay cierta debilidad en la identificación de este tipo de normas, pues no hay una razonamiento que lo sostenga; no hay una razonamiento de los jueces que nos descubran cual o cuales fueron los elementos que encontraron en las normas para considerarse de *ius cogens*, por ejemplo la Corte IDH ha dicho:

"…el Tribunal considera que no podría sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de jus cogens. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo

---

[28] Rodríguez Muñoz, Juan Carlos, (SRE), Facultad de Derecho, UNAM, Seminario de Derecho Internacional, 29 de mayo de 2013; Notas de Luis Córdova; 31.05.2013.

[29] Véase www.corteidh.or2.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa/2012.pdf, consultado el 14 de agosto de 2013.

[30] *Idem*.

el ordenamiento jurídico" [31].

De acuerdo con el párrafo transcrito el "principio de igualdad y no discriminación" tiene carácter de *jus cogens*, lo que no se dice cómo llegó la Corte a tal conclusión. Recordemos que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en su artículo 53 define a las normas imperativas de derecho internacional como "…una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". En el caso concreto, ¿cómo sabemos que "el principio de igualdad y no discriminación" es "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario…"?

Es indudable que la solidez de la normatividad y en este caso de la normas de *jus cogens* depende de su fundamentación y en su ausencia se corre el peligro de una explosión de la normas que no sean de carácter estrictamente aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, en otras palabras que no sean normas de *jus cogens*.

7. — *Hacia el fortalecimiento de la Corte IDH.*

Uno de los aspectos más importantes en este cuestionamiento de la Corte IDH es que no cuenta con un sistema de apelación como lo tiene algunos otros tribunales internacionales, digamos como la Corte Penal internacional o la Corte Europea de Derechos Humanos. El asunto no es baladí pues si estamos hablando de la tendencia a crear un *ius communis* interamericano, es necesario que no tenga ningún cuestionamiento.

Por otra parte, el trabajo para el sistema interamericano de derecho humanos se ha multiplicado en forma impresionante en unos cuantos años, ya que no se ha enraizado la cultura del respeto de los derechos humanos a todos los niveles de las sociedades latinoamericanas. Esto lo decimos porque actualmente hay una gran carga de trabajo para los jueces y limitaciones estructurales de la misma Corte.

---

[31] Cort2e IDH, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, serie A, número 20, párrafo 54, p. 59.

Estas limitaciones estructurales tienen que ver, en principio, con un presupuesto bastante limitado. Originalmente los recursos vienen de las aportaciones que los Estados hacen a la Organización de Estados Americanos (OEA), en donde los Estados negocian su presupuesto y prioridades, lo cual pone en peligro de politización al sistema interamericano de derechos humanos: por ejemplo, en la discusión por el presupuesto del 2013, hubo protestas "de Venezuela, Nicaragua y Bolivia, que rechazaron el aumento de fondos para la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las cuales son antagonistas, y que se siga financiando la Junta Interamericana de Defensa" [32]. Por supuesto esta politización, cuya experiencia la vivimos con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDHONU), que la llevó a su desaparición, debe de tomarse en cuenta para no repetir semejante historia. El sistema interamericano de derechos humanos es uno de los grandes logros de la región, pero debe de cuidarse.

Regresando sobre el presupuesto, de acuerdo con el informe Anual de la Corte IDH 2012 [33] El total de ingresos recibidos por ella para su funcionamiento fue de US $3,638,143.13. Pero no todos esos recursos vienen de la OEA, como debería ser, pues esta organización sólo aprobó: US$2,161,000 de los cuales después se redujeron 1.7% correspondiente a US$36,767.00, quedando así en US$2,124,233.00; y la cantidad restante, es decir US$1,513,910,13 provienen de fondos extraordinarios vía la cooperación internacional, por lo tanto sujeto a la buena voluntad de los Estados o entidades que las aportan discrecionalmente [34]. Ahora bien, "de no existir estas contribuciones voluntarias, la Corte Interamericana tendría que reducir drásticamente sus actividades [35].

---

[32] El Comercio. Com. Mundo; consultado el 15 de agosto de 2013.

[33] Presupuesto 2012 de la CorteIDH consultado en http: vimeo.com/corteidh.

[34] Quienes aportaron fueron: Gobierno de Colombia, a través de su Misión Permanente ante la OEA: US$130,000.00; Gobierno de Costa Rica, según Convenio de Sede: US$ 103,736.62; Gobierno de México: US$300,000.00, recibidos en dos partes iguales el 3 de febrero y 5 de octubre de 2012; Gobierno de Chile, a través de su Embajada en Costa Rica: US$10,000.00; ACNUR Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: US$5,000.00. (Tomado de: Idem) Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: US$22,000.00.

[35] *Idem*.

Aún más en el año 2013 la OEA aprobó un presupuesto de US$ 2,7, es decir se aumentó el presupuesto ligeramente en medio de discusiones, como lo mencionamos anteriormente. Esta cantidad destinada a la Corte IDH es una mínima parte del presupuesto de toda la OEA que es de 82.9 millones de dólares que en realidad tampoco es significativo [36]si tomamos en cuenta el presupuesto, por ejemplo de la Corte Europea es de 66,815,100 euros [37]. Muy lejos de lo que recibe la Corte IDH.

Por otra parte, la Corte está compuesta de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, si bien son elegidos a título personal, es el Estado de que es nacional quien realiza el cabildeo para lograr su elección, por lo que se corre el peligro que el juez responda a los intereses del Estado que los seleccionó en forma discrecional. Para el trabajo de la Corte IDH que va *in crecendo* 7 jueces que solo se reúnen en periodos concretos en el año, por lo que no tiene su domicilio permanente en San José de Costa Rica, es un número pequeño. Sería recomendable que se aumentara a 11 el número de jueces.

Con todo este panorama es oportuno y pertinente hacer un paro en el camino y revisar substancialmente la Corte. De acuerdo con las siguientes directrices:

En principio es necesario que los Estados se comprometan a otorgar un porcentaje de su PNB a la Corte anualmente. Hay que tomar en cuenta que

---

[36] Véase por ejemplo el presupuesto de los Estados Unidos para defensa es de "525.4 billones de dólares" (m.gpo.gov/budget/#granuleDetails) consultado el 16 de agosto de 2013.

[37] "According to Article 50 of the Convention, the expenditure on the Court is to be borne by the Council of Europe. Under present arrangements the Court does not have a separate budget, but its budget is part of the general budget of the Council of Europe. As such it is subject to the approval of the Committee of Ministers of the Council of Europe in the course of their examination of the overall Council of Europe budget. The Council of Europe is financed by the contributions of the 47 member States, which are fixed according to scales taking into account population and gross national product. The Court's budget for 2013 amounts to 66,815,100 euros. This covers Judges' remuneration, staff salaries and operational expenditure (information technology, official journeys, translation, interpretation, publications, representational expenditure, legal aid, fact-finding missions. etc). It does not include expenditure on the building and infrastructure (telephone, cabling etc).The Registry has a Budget and Finance Office, which deals with the day-to day management of the Court's budget, under the authority of the Registrar".
(http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks#newComponent_1346157778000_pointer).

el asunto de los derechos humanos tiene que ver con la paz interna, el fortalecimiento de las instituciones y no depender de los Estados Unidos, que al final de cuentas no son partes del sistema de derechos humanos y son los que aportan más recursos a la OEA.

-Que en los procesos de selección de los jueces también participen las ONGs, la academia u otra manera de manifestación de la sociedad civil;
-Que la Corte aumente el número de jueces hasta 11 y funcionen en salas y pleno;
-Que funcionen por cuatro años, con una reelección por el mismo periodo (la rotación de los jueces es muy útil para inyectar de ideas nuevas al tribunal);
-Que cuente con una cámara de apelación con la idea de que haya un mayor control de las sentencias de los jueces, en esa dirección debe de proveerse un sistema de seguimiento de la Corte de las sentencia y una especia de jurisdicción universal de la región, si que la sentencia se líquida en los tribunales de cualquier Estado.

8. — *Conclusiones*.

Dialécticamente, el sistema interamericano de derechos humanos, y en forma concreta la Corte IDH que es el objeto de este trabajo, se encuentra entre un desarrollo sobresaliente y con sentencias que ahora se han convertido en punto de referencia en materia de derechos humanos, pero por otro lado, y en parte por su éxito y su crecimiento, la Corte IDH se ve en imposibilidad de crecer para darle respuesta a su impresionante demanda, derivada de su éxito y de una permanente violación de los derechos humanos en la región.

Cuando el sistema todavía tiene algunos signos de debilidad y una corriente crítica que puede hacer que se reduzca en el número de Estados partes, no se puede celebrar y decir que el sistema ha creado un *ius communis americano*, porque desafortunadamente no lo es.

Estratégicamente, con la finalidad de fortalecer el sistema, es necesario pensar y discutir una reforma de la Corte para ir avanzando en la cobertura de los derechos humanos en la región.

Luis Castillo Córdova(*)

LA RELACIÓN ENTRE EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Sumario: 1. Introducción. — 2. El ámbito jurisprudencial nacional: La posición jurídica del TC. — 2.1. Contenido constitucional de los derechos fundamentales. — 3. El TC como comisionado del Poder constituyente. — 4. El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad. — 4.1. Su papel de intérprete constitucional. — 4.2. Su papel de controlador constitucional. — 5. El TC como creador de derecho constitucional. — 6. La posición jurídica de la Corte IDH. — 7. La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional. — 8. La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH. — 9. La Corte IDH como creadora de derecho convencional. — 10. La Corte IDH como controladora de convencionalidad. El juicio de convencionalidad. — 11. Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal. — 12. Implicancias de las posiciones jurídicas de la Corte IDH y del TC. — 13. ¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad? — 14. ¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional? — 15. A modo de conclusión: No es un mero juego de palabras.

1. — *Introducción.*

En el estudio del derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho nacional de los derechos fundamentales, es posible plantear dos ámbitos de análisis. El primero tiene que ver con el conjunto de decisiones normativas que los Legisladores internacional y nacional hayan adoptado para positivar las exigencias de justicia que significan los derechos humanos; mientras que el segundo tiene que ver con el ámbito de las decisiones de los órganos internacionales y nacionales, destinados a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales y constitucionales. Aquí se abordará el análisis del segundo de los ámbitos mencionados, para referirlo de las decisiones que adopte la Corte Interamericana de derechos

(*) Universidad de Piura.

humanos (en adelante Corte IDH), y el TC (en adelante TC) de un Estado [1]. El análisis de las decisiones que sobre derechos humanos puedan adoptar tanto unos como otros, viene fuertemente influenciado por la posición jurídica que pueda serles reconocidos a ambos tribunales; de modo que las relaciones entre las decisiones que adopte la Corte IDH y las que adopte un TC, dependerá de las relaciones que puedan ser establecidas entre la posición jurídica de la Corte IDH y la del TC. Por esta razón, el punto de partida ha de ser las posiciones jurídicas que puedan ser determinadas respecto de uno y otro tribunal [2].

2. — *El ámbito jurisprudencial nacional: La posición jurídica del TC.*

Se ha de empezar con el estudio del ámbito jurisprudencial nacional en materia del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Los derechos humanos una vez recogidos en la Constitución, ya sea expresa o implícitamente, suelen denominarse derechos fundamentales o también derechos constitucionales. Aquí se optará por la primera expresión. En todo ordenamiento jurídico nacional existe siempre un órgano encargado de declarar el derecho sobre los derechos fundamentales en instancia última y definitiva. Tal órgano puede ser el TC o la Corte Suprema. En adelante, si bien se intentará formular el estudio en términos generales, el análisis se particularizará respecto del TC, aunque los juicios que de éste se expresen podrán también ser manifestados de la Corte Suprema.

2.1. – *Contenido constitucional de los derechos fundamentales.*

En el ámbito nacional, el primer nivel de positivización de los derechos humanos ocurre en la Constitución, por ser el Poder constituyente la mani-

---

[1] En los Estados en los que no ha sido previsto un TC, es posible hacer la referencia a la Corte Suprema.

[2] El análisis expreso se realizará respecto del sistema americano de protección de los derechos humanos, en el marco de la Convención Americana sobre derechos humanos. Las conclusiones a las que se arribe aquí, podrán ser aplicadas a otros sistemas regionales e incluso al universal de protección de derechos humanos.

festación jurídica (y política) primera y directa de la voluntad popular [3]. Los derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales tienen un contenido jurídico conformado por el nivel constitucional y por el nivel infraconstitucional (contenido legal y contenido reglamentario) [4]. Aquí sólo interesa referir del contenido constitucional de un derecho fundamental.

El contenido constitucional de un derecho fundamental puede ser definido de modo básico como aquel contenido recogido en la Constitución. Este recogimiento se produce a través de disposiciones constitucionales de las que se desprenden normas de naturaleza distinta [5]. Una de ellas es la de máximo grado de generalidad lingüística que dan paso a normas de máximo grado de indeterminación normativa. Son tales normas aquellas que ordenan la protección de un derecho fundamental recogiendo el nombre del bien humano [6] que le da justificación [7]. Normas como, "está ordenado respetar el derecho a la vida" [8], o "está ordenado respetar la libertad personal" [9],

---

[3] C. Sánchez Viamonte, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957. p. 564.

[4] L. Castillo Córdova, *El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, pp. 109-112.

[5] R. Guastini, *Disposición vs. Norma*, en S. Pozzolo, R. Escudero, *Disposición vs. Norma*, Lima 2011, pp. 133-156.

[6] Los derechos humanos pueden ser definidos como "bienes humanos debidos a la persona", por lo que es posible sostener que detrás de cada derecho humano hay un bien humano, porque detrás de cada derecho humano está la persona misma. Cfr. L. Castillo Córdova, *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*, en J. M. Sosa Sacio, (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, 2009, pp. 35-43.

[7] En palabras del Tribunal Constitucional, "[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa". EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento 10.

[8] Esta norma, por ejemplo, se concluye desde el artículo 2.1 de la Constitución peruana: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

[9] Para el caso peruano, esta norma se concluye desde el artículo 2.24 de su Constitución: "Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales".

son un ejemplo. Este tipo de normas son tan indeterminadas que parecen conformar fórmulas huecas, pero no es así, pues se constitucionaliza aquello que hace que tal derecho humano positivado sea reconocible como tal, es decir, su esencia o contenido esencial [10].

Otras modalidades de normas en las que se constitucionaliza un derecho humano son aquellas que o tienen algún relevante grado de indeterminación normativa o no tienen grado relevante de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, es un caso de norma con algún relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que "está permitido matar a aquel que incurre en delito de traición a la patria en caso de guerra" [11]; y es un ejemplo de norma sin relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que "está ordenado llevar al detenido ante el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención" [12]. La particularidad de estos tipos de normas constitucionales es que son concreciones directas y necesarias de normas de máximo grado de indeterminación normativa, por lo que conforman el contenido esencial.

De esta manera se puede concluir que el contenido constitucional de un derecho fundamental viene conformado tanto por su contenido esencial constitucionalizado en normas de máximo grado de indeterminación normativa; como por las concreciones directas y necesarias de su contenido esencial constitucionalizadas en normas con algún o sin relevante grado de indeterminación normativa. Esto permite sostener que el contenido esencial de un derecho fundamental equivale a su contenido constitucionalmente

---

[10] El contenido esencial puede ser definido como aquel que traza las líneas constitutivas del derecho y, por tanto, viene conformado por el conjunto de facultades o atribuciones (posiciones jurídicas, en definitiva), que hacen que un derecho sea tal derecho y no otro distinto. Es ilustrativo, a este respecto, los dos caminos que para definir el contenido esencial manifestó el Tribunal Constitucional español en su temprana STC 11/1981, fundamento 8. Uno es "la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho"; y el otro es "los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos".

[11] Es una norma que se concluye del artículo 140 de la Constitución peruana: "La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

[12] Esta norma procede del artículo 2.24 apartado f de la Constitución peruana: "El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia".

protegido [13], consecuentemente la negación del contenido constitucional de un derecho fundamental siempre supondrá la desnaturalización del mismo, porque su negación supondrá a su vez la negación de aquello que hace al derecho fundamental reconocible como tal y, por tanto, negará la adquisición o goce del bien humano que anima y justifica todo derecho humano constitucionalizado [14].

3. — *El TC como comisionado del Poder constituyente.*

La constitucionalización de los derechos humanos no asegura por sí misma la plena vigencia de su contenido esencial, sino que demanda la existencia tanto de órganos como de procedimientos destinados a su aseguramiento efectivo. Aquí interesa hacer referencia a los primeros. Entre los órganos creados por el Constituyente para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, se encuentra el TC, y/o los jueces del Poder Judicial. Aquí solo se hará referencia al primero de ellos. Como creación *ex novo* por parte del Constituyente, preguntarse acerca de la posición jurídica del TC, implica necesariamente referirse a las concretas decisiones constituyentes que en cada ordenamiento jurídico se han adoptado respecto de él. Sin embargo, de modo general es posible poner de relieve algunos elementos configuradores de su naturaleza jurídica que definen su posición, tal y como se hará aquí.

Lo primero que, de modo general, hay que advertir respecto del TC, es que tiene una naturaleza instrumental. No tienen razón de ser por sí mismo, sino que es creado para conseguir una finalidad: asegurar la plena vigencia de la Constitución [15]. Cuando se manifiesta el Poder constituyente, lo hace con el propósito de dotar a la comunidad política de una base normativa fundamental, la cual hoy recibe el nombre de Constitución. La Asamblea

---

[13] L. Castillo Córdova, *La Constitución como objeto de control constitucional*, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, pp. 276-279.

[14] Esto no ocurre con el contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales porque al representar derivaciones sucesivas y accesorias del contenido esencial, en ningún caso se pone en juego la adquisición y/o goce del bien humano que le da sustento.

[15] Cfr. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Trad. Roberto Brie, Madrid 1995, pp. 27 y ss.

constituyente, manifestación del Poder constituyente, existirá como tal sólo hasta la aprobación de la Constitución, luego de lo cual se disuelve y se repliega. Al Poder constituyente le interesa que su obra rija de modo pleno el mayor tiempo posible, por lo que ha creado un órgano al que le encarga que en su ausencia, vele por la vigencia real y plena de su obra, la Constitución. En este contexto, la finalidad por la que existe el TC, tiene la naturaleza de encargo o comisión: se le encarga o comisiona velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones constituyentes recogidas en la Constitución. El TC es, en este sentido, un comisionado del poder constituyente [16].

Como tal, el TC puede ser o no el único comisionado, dependerá de la decisión adoptada por el Poder constituyente en cada Constitución nacional. Si no lo fuese, surge una doble cuestión. Por una lado, la de determinar los otros órganos cuya finalidad atribuida es también la de asegurar la vigencia plena de la Constitución; y segundo, la de determinar la relación existente entre los distintos órganos que tengan atribuido esta misma comisión. Estas cuestiones se han de resolver en cada sistema constitucional concreto de la mano de las decisiones que el respectivo Poder constituyente haya adoptado. Cuando éste decide que la comisión no recaiga sólo en el TC, tiene la libertad de decidir encomendarla en cualquier otro órgano constitucional, normalmente en los Jueces del Poder Judicial. Si así lo hiciese, necesariamente resulta definiéndose una relación de preferencia del TC en el cumplimiento de la comisión.

Cuando esto ha ocurrido, no ha sido sencillo definir la relación entre el TC y los jueces del Poder Judicial, en el ejercicio del encargo, principalmente, en la parte referida a la protección de los derechos fundamentales. Esta relación necesariamente vendrá marcada por el hecho de que el Poder Judicial se organiza en varias unidades de decisión jurisdiccional interna, ordenadas según especialidades y según instancias. Esto no ocurre en la organización interna del TC, éste resuelve en una sola instancia sólo asuntos que tienen un significado constitucional, tanto por su contenido como por su nivel normativo. En este contexto de especialización constitucional que se le atribuye, resulta razonable que haya cuestiones constitucionales que sólo sean resueltas por el TC, normalmente las de significado constitucional que sean consideradas

[16] E. García De Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, p. 197.

como más trascendentes por el Constituyente. Del mismo modo, en este contexto de una sola instancia, resulta razonable que aquellas otras cuestiones constitucionales en las que intervienen tanto los jueces del Poder Judicial como el TC, éste lo haga como última y definitiva instancia.

Así, siempre desde una perspectiva general, es posible reconocer como elemento en la configuración de la naturaleza y posición jurídica del TC, su calidad de comisionado único o mayor del Poder constituyente.

4. – *El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad.*

El TC, como comisionado del Poder constituyente, requiere contar con los medios necesarios para cumplir cabalmente con el encargo previsto. El encargo encomendado al TC se desenvuelve en dos momentos. Primero, al determinar cuándo ha habido incumplimiento de la Constitución para, en segundo lugar, decidir la desaparición o neutralización del mismo. Es en referencia a estos dos momentos en los que se han de localizar los medios necesarios para cumplir con la comisión encargada.

4.1. – *Su papel de intérprete constitucional.*

Del primero de los mencionados momentos se formula el medio siguiente: la interpretación vinculante de las disposiciones constitucionales. Si la tarea encargada al TC consiste en velar por el cumplimiento pleno de la Constitución, necesariamente requiere de la capacidad para interpretarla. La razón sigue siendo la sencilla advertencia de que para determinar si una actuación pública o privada contraviene a la Constitución, antes se ha de tener la capacidad de determinar vinculantemente lo que ella manda. Tener esta posibilidad implica necesariamente reconocer la atribución de asignar significados normativos a las disposiciones distintas que componen la Constitución. Es lo que se conoce como interpretar [(17)]. El TC interpreta pues vinculantemente a la Constitución [(18)].

[(17)] R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 2008, pp. 3-6.

[(18)] La eficacia de la labor del TC exige reconocer fuerza vinculante a sus decisiones. Si vinculante es la decisión, vinculante ha de ser también la justificación que de modo nece-

Esta actividad interpretativa se manifiesta muy rica e intensa cuando se trata de establecer significados jurídicos a las disposiciones iusfundamentales. Como se dijo ya, las normas que recogen derechos fundamentales pueden ser o de máximo grado o de relevante grado o sin grado relevante de indeterminación normativa. Todas estas normas pueden ser tenidas como normas directamente estatuidas [19]. De todas ellas el TC puede formular interpretaciones.

De las normas con máximo o con algún grado de indeterminación normativa el TC formulará concreciones. Una concreción normativa puede ser definida como una determinación o estrechamiento del grado de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, si la norma directamente estatuida por el constituyente afirmase que "está ordenado garantizar (el contenido esencial de) la libertad de expresión e información" [20], la interpretación que de ella formule el TC puede manifestar que "está ordenado garantizar la libre difusión de información veraz" [21]. Esta interpretación significa una concreción del ámbito normativo de la norma directamente estatuida, al circunscribir la protección no a todo tipo de información, sino solamente a la información veraz.

Mientras que de las normas sin relevante grado de indeterminación normativa el TC no podrá formular concreciones sino ampliaciones normativas. A través de una interpretación inductiva, el TC puede formular una norma con algún grado o con máximo grado de indeterminación normativa no ma-

---

sario se une a ella; y la justificación necesaria viene conformada indefectiblemente por las interpretaciones que de la Constitución formula el TC, en la medida que ellas permitirán precisamente concluir la existencia o no de una infracción constitucional.

[19] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 63-73.

[20] Para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: "Toda persona tiene derecho: (…) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley" (artículo 2.4 de la Constitución).

[21] Este enunciado normativo puede ser concluido, por ejemplo, desde la siguiente afirmación del TC peruano: "la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz". EXP. N.° 0905–2001–AA/TC, fundamento 9.

nifestada expresamente por el Constituyente. Así, por ejemplo, de la norma constitucional que dispone que "está ordenado poner al detenido a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas" [22], el TC puede interpretar que esta norma es una concreción de una norma más genérica: "está ordenado que la detención preventiva dure un plazo estrictamente necesario" [23].

En aquellos ordenamientos jurídicos en los que la comisión de velar por el pleno cumplimiento de la Constitución no se ha circunscrito al TC, sino que se ha extendido también a los Jueces del Poder Judicial, el TC aparece como Supremo intérprete de la Constitución por la posición de comisionado mayor que se le ha de reconocer por las razones ya mencionadas anteriormente: si es comisionado mayor necesariamente será intérprete mayor o supremo. Por lo que este es un segundo elemento llamado a definir en general la posición jurídica del TC: único o supremo intérprete vinculante de la Constitución.

4.2. – *Su papel de controlador constitucional.*

En relación al segundo de los referidos momentos se formula el medio siguiente: los instrumentos jurídicos para neutralizar eficazmente la agresión constitucional detectada. El TC, como comisionado del Poder constituyente, necesita tener reconocida una suerte de energía correctora, la suficiente para enfrentar los inconstitucionales excesos del poder público y privado y así neutralizar la vulneración de la Constitución [24]. Varios elementos pueden

---

[22] Como ya se advirtió, para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: "El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia". Artículo 2.24 apartado f.

[23] Para el caso peruano, así puede ser concluido desde la siguiente afirmación del TC: "resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario. En suma, toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos casos, la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente". EXP. N.° 06423–2007–PHC/TC, fundamento 9.

[24] L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima, 2007, pp. 207-209.

conformar esta energía correctora. Uno de ellos, y además decisivo, es el de declarar la invalidez jurídica de los actos públicos o privados que contravienen a la Constitución, ya sea para derogarlos y con ello expulsarlos del ordenamiento jurídico, ya sea para declarar su ineficacia en el marco de un caso concreto.

Un sistema jurídico interno se formula según distintos niveles de normatividad, la validez y consiguiente eficacia de las normas de un nivel dependen de su ajustamiento a las normas del nivel superior. Así, la validez y eficacia de las normas infra legales depende de su ajustamiento material y formal a la Ley y a la Constitución; mientras que la validez y eficacia de la Ley dependerá de su ajustamiento material y formal a la Constitución. En esta lógica organizativa, la validez jurídica de todas las normas infraconstitucionales, dependerá de su ajustamiento a las exigencias constitucionales. Si este ajustamiento no se produce, lo requerido es la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico. Normalmente, al TC se reserva la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas con rango de ley, a través de un proceso que suele denominarse proceso de inconstitucionalidad [25].

Las actuaciones no normativas del poder público, como las decisiones o resoluciones administrativas y las resoluciones judiciales, también podrán ser invalidadas jurídicamente por contravenir la Constitución, a través de los procedimientos (normalmente a través del amparo constitucional) y con los efectos que en cada ordenamiento jurídico se decida [26].

Las actuaciones privadas también están sometidas a la Constitución, por lo que también son objeto de control de constitucionalidad. Normalmente, las actuaciones normativas (reglamentos de personas jurídicas y contratos), así como las actuaciones no normativas, son invalidadas a través del proceso de amparo constitucional cuando hay vulneración de la Constitución por agresión del contenido esencial de algún derecho fundamental.

El ejercicio de estas atribuciones es posible a través de la formulación

---

[25] Tal y como ocurre en el caso peruano, en los sistemas en los que los Jueces del Poder Judicial son concebidos también como comisionados, participan en la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas infralegales.

[26] Respecto de estas actuaciones no normativas, y ahí donde existe más de un comisionado del Poder constituyente, la actuación del TC ocurre en última y definitiva instancia, tal y como acontece en el sistema constitucional peruano.

de un juicio de constitucionalidad. El TC compara por un lado el mandato contenido en una disposición constitucional con la acción pública o privada supuestamente inconstitucional. Si ésta no se ajusta a aquella, el TC así lo declara, perdiendo validez jurídica o perdiendo eficacia jurídica (según sea el proceso constitucional activado). Es el modo como realiza el control de constitucionalidad en el cumplimiento de la comisión encargada.

Consecuentemente, es posible concluir un elemento más que dibuja la posición jurídica del TC: es único o supremo controlador de la constitucionalidad de los actos públicos o privados, a fin de determinar su validez o eficacia jurídica.

5. — *El TC como creador de derecho constitucional.*

Una vez justificada la posición jurídica del TC como único o supremo intérprete y controlador de la Constitución, corresponde analizar las consecuencias de esta posición. Ya se ha explicado que el TC formula concreciones de los ámbitos normativos indeterminados de las normas directamente estatuidas con máximo o con algún grado relevante de indeterminación normativa; y que formula ampliaciones de las normas directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Corresponde ahora preguntarnos por la naturaleza jurídica de éstas interpretaciones.

Si la interpretación o es una concreción o es una ampliación del ámbito normativo de un derecho fundamental, su naturaleza necesariamente será normativa y, consecuentemente, vinculará [27] a todos los operadores jurídicos [28]. Estas normas no significan un mero reconocimiento de una norma

---

[27] De modo que "el hecho de que las normas adscritas concretadas (…) sean vinculantes para sus destinatarios, es sin embargo el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas". C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 127.

[28] Y esto se condice con el reconocimiento formulado ya antes, de que la interpretación que formule el TC necesariamente ha de ser vinculante, de lo contrario su existencia como órgano de control constitucional pierde su razón de ser. Si el control es vinculante, la interpretación necesariamente lo ha de ser también, porque no hay control sin previa interpretación.

preexistente [29], sino que ha de ser tenida como una verdadera creación jurídica [30]. El intérprete constitucional no crea la norma constitucional directamente estatuida, sino que parte de ella para formular una concreción o una ampliación normativa, por eso no estamos ante una actividad creadora *ex novo*, sino que está condicionada a la exigencia de justicia constitucionalizada que se recoge en la norma constitucional concretada o ampliada [31]. Esto genera dos consecuencias. La primera es que la norma creada por la interpretación pasa a adscribirse a la norma directamente estatuida y respecto de la cual representa una concreción o una ampliación del ámbito normativo. Son por esta razón normas adsciptas [32]. Y la segunda consecuencia es que todas estas interpretaciones se adscriben a la norma constitucional directamente estatuida como consecuencia de la fuerza del órgano que realiza la adscripción (el TC) [33], por esta razón la norma adscripta es siempre constitucional desde el punto de vista de la adscripción o pertenencia. Al ser esta una razón formal, la norma adscripta será siempre formalmente constitucional. Desde el punto de vista material, es posible sostener que si no han sido dadas razones correctas para la adscripción, la norma que formalmente se adscribe puede ser materialmente contraria a (la exigencia de justicia que contiene) la norma directamente estatuida, de darse este caso, la norma adscripta será materialmente inconstitucional [34].

---

[29] Como lo proponen algunos autores. Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 120.

[30] Como lo propone Hesse, al afirmar que "la interpretación constitucional tiene carácter creativo". K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 40.

[31] P. Serna, *Introducción*, en Idem (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición, Granada, 2005, pp. 5-6.

[32] Entre la norma directamente estatuida y la norma adscripta que la concreta hay una relación de precisión y de fundamentación, que permiten tener a ésta como norma constitucional. En referencia a las normas (directamente estatuidas o adscriptas) iusfundamentales, véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 69 y 70.

[33] Repárese en que la interpretación de la disposición constitucional es formulada por el TC en su calidad de único o supremo comisionado del poder constituyente.

[34] En referencia a las normas de la Constitución referidas a derechos fundamentales, Alexy manifiesta que "[u]na norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente

Una norma adscripta puede ser formalmente constitucional y materialmente inconstitucional [35].

Así queda justificada la calidad de creador de derecho constitucional adscrito que se le ha de reconocer al TC. En aquellos sistemas en los que además del TC existan otros controladores, como los jueces, el TC adquiere la calidad de máximo creador de derecho constitucional adscripto. Esto tiene al menos dos consecuencias. La primera es que su creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad por ningún órgano, ni nacional ni internacional [36], lo cual no significa que no pueda ser anulada por ser contraria a una disposición convencional que positiva una exigencia de justicia [37]; y la segunda significa que su interpretación se impone a la interpretación constitucional que realicen los demás intérpretes vinculantes [38], de modo que en caso de contradicción prevalecerá la de aquél. Así, las in-

---

es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*". R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 71. Esta definición ha de ser matizada con la siguiente afirmación: se trata de una definición que atañe a la adscripción material y no a la formal de la norma adscripta.

[35] En la tipología de normas constitucionales inconstitucionales, esta sería una de "inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado", O. BACHOFF, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Lima 2008, p. 65.

[36] L. CASTILLO CÓRDOVA, *Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución*, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011, pp. 28-30.

[37] Una interpretación de la Constitución que formule el TC será tenida como inválida cuando la Corte IDH la ha declarado contraria a la CADH. Sobre el juicio de convencionalidad que implica el control convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cfr. N. SAGÜÉS, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1, Madrid 2010; E. FERRER MC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 2011, pp. 531-622.

[38] Esta imposición acontecerá a través del control constitucional que el TC tiene asignado de modo supremo también. A través de un tal control se impedirá que la norma constitucional adscrita surja (por ejemplo, corrigiendo una interpretación constitucional formulada por un juez en un proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data o de cumplimiento que el Tribunal mencionado conoce en última instancia), o que habiendo surgido siga reconociéndosele validez (por ejemplo, cuando declara la inconstitucionalidad de una ley que concreta una disposición constitucional) o eficacia (cuando inaplica una ley que concreta una disposición constitucional).

terpretaciones que de la Constitución formula el TC han de ser tenidas no solo como fuente de derecho constitucional [39], sino como fuente mayor [40].

6. — *La posición jurídica de la Corte IDH.*

1. La CADH reconoce derechos humanos y crea órganos para su protección

El sistema de producción normativa en el ámbito internacional, ni está unificado ni centralizado de la misma forma que lo está en el seno de los Estados nacionales. No obstante, es posible reconocer un poder normativo en los Estados, ya sea individualmente considerados, ya sea agrupados en organizaciones internacionales. La CADH, y como resultado del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos [41], ve la luz en el marco de una de éstas organizaciones: la Organización de los Estados Americanos (OEA) [42], en cuya Carta se hace referencia a ella [43]. La CADH tiene una clara finalidad: "la protección internacional de los derechos esenciales del hombre" [44]; y para lograrlo ha organizado "un

---

[39] En palabras del TC, "[l]as sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado". EXP. N.° 3741–2004–PA/TC, fundamento 42.

[40] L. Castillo Córdova, *Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el TC*, cit., pp. 25-29. Una interpretación divergente en F. Velezmoro Pinto, *El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del TC peruano y el neoconstitucionalismo*, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 112, junio 2010, pp. 57-72.

[41] P. Nikken, *Los Derechos Humanos en el Sistema Regional Americano*, en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 98.

[42] Como es sabido, la CADH se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos realizada en San José, Costa Rica; y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, con el depósito de la undécima ratificación en cumplimiento del requisito exigido por el artículo 74.2 CADH.

[43] La referencia es a través de la expresión "Convención interamericana sobre derechos humanos", en el Capítulo XV (artículo 106) y Capítulo XXII (artículo 145).

[44] Corte IDH, Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 16 (en la web de la Corte IDH, aparece en la sección opiniones consultivas). Esta finalidad es posible de concluir del segundo considerando del preámbulo de la CADH: "Re-

sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse" [45].

Tal finalidad y sistema organizado, vienen esencialmente manifestados en la primera parte de la CADH (que se denomina "Deberes del Estado y Derechos protegidos"), y en la que se recoge un conjunto de disposiciones que positivan los derechos humanos, es decir, en las que se recogen las exigencias de justicia que se formulan desde y a favor de la Persona [46]. Al cumplimiento de estos derechos humanos se obligan los Estados [47], ya sea respetando [48] ya sea garantizando [49] los derechos humanos (artículo 1 CADH), particularmente adoptando las correspondientes disposiciones de derecho interno para favorecer tal respeto y garantía [50] (artículo 2 CADH),

---

conociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

[45] Corte IDH, asunto de Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

[46] Estas exigencias de justicia que representan los derechos humanos, "son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado". Caso Velásquez Rodríguez / Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 *(Fondo)*, párrafo 165.

[47] J. C. Hiters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, pp. 83-85.

[48] Se trata de una "obligación de no hacer que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables", A. Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas 1997, p. 201.

[49] Este deber de garantizar, "implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". Caso Velásquez Rodríguez / Honduras, citado, párrafo 166.

[50] En palabras de la Corte IDH, "[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a

y cuyo incumplimiento le genera responsabilidad internacional [51].

En la segunda parte de la CADH, y que se denomina "Medios de la protección", se regulan los órganos y mecanismos procedimentales a través de los cuales se intentará asegurar el cumplimiento estatal de los preceptos convencionales en los que se recogen los derechos humanos. Tales órganos regulados son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). En esencia, pues, la CADH reconoce los derechos humanos para plantear su cumplimiento como un deber estatal [52], y crear los órganos encargados de velar por tal cumplimiento [53].

A diferencia de lo que ocurre con los derechos humanos, respecto de los cuales el Legislador internacional no realiza un acto de creación, sino que se limita a reconocerlos para asegurar su cumplimiento pleno [54]; la Comisión IDH y la Corte IDH, son órganos efectivamente creados por el mencionado Legislador: la primera a través de la Carta de la OEA, y la segunda en la CADH [55]. Si no se hubiese decidido que existiesen, no existirían. Esta advertida situación exige que el significado y la posición jurídica de la Corte IDH, que es lo que ahora interesa determinar, se ha de buscar en las decisiones que el Legislador internacional americano haya plasmado en el texto de la CADH, como a continuación se pasa a estudiar.

---

la efectiva observancia de dichas garantías. Caso *Castillo Petruzzi y otros / Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 *(Fondo, Reparaciones y Costas)*, párrafo 207.

[51] M. I. Del Toro Huerta, *La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en R. Méndez Silva, (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México 2002, pp. 666-669.

[52] J. C. Hiters, *Derecho internacional de los derechos humanos*,.cit., p. 83.

[53] La tercera parte no es relevante a los efectos de este análisis porque contiene una serie de disposiciones generales y transitorias que no son relevantes para las cuestiones aquí planteadas.

[54] En todo caso, puede ser tenido como creador de derecho convencional en el sentido que formula la concreta disposición convencional, pero no la exigencia de justicia en ella positivada y que como realidad jurídica preexiste al acto positivador.

[55] En la Carta de la OEA, en la relación de órganos previstos no se encontraba la Corte IDH, sino sólo la Comisión. La creación de aquella y el redimensionamiento funcional de ésta, vino de la mano de la CADH.

7. — *La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional.*

La primera referencia que se hace a la Corte IDH ocurre en el artículo 33 CADH. Y con el siguiente enunciado se dispone que la Corte IDH es competente "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención". Esta referencia es general, y es precisada más adelante, al disponerse que la Corte IDH "tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención" (artículo 62.3 CADH). De modo que "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" (artículo 63.1 CADH).

De estas referencias normativas de la parte orgánica de la CADH, es posible formular varias conclusiones. Una primera es el carácter instrumental que se le ha de reconocer a la Corte IDH. Todo medio hace depender la legitimidad tanto de su existencia como de su actuación, de la efectiva consecución de una finalidad. Tal finalidad, para el caso de la Corte IDH, es velar por el ajustamiento cabal de la actuación estatal a las exigencias de los derechos humanos reconocidos en la CADH. Los Estados a ésta vinculados, "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" (artículo 1.1 CADH).

La existencia de la Corte IDH, así como las distintas atribuciones que se le reconocen, sólo se justifican desde que se le ha asignado el encargo de velar por la plena realización de la Persona, a través de la verificación de la sujeción estatal a las normas y consecuentes posiciones jurídicas que razonablemente es posible concluir desde las disposiciones de la CADH y, con ella, de los protocolos adicionales y demás disposiciones internacionales del ámbito interamericano. Corresponde, "a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados" [(56)], de modo que pueda ser considerada un órgano con una concreta misión que lo convierte en "contralor de la aplica-

[(56)] Corte IDH, asunto Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

ción de los pactos que firmen los distintos Estados" [57].

Esta existencia y actuación condicionada y por ello esencialmente limitada al cumplimiento de esta misión, hace posible que la Corte IDH pueda ser tenida como una comisionada del Legislador americano internacional. Éste le ha encargado velar por la correcta interpretación y aplicación estatal de la CADH y, en general, de todo el sistema jurídico interamericano de protección de los derechos humanos. En definitiva, existe para asegurar –en la mayor medida de lo posible–, la plena vigencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que en el marco de la OEA han firmado los Estados interamericanos. En el cumplimiento de este encargo, la Corte IDH encuentra su legitimidad tanto de origen, como de actuación: existe para esto, y para esto a de actuar. Este es el primer elemento de la posición jurídica de la Corte IDH: órgano que existe y actúa como comisionado del Legislador internacional interamericano.

Como se podrá comprender, resulta decisivo a la figura de un comisionado, no sólo la existencia de una determinada comisión o encargo, sino también la dación de instrumentos para cumplir con lo encargado. Del encargo se ha justificado hasta aquí, ahora corresponde tratar acerca de los medios para llevar a cabo el encargo.

8. — *La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH.*

Este primer elemento que define la posición jurídica de la Corte IDH, hace de ella una realidad cuya actuación es una esencialmente condicionada. Tiene una finalidad muy definida que cumplir, y los instrumentos (funciones y competencias) que se la haya previsto, sólo podrán ser empleados para el cumplimiento cabal de la misión encomendada. No es, pues, un empleo arbitrario el que viene exigido desde la posición jurídica de la Corte IDH. Este es el marco general dentro del cual se ha de analizar los medios que el Legislador interamericano, a través de la CADH, le ha deparado a la Corte IDH. La referencia a los medios previstos para la realización del encargo, nos lleva a la segunda conclusión que sobre la posición jurídica de la Corte

[57] J. C. Hiters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., p. 420.

IDH es posible formular desde la normatividad convencional anteriormente transcrita, y que a continuación se detalla.

– Interpretación convencional y competencia contenciosa.

Es razonable pensar que además del encargo, el Legislador internacional ha deparado a la Corte IDH unos instrumentos para cumplir eficientemente la comisión encomendada. La eficiencia no sólo tiene que ver con detectar incumplimientos estatales a los mandatos convencionales, sino también, de prevenir la realización de los mismos. Precisamente por esto es que a la Corte IDH se le ha reconocido tanto una competencia contenciosa, como una consultiva.

Respecto de la primera, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver todo *caso* relativo a la *interpretación* y *aplicación* de las disposiciones convencionales (artículo 62.3 CADH). Con la expresión *caso*, se está haciendo alusión a las controversias que se originen en torno al cumplimiento o no de las obligaciones estatales sobre el respeto de los derechos humanos. Por eso, inmediatamente después se dispone lo que ha de hacer la Corte IDH si ésta decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la CADH: disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conclucados (artículo 63.1). En este marco encaja bien la consideración de la Corte IDH como "una institución judicial del sistema interamericano" [58], y la consideración de su labor como un control de convencionalidad de las actuaciones estales [59].

Estos casos o asuntos controversiales, se resolverán con base en la *interpretación* y *aplicación* de las disposiciones convencionales, como se dijo. Esta es una herramienta esencial para el cumplimiento de la comisión encomendada. Si ésta consiste en velar por el cumplimiento efectivo de la CADH, más precisamente, de las disposiciones en las que se recoge los derechos humanos, resulta necesario reconocer la capacidad de determinar cuándo

[58] OC 1/82, del 24 de septiembre de 1982, "otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 19.

[59] En esta lógica, se trata de la "competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional", K. CASTILLA, *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 606.

ha habido o no un incumplimiento de las referidas disposiciones. Sólo se está en condiciones de determinar que ha ocurrido un incumplimiento o no de la CADH cuando antes se está en condiciones de saber cuál es el o los mandatos exigibles desde ella. Y para saber determinar estos, se tiene que estar en condiciones de asignar significados normativos a las disposiciones convencionales por cuyo cumplimiento se velará, es decir, se tiene que estar en condiciones de interpretar la Convención.

– Interpretación convencional y competencia consultiva.

Respecto de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver las consultas que sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (artículo 64.1 CADH) –particularmente, sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo 64.2 CADH)–, pueda formularle un Estado miembro o la Comisión IDH. A través de la absolución de estas consultas, y con base en el Derecho internacional de los derechos humanos en general, y en la CADH en particular, la Corte IDH presentará pautas normativas de actuación a las que se ha de sujetar el Estado a fin de cumplir con su deber de sujeción efectiva a las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Para tener la posibilidad real de presentar las mencionadas exigencias normativas de actuación estatal, la Corte IDH expresará mandatos a partir de las disposiciones convencionales, es decir, tiene que reconocérsele la posibilidad de interpretarlas. A partir de esta interpretación, la Corte IDH formulará interpretaciones convencionales en torno a un problema jurídico planteado sin que aún se halla generado controversia iusconvencional concreta.

– Carácter vinculante de la interpretación convencional.

Una vez justificado que tanto en su competencia contenciosa como en la consultiva, la Corte IDH realiza una actividad interpretativa de la Convención, corresponde determinar si los significados normativos que determine la Corte IDH son o no vinculantes.

En referencia a la competencia contenciosa.

En referencia a la competencia contenciosa, es posible sostener dos razones a favor de su carácter vinculante. La primera es el carácter vinculante de las decisiones que adopte en ejercicio de la competencia contenciosa.

El ejercicio de esta competencia solamente alcanza a los Estados que "hayan reconocido o reconozcan dicha competencia" (artículo 62.3 CADH). El reconocimiento de la competencia contenciosa por parte de un Estado significa la manifestación de una voluntad estatal que asume el compromiso internacional de cumplir las decisiones que la Corte IDH adopte en el ejercicio de tal competencia. Por esto, las decisiones en asuntos contenciosos serán siempre vinculantes porque solamente se despliega para Estados que le reconocen vinculatoriedad. Pues bien, las interpretaciones de las disposiciones convencionales en el ejercicio de la competencia contenciosa vienen a conformar las justificaciones o motivaciones (artículo 66.1 CADH) de un fallo que es definitivo e inapelable (artículo 67 CADH), por lo que tales interpretaciones aparecerán siempre como vinculantes.

En este punto conviene plantear la pregunta del alcance de la vinculación de las interpretaciones convencionales que elabore la Corte IDH. No cabe duda, por lo que se acaba de manifestar, que la vinculación ocurre respecto del Estado denunciado. Pero la vinculación se extiende también a todos los demás Estados firmantes de la CADH, hayan o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones [(60)]. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones iusfundamentales. Desde tales interpretaciones será posible esperar una misma decisión a casos sustancialmente iguales.

Y la segunda razón es que cuando se ejerce la competencia contenciosa, la Corte IDH deberá determinar si un determinado comportamiento estatal se ha ajustado o no a la CADH. Esto significa que la Corte IDH controlará la sujeción estatal a la CADH a fin de asegurar la plena vigencia del derecho

[(60)] Sobre esto se regresará más adelante cuando se trate acerca de la función de creación de derecho convencional adscrito que tiene la Corte IDH.

convencional. Este control de convencionalidad necesariamente ha de ser tenido como un control vinculante, de lo contrario sería imposible que la Corte IDH alcanzase a cumplir con el encargo que la CADH le ha asignado. Ocurre, adicionalmente, que solo será posible el control convencional si antes es posible realizar interpretación convencional. Así, si el control es un control vinculante, la interpretación convencional también ha de ser vinculante.

En referencia a la competencia consultiva.

En referencia a la competencia consultiva, también pueden ser dadas dos razones para justificar el carácter vinculante de las interpretaciones convencionales que formule la Corte IDH. La primera es una exigencia de razonabilidad. Cuando la mencionada Corte emite un fallo o resuelve una consulta, lo hace institucionalmente y según un determinado entendimiento jurídico de la disposición convencional interpretada. Esto significa que en uno u otro ámbito, la Corte IDH ha de manifestar una misma interpretación respecto de un precepto convencional. No es razonable esperar que a través de una competencia emita una interpretación que luego no seguirá en el ejercicio de la otra competencia. Por el contrario, una vez definido el alcance de una disposición convencional, lo hace de modo definitivo para ser presentada y/o recordada y exigida en todos los futuros asuntos sustancialmente iguales, sean contenciosos o consultivos, que deba resolver.

Y la segunda razón, muy vinculada a ésta primera, consiste en la exigencia de ordenación del sistema jurídico internacional americano sobre derechos humanos. La Corte IDH está llamada también a cumplir un papel ordenador dentro del sistema. Es en este marco, precisamente, que se ha de entender su función interpretativa en el ejercicio de la competencia consultiva y de la contenciosa. Las interpretaciones que de las disposiciones convencionales pueda formular, han de ser seguidas por la Corte misma, por los demás órganos internacionales como la Comisión IDH, y por las Cortes y Tribunales internos de los Estados respectivos cuando corresponda. Lo contrario sería sencillamente el caos jurídico, sin que se sepa bien a lo que habría que atenerse desde las disposiciones convencionales, dañando no sólo el bien humano seguridad jurídica, sino también la base institucional misma del edificio jurídico interamericano sobre derechos humanos.

Así, no es extraño que la Corte IDH invoque interpretaciones que de las

disposiciones convencionales ha formulado en opiniones consultivas, para resolver asuntos contenciosos. Por ejemplo, tiene dicho la Corte IDH que,

"Si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre aquellos derechos cuya suspensión no se autoriza en ningún caso, también lo es que esta Corte ha expresado que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática [y que] aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC–8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 42 y 43)" [(61)].

Las interpretaciones que de la CADH pueda formular la Corte IDH tienen carácter vinculante, tanto en el ejercicio de la competencia contenciosa como en el de la consultiva. Como comisionada del Legislador internacional, se ha de estar en condiciones de interpretar vinculantemente la disposición convencional. No hay, por tanto, cumplimiento del encargo o comisión, sin previa actividad interpretativa convencional vinculante por parte de la Corte IDH. Corresponde ahora saber si la Corte IDH es o no la única intérprete vinculante de la CADH. La pregunta se puede formular tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Ahora corresponde referirse sólo al primero.

– ¿Otros intérpretes internacionales de la CADH?

Así, la pregunta que se ha de intentar resolver ahora es la siguiente: ¿es posible sostener que en el ámbito internacional existe algún otro órgano con la competencia para interpretar vinculantemente las disposiciones de la CADH? Otro órgano internacional previsto por el Legislador internacional para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CADH, es la Comisión IDH. La Comisión "tiene la función principal de promover la observancia y

(61) Caso *Loayza Tamayo / Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 *(Fondo)*, párrafo 50.

la defensa de los derechos humanos" (artículo 41 CADH). Esta promoción la efectuará en el marco de sus funciones y atribuciones, particularmente en la tramitación de las denuncias y quejas de violación de la Convención que se le haya presentado (artículo 44 CADH), y de modo especial cuando se deba decidir acerca de su admisibilidad (artículo 46 y 47 CADH) y del procedimiento previo que se ha de llevar a cabo a fin de decidir si presenta o no el caso ante la Corte IDH (artículos 48 a 51 CADH).

La Comisión IDH tiene la función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y la cumple tanto frente a asuntos contenciosos como no contenciosos. Respecto de los primeros, sus competencias no son jurisdiccionales porque no tiene atribuido un papel de decisión sobre la existencia o no de agresión a la norma convencional, sino que adopta más bien un carácter de tramitadora y promotora de una solución amistosa. Mientras que respecto de los segundos, se limita a atender las consultas que le formulen los Estados miembros para presentar recomendaciones a los mismos sobre asuntos relacionados a los derechos humanos [(62)].

Pues bien, en este esquema operativo, la actuación de la Comisión IDH se desenvuelve según el marco interpretativo que de la CADH haya previamente desarrollado la Corte IDH. Tanto para la tramitación de una denuncia contra un Estado a fin de decidir si la presenta o no ante la Corte IDH, como para la formulación de recomendaciones y absolución de dudas, la Comisión IDH no interpreta la CADH, sino que aplica las interpretaciones que de ella haya efectuado con anterioridad la Corte IDH, en el ejercicio de sus competencias contenciosas o consultivas.

Teóricamente podría pensarse en el supuesto de denuncia contra un Estado por violación de una disposición de la CADH sobre la cual no existe un criterio jurisprudencial ni directo ni indirecto formulado por la Corte IDH que sea aplicable al caso por resolver. En este supuesto, si se reconociese capacidad interpretativa a la Comisión IDH, tal capacidad tendría las dos siguientes características. Primera, la interpretación se realizaría siempre con la finalidad de decidir la remisión o no del caso a la Corte IDH, nunca para resolver la cuestión de fondo planteada; y segunda, sería una interpretación que

[(62)] H. Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales,* reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2009, pp. 141-166.

para la Corte IDH tendría carácter de meramente indicativo. De estas observaciones puede concluirse que la Comisión IDH no interpreta la CADH, y si en algún caso lo hiciera, tal interpretación no llega a ser vinculante.

Siempre en el ámbito internacional, la ausencia de otro órgano de interpretación vinculante de la CADH, hace que un elemento configurador de la posición jurídica de la Corte IDH quede formulado en los siguientes términos: único intérprete vinculante de la CADH [(63)].

9. — *La Corte IDH como creadora de derecho convencional.*

-Tipo de disposiciones convencionales sobre derechos humanos.

Para diferenciar las disposiciones de la CADH en las que se reconoce los derechos humanos, es posible emplear las mismas categorías empleadas para el análisis de las disposiciones y normas constitucionales. Así, es posible reconocer normas convencionales con máximo grado, con relevante grado o sin relevante grado de indeterminación normativa. En las primeras, el legislador convencional se limita a reconocer el derecho humano mencionando el nombre del bien humano que le justifica. A través de estas normas se positiva en la CADH la esencia del derecho humano reconocido, es decir, su contenido esencial. Así, por ejemplo, la norma iusconvencional directamente estatuida desde el artículo 4.1 CADH, por la que se establece que "está ordenado respetar la vida de las personas", positiva el contenido esencial del derecho humano a la vida.

Mientras que en las segundas y terceras, el legislador convencional decide concreciones de las normas convencionales del primer tipo, es decir, son determinaciones del contenido esencial del derecho humano que se positiva en la Convención. Así, es un ejemplo de norma convencional con relevante grado de indeterminación normativa aquella que concreta el contenido esencial del derecho humano a la libertad de reunión en los términos siguientes: "está ordenado que el ejercicio de la libertad de reunión sólo pueda

---

[(63)] Este elemento es válido al menos en el ámbito internacional. Más adelante se analizará si en los ámbitos nacionales existen órganos que puedan interpretar de modo vinculante la CADH. Según la respuesta a la que se arribe, este elemento configurador quedará o no matizado.

estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás" (artículo 15 CADH). El relevante grado de indeterminación normativa de esta norma se muestra con expresiones como "sociedad democrática", "seguridad nacional", "orden público", entre otras. Mientras que un ejemplo de norma convencional sin grado de indeterminación relevante, es la norma que concreta el contenido esencial del derecho a la vida de la manera siguiente: "está prohibido imponer la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez" (artículo 4.5 CADH).

Los derechos humanos, pues, se positivan en la CADH a través de fórmulas lingüísticas genéricas que dan lugar tanto a normas con un máximo grado de indeterminación normativa, como a normas con relevante grado de indeterminación normativa. La indeterminación normativa, aunque en grados distintos, debe ser superada para resolver asuntos (controversias o consultas) concretos. La Corte IDH se presenta, así, como un órgano que con la interpretación convencional que realiza en el ejercicio tanto de la competencia contenciosa como de la consultiva, intenta superar el grado de indeterminación normativa de las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Corresponde analizar la naturaleza de las interpretaciones convencionales que en ejercicio de ambas competencias, formula la Corte IDH.

– Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia contenciosa.

En el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la superación de la indeterminación normativa se logrará a través de la concreción de la norma convencional indeterminada que es concluida desde una disposición convencional genérica, y que se muestra eficaz para resolver una controversia concreta. Esta concreción tiene carácter normativo y por ello vinculante, por las siguientes razones. Primera, porque tanto la disposición convencional como la norma directamente estatuida desde tal disposición convencional, son vinculantes; segunda, porque la interpretación convencional se formula a través del ejercicio de una competencia cuyo resultado no solo vincula al Estado respecto del cual se resuelve un caso, sino de todos

los Estados vinculados a la CADH, porque ésta rige y vincula también con las interpretaciones que se adscriben a ella, tal y como será explicado inmediatamente; y tercero, porque está destinada a justificar una decisión que resuelve una controversia de modo vinculante.

La concreción normativa debe tener un grado de determinación tal que permita construir una solución a una concreta controversia. Tal concreción llegará a definir tanto un supuesto de hecho como una consecuencia jurídica con muy reducido o inexistente grado de indeterminación normativa, lo que acontecerá cuando uno y otro están formulados con precisión. De manera que a diferencia de lo que ocurre con el Legislador convencional que normalmente formula disposiciones que dan origen a normas de máximo o relevante grado de indeterminación normativa, la Corte IDH normalmente formulará concreciones con irrelevante o inexistente grado de indeterminación normativa o, si se quiere, con alto o máximo grado de determinación normativa [(64)].

Este alto grado o máximo grado de determinación normativa es posible porque en la medida que se está ante un asunto contencioso, la concreción se formulará en referencia a un supuesto de hecho. Los elementos fácticos del supuesto de hecho permitirán una concreción tal que le dará operatividad a la disposición convencional, al punto de reducir notablemente o hacer desaparecer el grado de indeterminación normativa. Así, hay que sostener que fruto de la interpretación que de las disposiciones convencionales realiza la Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH para resolver una concreta denuncia, formulará normas que tienen el carácter de reglas.

Estas reglas son una concreción directa de la disposición convencional interpretada y por esta razón se adscribe a su ámbito normativo. Se trata de una norma que nace al mundo jurídico necesariamente adscrita a la disposición convencional concretada, por lo que bien puede ser denominada como "norma convencional adscrita" (o "regla convencional adscrita").

Es un ejemplo de este modo de concreción, el siguiente. El artículo 5.2 CADH es una disposición que concreta el contenido esencial del derecho humano a la integridad personal positivado en el artículo 5.1 CADH, a través de una disposición del máximo grado de indeterminación normativa.

[(64)] Por esta razón, podría ser llamada regla la concreción a través de la cual se resuelve la indeterminación normativa de una disposición convencional, que se formula en el marco y con la finalidad de dar solución a una concreta controversia.

El artículo 5.2 CADH, es una disposición de la que es posible concluir la siguiente norma directamente estatuida:

N: Está prohibido someter a alguien a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta norma tiene, debido a las expresiones "tortura, penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes", un relevante grado de indeterminación normativa que requiere de precisión. Esta precisión ha sido formulada por la Corte IDH, al manifestar que:

"Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (*supra,* párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana" [(65)].

De lo dicho por la Corte IDH es posible concluir la siguiente norma:

N1: Está prohibido la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos y las restricciones al régimen de visitas.

Esta norma puede ser determinada aún más. La manifestación transcrita de la Corte IDH, ha sido formulada en relación a los hechos considerados probados por la mencionada Corte, y que los ha referido en el párrafo 46. De ellos, interesa los recogidos "*supra,* párr. 46 c., d., e., k. y l". Tomemos, por ejemplo, lo referido en el párrafo 46 apartado "d". Ahí se da por probado que:

"la señora María Elena Loayza Tamayo, junto con otras personas, fue exhibida públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesada ni condenada" [(66)].

De esta manera, es posible formular una norma más concreta (casi con la

---

[(65)] Caso *Loayza Tamayo / Perú*, citada, párrafo 58.

[(66)] Caso *Loayza Tamayo / Perú*, citada, párrafo 46.d.

estructura de una regla), con un supuesto de hecho de irrelevante grado de indeterminación normativa, en los siguientes términos:

N2: Está prohibida la exhibición pública a través de medios de comunicación, de una persona con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesa ni condenada, por constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana [(67)].

Ni N1 ni N2 figuran en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 5.2 CADH. Estas normas han sido creadas por la Corte IDH, y surgen al mundo jurídico como concreciones de la mencionada disposición convencional concretada, de modo que existen adscritas a su ámbito normativo. De esta manera, en la normatividad internacional no sólo está vigente N (que es la norma genérica directamente estatuida que se concluye desde el texto abierto del artículo 5.2 CADH), sino que junto a ella está vigente N1 y N2 como normas convencionales adscritas.

– Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia consultiva

Algo similar es posible de concluir en el ejercicio de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH. Así, cuando éste órgano internacional tenga que resolver una consulta, lo hará en aplicación de la CADH (y de cualquier otra Convención o Tratado sobre derechos humanos que componga el sistema regional americano sobre derechos humanos), de modo que interpretará las disposiciones convencionales para concretarlas y dar una respuesta a la cuestión presentada. Una tal concreción contendrá una precisión al sentido interpretativo de la disposición convencional concernida. El hecho de que

---

[(67)] Podría decirse que esta norma tiene aún un grado de indeterminación que viene provocado por expresiones imprecisas como "exhibición pública" o "traje a rayas". Es verdad que en la formulación lingüística de la regla no se dice en que ha de consistir una exhibición para ser considerada como "exhibición pública", ni cómo ni cuantas han de ser las rayas del traje, ni qué tipo de traje a de ser uno para ser considerado "traje a rayas". Pero el contexto fáctico del caso y el normativo de las disposiciones y normas concernidas, permiten concluir con facilidad, primero, de que se trata de una presentación a la sociedad en general y a través de cualquier medio de comunicación, de una persona como delincuente; y segundo, de que se trata de un traje de presidiario con rayas gruesas horizontales que en el colectivo ciudadano identifica a un reo. Por estas razones, ese nivel de indeterminación es insignificante.

una consulta no vaya vinculada a una concreta controversia y, por tanto, a un plenamente definido supuesto fáctico, no impide que la Corte IDH formule una concreción normativa (incluso muy cercana al tipo regla: norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica sin grado de indeterminación alguno, o con grado de indeterminación irrelevante), tal y como lo hace en el ejercicio de su competencia contenciosa.

Como ejemplo se mencionará el siguiente. El artículo 27 CADH tiene dispuesto que:

"2. La disposición precedente [68] no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

De esta disposición es posible concluir razonablemente, entre otras, la norma convencional directamente estatuida siguiente:

N: Está prohibida la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 CADH.

En esta norma existe un problema de indeterminación normativa provocado por la expresión "garantías judiciales indispensables" (artículo 27.2 CADH), que es resuelto por la Corte IDH, a la hora que, en ejercicio de su competencia consultiva, manifestó que

"los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática" [69].

---

[68] La disposición precedente establece que "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (…)".

[69] OC–8/87, del 30 de enero de 1987, el Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De esta afirmación de la Corte IDH es posible concluir una norma que es concreción del artículo 27.2 CADH. Tal norma es una del tipo de regla porque ha definido completamente el supuesto de hecho, y es posible de formularse en los términos siguientes:

N1: Está prohibida la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus y de amparo para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 CADH.

N1 no está recogida en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 27 CADH. N1 está vigente sólo a partir de la intervención de la Corte IDH. Ésta la ha formulado como una concreción normativa de la mencionada disposición convencional, por lo que se adscribe a su ámbito normativo. En adelante, el artículo 27 CADH estará vigente según N1.

– Vinculación a las normas convencionales adscritas

La consecuencia necesaria de esta naturaleza adscrita de la concreción es que ella indefectiblemente compartirá tanto la naturaleza jurídica como el nivel normativo de la disposición concretada. Esta norma–regla, por tanto, es de tipo y nivel normativo convencional, será por ello derecho convencional. Esta situación permite sostener que la Corte IDH es, junto con el Legislador internacional, creadora de derecho convencional. La primera, como ya se adelantó, normalmente formula concreciones normativas sin ningún o con irrelevante grado de indeterminación normativa, y excepcionalmente las formula con grado de indeterminación significativo; mientras que con el segundo ocurre precisamente al revés: formula normas con relevante o máximo grado de indeterminación normativa, y escasamente formula normas con irrelevante o nulo grado de indeterminación normativa.

De esta manera, hay que asumir que la fuente de derecho convencional no sólo es el Tratado o la Convención, sino también la jurisprudencia de los órganos internacionales creados para interpretar de modo vinculante la disposición convencional, ya sea a través de la resolución de controversias contenciosas o de respuesta a las consultas formuladas, porque en tal jurisprudencia se recogen las interpretaciones convencionales por las cuales se formulan normas convencionales adscritas a normas convencionales directamente estatuidas que se desprenden de las disposiciones convencionales. De modo que a partir de que se establece tal interpretación, la disposición

convencional existe inexorablemente vinculada a un determinado sentido normativo, y le acompañará en su existencia jurídica, como se pudo comprobar con los ejemplos propuestos anteriormente [70].

Siendo esto así, es posible sostener que cuando una disposición de la CADH pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, necesariamente lo hace acompañada de las interpretaciones (las concreciones normativas) que de ella haya formulado la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva. Por esta razón el Estado (más concretamente, todos los tribunales y juzgados nacionales), cumplirá la CADH también cuando respete las normas convencionales adscritas formuladas por la Corte IDH. Estas son verdaderas normas convencionales y por esta razón vinculan a todos los Estados. La vinculación no es sólo para el Estado que provoca la interpretación de la Corte, ya sea porque fue denunciado o porque planteó la consulta, sino que como norma adscrita a una disposición convencional, vinculará a todos los Estados a los que vincula tal disposición convencional. En efecto, las concreciones normativas de la Convención no se formulan en función del concreto Estado denunciado o consultor, y por ello exclusivamente para él; sino que las concreciones normativas se formulan en función de unas determinadas circunstancias que compondrán, precisamente, el supuesto de hecho en el que consistirá la regla normativa establecida desde la disposición convencional, de modo que serán aplicables cada vez que se formulen esas mismas circunstancias independientemente del Estado en el que se produzcan. Consecuentemente, una interpretación de una disposición convencional podrá ser exigida y aplicada a un Estado aunque tal interpretación haya sido establecida en un caso de consulta o denuncia contra un Estado distinto.

– La Corte IDH como creador derivado de derecho convencional

La Corte IDH, como se dijo arriba, es junto con el Legislador internacional el otro productor de derecho convencional [71]. Como creadores de derecho convencional, éste tiene carácter originario y aquélla carácter derivado. Las razones que pueden darse para justificarlo son las siguientes.

---

[70] Asunto diferente y que será abordado más adelante es si los órganos estatales pueden también crear derecho convencional.

[71] La Comisión IDH no tiene carácter creador de derecho convencional porque no puede interpretar vinculantemente a la CADH.

Primera, porque la existencia de la Corte IDH, así como su finalidad y los medios dispuestos para conseguirla, ha dependido de la decisión del Legislador internacional. Y segunda, porque – como se justificó ya –, el derecho convencional que crea tiene la naturaleza de concreción normativa, lo que presupone la existencia de la disposición y consecuente norma convencional a concretar; y ésta es la formulada por el Legislador internacional.

Este carácter derivado necesariamente exige que la actividad de concreción normativa se realice en el marco de lo razonablemente permitido por la decisión del Legislador convencional. Ésta normalmente, como se dijo ya, se recoge en disposiciones lingüísticamente ambiguas y normativamente indeterminadas, que dibujan un margen de lo jurídicamente posible por estar permitido. Las concreciones normativas no han de desnaturalizar las disposiciones y normas convencionales concretadas. La labor de la Corte IDH está limitada por la CADH en particular, y en general, toda decisión tomada por el Legislador internacional americano y recogida en los textos normativos internacionales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos. La CADH es un límite externo al ejercicio de concreción normativa que lleva a cabo la Corte IDH. Como tal límite externo, viene justificado por el hecho cierto de que la Corte mencionada puede extralimitarse en el ejercicio de su función de concreción normativa. Si no fuese cierta esta posibilidad, no habría sido necesario limitarla. Incluso, aún si fuese el caso que la Corte IDH no se ha extralimitado hasta ahora en el ejercicio de la función, no quedaría negado su carácter "extralimitable" ni la necesidad de un límite.

Si las disposiciones convencionales positivan el contenido esencial de un derecho humano recogiendo el nombre del bien humano que lo justifica, entonces, la norma convencional adscrita no ha de desnaturalizar tal contenido esencial, sino que ha de reconocer una posición jurídica concordante con aquél. Un elemento es decisivo para hablar de desnaturalización: la negación del bien humano que anima a todo derecho humano positivado en la disposición convencional. De manera que habrá extralimitación cuando la Corte IDH formule como una norma convencional adscrita una norma–regla contraria al contenido esencial del derecho humano positivado. Si éste fuese el caso, la norma convencional adscrita sería una norma convencional sólo desde un punto de vista formal, y a la vez tendría el carácter de inconvencional desde una perspectiva material. En efecto, sería convencional porque

vendría adscrita a una disposición y norma convencional y, por ello, pertenecería al ámbito normativo convencional; pero a la vez sería inconvencional porque estaría contraviniendo a la disposición y norma convencional a la hora que contraviene el contenido esencial de un derecho humano positivado en la Convención misma [72]. Una norma convencional inconvencional, no es jurídicamente válida porque siendo una fuente secundaria se ha desajustado de la fuente jurídica originaria.

Por lo que se lleva dicho, es posible sostener que otro elemento que conforma la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: órgano derivado de creación de derecho convencional, que ha de sujetar su actuación formal y material a lo estipulado en la CADH para mantener su validez jurídica.

10. — *La Corte IDH como controladora de convencionalidad. El juicio de convencionalidad.*

Pero la atribución por la cual se faculta a la Corte IDH para interpretar a la CADH y con ello, crear derecho convencional, no es el único medio que se le reconoce para lograr el cumplimiento del encargo o comisión que le ha formulado el Legislador internacional americano. Existe otro medio de al menos igual trascendencia que la interpretación vinculante y la concreción normativa, y cuyo empleo supone dar un paso más, el definitivo, en el cumplimiento de la comisión encargada. Ese otro medio consiste en la capacidad de controlar la validez jurídica de una determinada actuación estatal según se ajuste o no al derecho convencional vigente. Este segundo medio se recoge en el artículo 63.1 CADH, al mandarse que

"cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados".

Esta prescripción convencional tiene las siguientes dos partes. La primera parte consiste en el reconocimiento a favor de la Corte IDH de la capacidad de decidir si en un caso concreto ha habido o no violación de un

[72] Es posible trasladar al ámbito convencional lo que Bachof denominó para el ámbito nacional como "normas constitucionales inconstitucionales". Cfr. O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, cit., particularmente pp. 65-70.

derecho o libertad protegidos por la Convención. Esta atribución implica un juicio comparativo: el primer elemento de la comparación viene conformado por la norma que la Corte IDH ha concluido desde la disposición convencional concernida; mientras que la actuación (positiva o negativa) de un órgano público estatal (Legislador, Judicial o Ejecutivo) conforma el otro elemento de la comparación. El juicio comparativo consistirá en dar razones para justificar si la actuación estatal se ajusta o no a la norma convencional, particularmente, consistirá en determinar si la concreta actuación estatal ha cumplido o no los elementos del supuesto de hecho de la regla en que consiste la norma convencional adscrita creado por la Corte IDH. Alude, pues, esta primera parte, a las razones que conforman la sentencia (parte justificativa) que emite la Corte IDH en los asuntos contenciosos. Esta es la esencia del control de convencionalidad atribuido a este órgano internacional, a través del cual vigila la vigencia plena de la CADH, por medio del control del sometimiento efectivo de la actividad estatal a los mandatos convencionales.

En esta primera parte es posible formular la siguiente cuestión relevante. La justicia en el resultado comparativo dependerá de la corrección de las razones que sustentan la norma convencional adscrita con base en la cual la Corte IDH decidirá si ha habido o no cumplimiento de la Convención por parte del Estado denunciado. Si las razones son incorrectas, la norma convencional adscrita será inconvencional, es decir, contraria a una norma convencional directamente estatuida que reconoce una exigencia de justicia (un derecho humano) y por lo que será tenida como injusta. A partir de aquí, es altamente probable que el juicio de convencionalidad concluya con una decisión también injusta.

En efecto, la formulación injusta de la norma convencional adscrita significará necesariamente que ella se formule en contra del contenido esencial del derecho humano positivado en la disposición convencional concretada, es decir, significará que ella niega una exigencia de justicia que se formula desde la Persona como derecho humano. Si éste llega a ser el caso, la norma formulada será formalmente convencional y materialmente inconvencional, según se justificó antes. Una norma adscrita convencional inconvencional, hace que la conclusión a la que se arribe en aplicación del juicio comparativo en el que consiste el control de convencionalidad, sea materialmente injusta, porque necesariamente declarará que una actuación estatal contraviene (materialmente)

la Convención cuando realmente no lo hace, o que no contraviene (materialmente) la Convención cuando realmente sí lo hace. En uno y otro caso, la decisión a la que se arribe será contraria a la exigencia de justicia, porque contraria a ella habrá sido la norma empleada como parámetro del control. Por tanto, no toda contravención de una norma convencional adscrita formulada por la Corte IDH supondrá la vulneración de la CADH, sólo habrá vulneración cuando la concreción normativa empleada como parámetro del control, sea convencional tanto desde un punto de vista formal como material.

11. — *Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal.*

La segunda parte del artículo 63.1 CADH dispone las consecuencias jurídicas de decidir la Corte IDH que determinada actuación estatal no se ha ajustado a la Convención. Cuando este es el caso, la CADH prescribe a la Corte IDH el *deber de disponer se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados*. La formulación de este deber tiene los dos componentes siguientes. El primero es la invalidez jurídica –expresa o tácita– de la actuación estatal declarada contraria a la Convención; y el segundo es la expresa mención de aquellas acciones que deberá cumplir el Estado a fin de hacer desaparecer la agresión al derecho humano y con ella la transgresión de la Convención, y asegurar al lesionado el pleno goce de su derecho vulnerado Alude, pues, esta segunda parte a la decisión de la sentencia (parte resolutiva).

Bien vistas las cosas, la parte resolutiva de la sentencia se sostiene sobre unos fundamentos jurídicos. La parte medular de tales fundamentos viene constituida por las interpretaciones que de la CADH realiza la Corte IDH. Tales interpretaciones, como se ha justificado arriba, son concreciones normativas de las normas convencionales directamente estatuidas, por lo que pueden ser tenidas como normas convencionales adscritas. Estos fundamentos, pues, tienen naturaleza normativa. Esta misma naturaleza normativa es posible de concluir de la parte resolutiva de una sentencia de la Corte IDH. La justificación es que con el fallo se crea, anula o consolida relaciones jurídicas entre el Estado denunciado y sus nacionales denunciantes, por lo que llega a crear una norma jurídica particular válida solamente para el caso y con efectos solo para las partes que intervinieron en el mismo. Formará

parte de esta norma particular las medidas que, de ser el caso, la Corte IDH ha dispuesto adopte el Estado perdedor para cumplir con el fallo.

Estas dos realidades normativas que crea la Corte IDH (tanto las normas convencionales adscritas como el contenido de la decisión), pueden ser examinadas desde las exigencias de justicia (los derechos humanos) recogidas en la CADH misma, es decir, pueden ser examinadas desde la convencionalidad material. Así, tanto la norma adscrita como la norma particular final pueden ser tenidas como materialmente convencionales o inconvencionales según se ajusten o no a las exigencias de justicia convencionalizadas. Normalmente ocurrirá que la norma particular final será contraria al contenido material de la CADH, cuando las normas convencionales adscritas que la sostienen sean también materialmente inconvencionales.

Particularmente delicado es el caso en el que la Corte IDH con base en normas formalmente convencionales y materialmente inconvencionales ha formulado una decisión también materialmente inconvencional. En este supuesto habrá ocurrido que no obstante no haber contravenido la CADH, se ha anulado una actuación estatal perfectamente válida desde cánones materiales de convencionalidad; y se le habrá obligado a realizar acciones que, en la medida que no se ajustan a una exigencia de justicia recogida en la CADH, no favorecerán – no al menos plenamente que es la exigencia que brota de la dignidad humana – a la Persona, negando así la finalidad esencial de la Convención.

En este contexto, es posible formular la pregunta siguiente: ¿qué puede hacer un Estado frente a una decisión condenatoria que se formula con base en una norma adscrita que materialmente contraviene la CADH? Si nos encontramos ante una decisión injusta por materialmente ser contraria a la Convención, e injusta también las obligaciones que a partir de esa decisión formule la Corte IDH, dos serían los escenarios posibles para el Estado denunciado y condenado. El primero es el caso en el que tal decisión fuese manifiesta e insoportablemente injusta, por ser incontrovertiblemente negadora de una exigencia de justicia, al ser contraria sin duda alguna, al contenido esencial de un derecho humano [(73)]. Cuando este es el caso, una

[(73)] Un estudio de la famosa fórmula de Radbruch actualizada por Alexy, en R. L. VIGO, *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, 2004.

tal decisión ha de ser tenida como inválida jurídicamente, por lo que frente a ella el Estado podrá válidamente negarse a cumplir con la decisión y demás consecuentes obligaciones que hubiese impuesto la Corte IDH en su fallo. Si así decidiese el Estado, no podría ser sujeto de reproche moral ni jurídico, no al menos válidamente. La consecuencia necesaria sería que tal Estado no podría ser sancionado con el apartamiento del sistema regional de protección de los derechos humanos.

El segundo escenario se presenta cuando una tal decisión adoptada por la Corte IDH, fuese no manifiestamente injusta. Es este el caso cuando es posible dar razones a favor de la justicia y a favor de la injusticia de la decisión de la Corte IDH. En este supuesto, aun habiendo el riesgo de injusticia en la decisión, el Estado condenado no puede negarse válidamente al cumplimiento del fallo, no al menos, si tiene la intensión de seguir formando parte del concierto internacional regional de protección de los derechos humanos.

Finalmente es posible preguntarse si el control de convencionalidad y sus referidas consecuencias pueden ser predicables de la Comisión IDH. La respuesta puede ser formulada dela manera siguiente: la Comisión IDH no tiene atribuido el control de la convencionalidad de la actuación estatal porque, como ya se justificó anteriormente, no tiene competencia para decidir de modo vinculante ni acerca de la interpretación de la Convención, ni acerca de su cumplimiento o no por parte del Estado, pues en este tipo de asuntos su labor se circunscribe a tramitar la admisibilidad para resolver si el caso cumple una serie de exigencias para que sea examinado y resuelto por la Corte IDH; y a propiciar una solución amistosa entre la víctima de la violación del derecho y el Estado violador.

Por lo que se ha manifestado hasta aquí, un elemento más que configura la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: es un órgano de control de la convencionalidad de las actuaciones estatales, a través del cual determina si una conducta estatal se ha ajustado o no a las disposiciones y normas convencionales a fin de decidir su validez jurídica, y a fin de decidir las medidas estatales que se han de ejecutar para hacer cesar o desaparecer la agresión del derecho humano.

12. — *Implicancias de las posiciones jurídicas de la Corte IDH y del TC.*

Una vez analizadas las posiciones jurídicas que el TC tiene en el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, y la Corte IDH presenta en el sistema de protección regional americano de los derechos humanos, corresponde preguntarse por la relación entre una y otra. Determinar correctamente esta relación permitirá dar respuesta correcta a una serie de cuestiones especialmente relevantes en la dogmática iusfundamental contemporánea.

-Formulación de la relación. De modo general es posible expresar la relación entre la Corte IDH y el TC, a través de un elemento en común y a través de un elemento diferenciador. El elemento en común es de carácter material y prescribe que ambos son instrumentos al servicio de la realización de las exigencias de justicia positivadas tanto en el documento internacional como en el nacional. Ambos tribunales existen para asegurar la plena vigencia de la CADH o de la Constitución y, consecuentemente, su actuación será legítima en la medida que aseguren en la mayor medida de lo posible, el pleno ejercicio de los derechos humanos que son las exigencias de justicia positivadas.

El elemento diferenciador, por su parte, es de carácter formal. Afirma este elemento que si bien es cierto es posible entablar relaciones entre el orden jurídico internacional y el nacional sobre derechos humanos, no dejan de ser ámbitos jurídicos diferentes. Ambos tribunales actúan, pues, en ámbitos normativos diferentes, la Corte IDH actuará en el ámbito internacional, y el TC en el ámbito nacional.

-El elemento material de la relación. El elemento material en común permite la siguiente consecuencia: la actuación de la Corte IDH y la actuación del TC, han de caracterizarse por una misma voluntad institucional de promoción de la Persona a través del aseguramiento de sus derechos humanos que se consigue controlando la plena vigencia de la Convención y de la Constitución, respectivamente. Si se trata de la positivización (a nivel internacional o a nivel nacional) de unas mismas exigencias de justicia en torno a la Persona, y si se parte de la existencia de la misma voluntad institucional referida, entonces, lo que se espera es que ambos tribunales coincidan en dos momentos. Primero, en la determinación del contenido esencial de los

derechos humanos (a través de unas mismas concreciones convencionales o constitucionales, es decir, a través de la formulación de normas convencionales y constitucionales adscritas esencialmente iguales); y segundo, en la solución de las distintas controversias iusfundamentales que sobre la vigencia de los mismos pueda presentarse en las circunstancias concretas.

Esta coincidencia en ambos momentos será posible en la medida que tanto la Corte como el Tribunal apelen a unos mismos bienes humanos justificativos de los derechos humanos recogidos en la norma internacional y en la constitucional, y desde ahí intenten siempre favorecer en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona. Una misma dogmática iusfundamental será posible construir y aplicar en torno a la Persona y sus exigencias de justicia (los derechos humanos) desde la Corte IDH y desde el TC nacional. Con base en esta dogmática y normatividad será posible construir unas mismas o coincidentes decisiones justas.

Desde este elemento material es posible esperar y exigir concreciones normativas y fallos sustancialmente iguales a casos también sustancialmente iguales. Si esto no ocurriese, significará que uno de los dos tribunales no está actuando conforme a la finalidad para la que ha sido creado [(74)]. Será este el caso cuando desde la Corte IDH se ha formulado una interpretación convencional y una respuesta diferente o contraria a la interpretación constitucional y respuesta que haya formulado el TC sobre el mismo caso.

-El elemento formal de la decisión.El manifestado elemento formal de la relación permite concluir que no es posible establecer una relación jerárquica entre uno y otro órgano: ni la Corte IDH es jerárquicamente superior que el TC, ni el TC está por encima de la Corte IDH. Consecuentemente, ni la jurisprudencia de la Corte IDH se superpone a la del TC ni viceversa. El internacional y el nacional conforman dos ámbitos jurídicos diferentes, y aunque están relacionados, las relaciones no alcanzan para asumir a la Corte IDH y a su jurisprudencia, como jerárquicamente superior del TC y su jurisprudencia. Las posiciones jurídicas de una y otro, justificadas en los apartados anteriores, no permiten sostener una relación jerárquica entre ambos.

La inexistencia de una relación jerárquica exige que cuando se acuda al

[(74)] Bien excepcional aunque desde luego no imposible, será el supuesto en el que ambas respuestas a un mismo caso, tanto de la Corte IDH como del TC, sean a la vez injustas.

ámbito internacional de protección de los derechos humanos, no se haga a través de un recurso que se interpone contra lo decidido por el TC. Por eso, hay corrección cuando lo concebido es que, primero, se accede ante la Corte IDH (previo filtro de la Comisión IDH) vía una denuncia que hace las veces de una demanda en el derecho interno; y segundo, que el denunciado (demandado) no sea el TC, sino el Estado mismo. Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica obliga a asumir que el TC (y con él todas las cortes nacionales), han de seguir una norma convencional adscrita y una norma particular convencional (el fallo de la sentencia), no porque hayan sido emitidas por un órgano superior, sino porque se reconoce que ambas normas son manifestación de las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Consecuentemente, si no son justas no vincularán. Y, en fin, la inexistencia de tal relación jerárquica obliga a la Corte IDH a aceptar como convencionalmente válida, una actuación estatal sobre la base de una sentencia del TC que es contraria a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando es posible sostener que la inaplicación de la jurisprudencia de la Corte ha permitido y favorecido una más y mejor protección de la Persona y sus derechos humanos.

Este elemento formal de la relación, permite plantear la pregunta de si la Corte IDH puede realizar un juicio de constitucionalidad, y si el TC puede realizar un juicio de convencionalidad. A continuación se intentará resolver ambas cuestiones.

13. — *¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad?*

La primera cuestión significa preguntarse por la posibilidad de que la Corte IDH pueda formular interpretaciones vinculantes de la Constitución nacional a fin de realizar un juicio de constitucionalidad. Esta cuestión se responde recordando que la Corte IDH es comisionada del Legislador internacional americano y, como tal, se le ha encargado velar por la vigencia efectiva de la CADH (y con ella, la de todos los instrumentos regionales sobre derechos humanos), y no es comisionada de las Constituciones nacionales ni, consecuentemente, vela por su efectivo cumplimiento. Esto significa que

a la hora de llevar a cabo la comisión encargada, lo que le corresponderá es determinar lo mandado desde la CADH y no desde las constituciones nacionales, para a partir de allí decidir si una determinada actuación estatal se ha ajustado o no al derecho convencional vigente. Por esta razón, la Corte IDH no interpretará vinculantemente la Constitución nacional y, por tanto, no podrá realizar un juicio y consiguiente control de constitucionalidad.

Dicho esto, inmediatamente hay que afirmar que lo que define la relación entre el sistema internacional de los derechos humanos y el nacional de los derechos fundamentales, no es la superioridad jerárquica de uno sobre otro, sino el hecho de que uno y otro persiguen la consecución de una misma finalidad: la realización plena de la Persona. La consecuencia necesaria es doble. En primer lugar, obliga a la Corte IDH a tener por válida la interpretación que con base en un derecho fundamental ha formulado el TC, en la medida que desde ella, y no desde la disposición convencional que regula tal mismo derecho, es posible justificar una decisión que favorece más y mejor la realización plena de la Persona [75]. Y en segundo lugar, obliga a no condenar (menos aún a sancionar) a un Estado cuyo TC se ha desmarcado de una norma convencional (ya la haya previsto el mismo Legislador internacional, ya la haya formulado la Corte IDH), por encontrar que ella ofrecía una menor protección a la Persona que la ofrecida por sus normas constitucionales internas.

Esto presupone romper clara y definitivamente con aquél criterio que asume que en el nivel internacional siempre y en todo supuesto será posible encontrar una mejor protección a la Persona que desde el derecho nacional; y, por tanto, con aquel criterio que asume que hay que seguir siempre y en todo caso la jurisprudencia de la Corte IDH, por presuponer que ella siempre brindará una mayor protección que la brindada por la jurisprudencia nacional [76]. No se ha de aceptar que los Tribunales nacionales en general y

[75] Por otro lado, esto encuentra plena legitimidad a partir del artículo 29.b de la CADH.

[76] Así lo ha asumido, por ejemplo, el TC peruano, el cual en un caso acerca del derecho fundamental a la jornada laboral máxima, ha manifestado que "e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). EXP. N.° 4635–2004–AA/TC, fundamento 29.

los Tribunales constitucionales en particular, se conviertan en la boca muerta que repite las interpretaciones (normas) que formula la Corte IDH, sin reconocerles a éstos la capacidad de saber construir soluciones debidas y justas de promoción de la Persona desde su propio derecho interno [77].

Aún en los casos en los que sea posible encontrar una mejor y más protección de la Persona y sus derechos humanos desde la Constitución que desde la CADH, la Corte IDH no interpretará a la Constitución nacional concernida, sino que se limitará a analizar las razones dadas para concluir objetivamente si efectivamente o no desde la interpretación de la Constitución presentada por el TC, es posible una mejor protección de la Persona que desde la interpretación que se formule a partir de la Convención [78].

La reafirmación de que la Corte IDH no interpreta la Constitución nacional y, consecuentemente, no puede realizar control de constitucionalidad, permite consolidar la ya justificada afirmación de que el TC tiene como elemento configurador de su posición jurídica, la calidad de supremo intérprete y controlador de la Constitución. Por encima de este Tribunal no existe ningún otro órgano que interprete de modo vinculante a la Constitución nacional respectiva, ni existe órgano alguno que por encima de él realice control de constitucionalidad; si existiese, tal órgano, y no el TC, tendría la condición de intérprete y controlador supremo.

---

[77] Así, si fuese el caso que una norma convencional N1, adscrita o no, ha ingresado al orden constitucional interno, y de la Constitución es posible concluir una norma constitucional N2, adscrita o no, y N2 favorece más y mejor a la plena realización de la Persona que N1, entonces el TC (y en general todos los operadores jurídicos), han de resolver las cuestiones que se les presente según N2 y no según N1 aunque ésta provenga de la Corte IDH.

[78] Teóricamente, habría una sola situación en la que podría darse una excepción a esta regla. Sería una situación de solicitada protección de un derecho fundamental, rechazada por el TC sobre la base de N1, norma ésta que se formula desde las disposiciones constitucionales a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH; siendo posible formular N2 desde las mismas disposiciones constitucionales pero sin tomar en cuenta la CADH y sus normas convencionales adscritas, sobre cuya base es posible otorgar la protección constitucional solicitada. Adicionalmente, sería una tal situación si el caso llegase a la Corte IDH, y ésta en aplicación del artículo 29.b CADH, decidiese interpretar las disposiciones constitucionales según N2 para dar protección al derecho fundamental agredido. No deja de ser, de todos modos, un supuesto de difícil configuración práctica real.

14. — *¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional?*

Corresponde adentrarnos a la segunda de las cuestiones planteadas desde el elemento formal de la relación entre TC y Corte IDH. La actividad interpretativa jurídica (judicial o no) que puedan desplegar los órganos estatales, como el TC, se desenvuelve siempre dentro de un contexto que tiene al menos los dos siguientes elementos. Uno es que exista una controversia iusfundamental nacional; y el otro es que la solución de la misma provenga de la aplicación del derecho nacional. La interpretación jurídica que lleven a cabo los órganos estatales, se realizará sólo desde el derecho interno para resolver cuestiones internas. Los órganos nacionales, como el TC, ni resolverán controversias iusfundamentales internacionales (que atañen a otros Estados), ni emplearán el derecho internacional no internalizado para resolverlas. De esta manera, si alguna posibilidad existe de que algún órgano estatal, como el TC, interprete disposiciones convencionales de modo vinculante, será sólo si tales disposiciones llegan a formar parte del derecho interno.

La CADH (y con ella toda Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos), nace a la vida jurídica una vez que determinado número de Estados decide vincularse a ella a través de la suscripción respectiva. Una exigencia básica de razonabilidad dispone que si un Estado se vincula internacionalmente a determinado contenido normativo, éste ha de ser introducido en la normatividad nacional a fin de otorgar legitimidad a las actuaciones estatales en orden al cumplimiento de la obligación internacional. Así, queda justificada la exigencia de que la Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos sea recibido por el derecho interno nacional correspondiente. En este punto se plantea la cuestión de en qué nivel normativo interno se ha de colocar la referida convención o tratado. Los sistemas jurídicos nacionales se organizan en niveles normativos, normalmente el constitucional, el legal y el reglamentario. Como lo tengo justificado en otro lado [(79)], el lugar que la CADH (y con ella todas las normas internacionales sobre derechos humanos) está llamada a ocupar cuando ingresa a un sistema

[(79)] *La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos*, en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 10, número 2 – 2012, pp. 249-252.

jurídico nacional solo puede ser uno: el constitucional [80]. Lo que el TC tiene ante sí no es la CADH, sino la Constitución, pero una Constitución a la que se le ha agregado los contenidos normativos de la CADH. Por lo que una Convención o Tratado sobre derechos humanos que ingresa al sistema jurídico constitucional de un Estado, ya no es derecho convencional sino que será derecho constitucional vigente.

Esto mismo es posible formularlo respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ahora no interesa referir a los fallos de las sentencias de la Corte IDH (a las normas convencionales particulares), sino a las interpretaciones de la Convención que en la sentencia formula la Corte IDH. Como fue justificado, las interpretaciones o concreciones convencionales son normas que se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, son, pues, normas convencionales adscritas. Cuando la CADH ingresa al nivel constitucional de un sistema jurídico nacional, lo hace no solamente con las normas directamente estatuidas, sino también con las normas a ellas adscritas, es decir, con las interpretaciones que de la CADH ha presentado la Corte IDH. Cuando se produce este ingreso, el TC (y todos los tribunales nacionales) tienen ante sí la Constitución a la que se le ha agregado contenidos normativos convencionales, ya sea directamente estatuidos, ya sea adscritos).

El TC empleará siempre normas constitucionales a la hora de resolver las cuestiones iusfundamentales que se le presenten. Esto exige reconocer que el TC no aplica la CADH; o si se quiere, aplicará la CADH solamente si ha sido constitucionalizada, y la CADH constitucionalizada es derecho constitucional [81]. Si los juicios de validez jurídica no los formulará con base

[80] Aquí es oportuno recordar una sola razón: lo que positiva una Constitución es el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados; y el contenido constitucional equivale al contenido esencial de los derechos fundamentales. De modo que el nivel constitucional está destinado a positivar el contenido esencial (o constitucional) de los derechos humanos (o fundamentales). La CADH (y con ella toda norma internacional sobre derechos humanos), positiva el contenido esencial de los derechos humanos. Si ese es su contenido, cuando ingresa al sistema jurídico nacional está destinado a ocupar el nivel constitucional.

[81] Más aún, solo podrán ser tenidas como normas constitucionales convencionales aquellas que no son posibles de concluir como normas directamente estatuidas o adscritas, desde las disposiciones convencionales. Esto reduce grandemente la existencia de normas constitucionales convencionales.

en la CADH sino con base en la Constitución, entonces, el TC no interpreta la CADH.

Las distintas disposiciones que conforman la Convención o Tratado, dejan de ser disposiciones convencionales para pasar a ser disposiciones constitucionales. Se trata de disposiciones convencionales vinculantes para un Estado que han sido constitucionalizadas y, con ello, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Estas disposiciones bien pueden ser llamadas disposiciones constitucionales de origen convencional, o simplemente disposiciones constitucionales convencionales. El nivel normativo constitucional de un sistema jurídico, también está conformado por las disposiciones que recogen las decisiones del Poder constituyente. Estas disposiciones son constitucionales desde su origen mismo, a diferencia de las anteriores que tuvieron origen convencional. Por esta razón, ellas bien pueden denominarse como disposiciones constitucionales originarias. Así, las disposiciones constitucionales pueden ser de dos tipos: unas serán disposiciones constitucionales convencionales, el otro serán disposiciones constitucionales originarias [82].

En este marco justificativo se inserta la afirmación que aquí se sostiene: en estricto, el TC no realiza *interpretación convencional*, lo que podrá realizar y realiza siempre será *interpretación constitucional*. Aún en el estrecho margen que conforman las disposiciones convencionales no interpretadas por la Corte IDH [83], que serían las únicas que necesitarían de interpretación, el TC no realiza respecto de ellas interpretación convencional, sino interpretación constitucional.

Aún más. Bien vistas las cosas, el TC (y con él todos los operadores

---

[82] Estas mismas denominaciones se emplearán para cuando haya que hacer referencia a los significados normativos que de manera vinculante se formulen de las disposiciones constitucionales en los dos tipos de disposiciones mencionadas anteriormente. Así, habrá que reconocer a las normas constitucionales convencionales, que son las normas convencionales (directamente estatuidas o adscritas creadas por la Corte IDH a la hora de interpretar la disposición convencional); y habrá también que reconocer a las normas constitucionales originarias, que son los significados normativos formulados por los órganos que interpretan vinculantemente a la Constitución, como es el TC.

[83] Incluso, las normas convencionales adscritas que llegan a formar parte de la Constitución, son interpretaciones ya hechas por la Corte IDH, de modo que el TC no la llega a formular sino que se limitará a aplicar una interpretación ya formulada de la CADH.

jurídicos nacionales), no podrá construir las decisiones a las controversias iusfundamentales, sólo con base en disposiciones y consecuentes normas constitucionales convencionales. La razón es que estas disposiciones estarán vigentes conjuntamente con las disposiciones y consecuentes normas constitucionales originarias, y en la medida que unas y otras regulan una misma realidad, todas ellas se implican y es necesario considerarlas también conjuntamente a fin de formular la norma–regla con base la cual el TC resolverá una controversia concreta.

De esta manera, la solución a la controversia iusfundamental que deba resolver el TC, se construye desde el material normativo constitucional exclusivamente, para lo que aquí interesa destacar: disposiciones constitucionales convencionales, decididas por el Legislador internacional; normas constitucionales convencionales, decididas por el órgano de interpretación vinculante del derecho internacional (como la Corte IDH); las disposiciones constitucionales originarias, decididas por el Constituyente; y las normas constitucionales originarias, decididas por el órgano de interpretación constitucional (como el TC). Ningún elemento de este material, como puede apreciarse, tiene mayor nivel normativo que otro, todos tienen un mismo nivel jerárquico: el constitucional. Por esta razón, la solución de las controversias, en ningún caso, podrá apoyarse en el criterio formal según el cual unas disposiciones y consecuentes normas prevalecen sobre las demás. Por el contrario, y en caso de incompatibilidad normativa, la decisión se ha de construir según el criterio material de cuál disposición y consecuente norma permite construir una decisión que proteja más y mejor a la Persona.

Si el TC, en estricto, no realiza interpretación convencional (y con él, ningún operador jurídico nacional), entonces no podrá llevar a cabo las dos siguientes actuaciones para las cuales precisamente la interpretación convencional es un requisito imprescindible. Una de ellas es la creación de derecho convencional: sólo a través de la concreción convencional que supone la interpretación convencional, será posible crear normas convencionales adscritas, tal y como se justificó anteriormente respecto de la Corte IDH. Consecuentemente, el TC no es creador de derecho convencional adscrito (obviamente, tampoco a titulo de Legislador internacional). Y la otra imposibilitada actuación es el control de convencionalidad, pues sin interpretación convencional previa no se podrá establecer si una determinada

conducta ha trasgredido o no un mandato convencional contenido en una disposición convencional, de modo que, sin interpretación convencional no se podrá realizar el juicio de convencionalidad que lleva ínsito todo control de convencionalidad. Consecuentemente, el TC no es controlador de la convencionalidad.

Estas respuestas a las cuestiones formuladas, permite confirmar, a su vez, uno de los elementos que conforman la posición jurídica de la Corte IDH: único intérprete vinculante de la CADH y, con ella, de todos los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Sólo el comisionado del Legislador internacional podrá realizar interpretación y control de convencionalidad, que para el sistema americano es solamente la Corte IDH, más no ningún órgano nacional; y sólo el comisionado del Poder constituyente podrá realizar control de constitucionalidad, cargo normalmente atribuido al TC cuando no también los jueces del Poder judicial.

15. — *A modo de conclusión: No es un mero juego de palabras.*

Se podría criticar este modo de ver las cosas diciendo que estamos sólo ante una irrelevante cuestión formal a la hora de denominar la actividad interpretativa del TC que recae sobre disposiciones convencionales, pues, ya se le llame como interpretación convencional o ya se le llame interpretación constitucional, lo cierto e incontestable, es que el TC está formulando de modo vinculante un significado normativo a partir de una disposición que es convencional porque proviene de la CADH. Esto sería lo único decisivo: determinar si los contenidos normativos previstos en la CADH (y en todas las convenciones sobre derechos humanos en general), pueden ser o no desentrañados y aplicados por el TC (y en general, por todos los operadores jurídicos). Todo no sería más que un juego de palabras que se resolvería con base en arbitrariedad terminológica, pues no existiría ninguna razón fuerte para decantarse por una u otra expresión.

A esto hay que responder diciendo que, en efecto, independientemente de cómo se le denomine, lo relevante es constatar que los contenidos normativos convencionales (provengan del Legislador convencional o de la Corte IDH), son tomados en consideración de modo obligatorio, primero,

para conducir las actuaciones públicas y privadas en el seno de un Estado; y, segundo, para evaluar la validez jurídica de tales actuaciones. Siendo esto relevante, lo es también la justificación que se presente para legitimar una y otra posibilidad.

Unas tales justificaciones pasan necesariamente por considerar las reales posiciones jurídicas tanto de la Corte IDH como del TC, y las consecuencias que de allí se desprendan para el orden jurídico internacional y para el interno. Unas y otras han sido objeto de análisis en las páginas anteriores. En este marco, exigido está que todo intérprete vinculante de la CADH pueda crear normas convencionales adscritas que conformen el sistema jurídico convencional. Un órgano que real y no sólo aparentemente, interpreta la CADH, crea de modo efectivo derecho convencional (normas convencionales adscritas). Así, la Corte IDH como intérprete de las disposiciones convencionales, crea derecho convencional adscrito. Este derecho convencional adscrito pasa a conformar parte de los contenidos normativos convencionales y serán vinculantes y exigibles a todos los destinatarios de la CADH. Por lo pronto, y sin que quepa duda alguna, son vinculantes para la Comisión IDH, para la Corte IDH misma, y para todos los Estados partes, incluidos sus tribunales y juzgados nacionales.

Así, si se admitiese que el TC de un Estado puede interpretar la CADH, tendría que admitirse necesariamente que sus interpretaciones conforman el derecho convencional vigente, es decir, que estaría en condiciones de crear normas convencionales adscritas, las mismas que vincularían a la Corte IDH, a la Comisión IDH y a los (órganos estatales y particulares de los) Estados parte. Si se reconociese la condición de intérprete de la CADH al TC, no existiría ninguna razón válida para justificar que las interpretaciones que formule sólo vincularían al propio Estado. Sin embargo, el TC como órgano nacional, sólo puede crear derecho válido para el sistema jurídico nacional.

En este marco, dos conclusiones son posibles de presentar ya. La primera es que si el TC en ningún caso está en condiciones de crear derecho convencional adscrito, no se entiende por qué ha de denominarse como interpretación convencional a la actividad hermenéutica que recae sobre las disposiciones que componen la CADH. Esto exige un intento de formulación de una dogmática distinta, como la que aquí se ha propuesto, y con base en la cual está justificado reconocer y llamar como interpretación con-

vencional a la referida actividad hermenéutica. La segunda conclusión es que en la medida que la denominación va estrechamente vinculada con una justificación y a la vez con unas consecuencias jurídicas, no estamos ante una mera cuestión formal o ante un mero juego de palabras porque estamos ante una situación que atañe a uno de los factores decisivos en la sostenibilidad y viabilidad del sistema jurídico internacional de los derechos humanos: sus fuentes y su exigibilidad. El TC no es fuente de derecho convencional y las interpretaciones que formule de las disposiciones constitucionales convencionales no vinculan ni a la Corte IDH ni a los demás Estados.

Consecuentemente, sólo la interpretación que de la CADH (y demás instrumentos normativos internacionales) realice la Corte IDH, será efectivamente una interpretación convencional a través de la cual se concretizan las disposiciones y normas convencionales abiertas, para crear derecho convencional adscrito. La interpretación que de las disposiciones convencionales pueda realizar el TC, no dejará de ser en ningún caso una interpretación constitucional, en la medida que sólo estará facultado para interpretar las disposiciones convencionales si es que han ingresado en el orden normativo interno al nivel constitucional.

Andrea Mensa González(*)

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR

Sumario: 1. Consideraciones prelimares. — 2. Los derechos humanos en la normativa mercosureña. — 3. Antecedentes en materia de derechos humanos. — 4. Declaración socio-laboral del Mercosur (Río De Janeiro, 10 de diciembre de 1998). — 5. Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur. — 6. Campaña de información y prevención del delito de trata de personas – Decisión cmc nº 12/06. — 7. Observatorio de la democracia del Mercosur. — 8. Instituto social del Mercosur. — 9. Acuerdo entre los estados parte del Mercosur y estados asociados sobre cooperación regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad. — 10. Instituto de políticas públicas de derechos humanos del Mercosur. — 11. Solicitud de opinión consultiva ante la corte interamericana de derechos humanos presentada por la Argentina, Brasil, Uruguay Y Paraguay. — 12. Conclusion.

1. — *Consideraciones prelimares.*

El Mercosur, o Mercado Común del Sur es el proceso de integración creado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el año 1991 por el Tratado de Asunción, posteriormente se incorporo en el año 2012 Venezuela como socio pleno y en la actualidad Bolivia se encuentra en proceso de ratificación.

Con una superficie de 12,8 millones de kilómetros cuadrados, con casi 278 millones de personas [1]; se presenta como un ente autónomo en el orden internacional. Si bien, para algunos se ha convertido en el mecanismo de integración más exitoso de América Latina los resultados superaron todas las expectativas y puede ser definido como el cuarto bloque comercial del mundo aún cuenta con una organización institucional débil [2].

(*) Universidad de Buenos Aires.

(1) Basada estrictamente en los últimos censos o estimados oficiales (ya sean éstos últimos anuales o mensuales). La fórmula matemática estándar usada para calcularla puede ser consultada en el anexo de países por población pasada y futura.

(2) J. Schvarzer, *El Mercosur: un bloque económico con objetivos a precisar*, en *Los Rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal*, Colección Grupos de Trabajo CLACSO, Buenos Aires, 2001, p. 21.

El tema de los derechos humanos dentro del ámbito del Mercosur, tiene la particularidad de basarse en experiencias comunes identificadas, en especial, con violaciones masivas a la dignidad de la persona humana en todos los países parte del bloque durante las últimas dictaduras militares dadas en la región y el compromiso de los estados de orientar tanto su accionar individual como colectivo en pos de garantizar el pleno goce de los derechos humanos a las personas que en ellos habitan, cumpliendo los compromisos internacionales asumidos en la materia y reconociendo la importancia que este tema tiene en la construcción de una ciudadanía mercosureña.

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos fueron ratificados en la década del ochenta por los Estados integrantes el Mercosur, durante la etapa de democratización. A modo de ejemplo podemos mencionar que por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos fue ratificada por Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1989 y Brasil en 1992, a su vez Argentina reconoció a la Corte Interamericana en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993 y Brasil en 1998. Así el Derecho Internacional de los Derechos Humanos paso a constituir un piso de seguridad y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales y el sistema interamericano un espacio regional de protección de los mismos. O sea, podemos hablar de derechos humanos en el ámbito internacional, regional y local, tejiendo el diálogo y la interactividad de las tres esferas, según la jurista brasilera Flavia Piovesan.

Estrictamente en el ámbito del Mercosur no debemos remontar a la Declaración de Foz de Iguazú de 1985, firmada por Argentina y Brasil y que en su punto 32 dispone: "*el proceso de democratización que vive el continente deberá conducir a una mayor aproximación e integración entre los pueblos de la región…" Afirmaron en ese mismo documento que…"para los latinoamericanos la democracia debe necesariamente significar paz, libertad y justicia social: se comprometieron a no ahorrar esfuerzos para que convivan en este continente sociedades que privilegien los principios de dignidad humana, cooperación, solidaridad, paz y bienestar…"* A la mencionada declaración le continuo el Acta de Amistad Argentino Brasileña en Democracia, Paz y Desarrollo del año 1986 en donde queda manifestado que la misma está inspirada en "… *los altos ideales de paz, democracia, libertad, justicia social y desarrollo que están solemnemente comprometidos a promover en sus países…",* este entre otros principios garantistas de la protección de los derechos esenciales del ser humano.

Ahora bien en el Tratado de Asunción como en el Protocolo de Ouro Preto no se encuentra ninguna referencia concreta ni al principio de la autoridad democrática ni a la protección de los derechos humanos. Aparece recién en 1996 en la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur la referencia concreta al tema cuando dispone como requisito esencial la vigencia de las instituciones democráticas para la pertenecer al bloque. Posteriormente en el año 1998 se da el Protocolo de Ushuaia donde se perfecciona la idea anteriormente expuesta y se comienza a dar pasos más firmes en el Mercosur en relación al tema de los Derechos Humanos. Muestra de ello es que, en varios documentos del Mercosur, en particular el Protocolo de Asunción de 2005 se señala que el goce efectivo de los derechos humanos es una condición indispensable del proceso de integración.

Memoria, Verdad y Justicia aparecen como una forma de pensar la agenda de la región a la que se le añade la prevención en temas de violencia institucional y las políticas de igualdad y no discriminación. Por último, el fortalecimiento de la institucionalidad y la apertura de los canales de participación social aparecen como un eje que permite la consolidación de los otros restantes [3].

Debemos destacar que los derechos humanos dentro de los procesos de integración aparecen como fundamento o bases del proceso, como principios cuya preservación permite la incorporación o permanencia de un Estado en el acuerdo de integración, como valores que deben ser promovidos o como exigencias que deben ser respetadas por los órganos y el ordenamiento comunitario [4].

2. — *Los derechos humanos en la normativa mercosureña.*

Como ya se ha mencionado, en los instrumentos fundacionales del Mercosur se omitió la mención de la protección de los derechos humanos en el

---

[3] V. Abramovich, *Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional en el Mercosur*, en *Democracia y Derechos. Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, Año 1, Nº 1, Julio de 2012, Buenos Aires, p. 6.

[4] J. Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, en *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*, Año 3, Nro. 2, 2005.

bloque de integración regional al que los Estados dieron origen. Esta situación es la misma que se da la Unión Europea, o en la Comunidad Andina, la finalidad económica de estos procesos de integración hizo que en sus instrumentos constitutivos no se estableciera como objetivo de los mismos el garantizar los derechos humanos, situación que si se especificaba en las convenciones internacionales sobre derechos humanos que venían gestando en esos momentos en Europa y América, de allí que durante muchos años la temática de la protección de los derechos humanos no fuera materia de estos procesos de integración que centraban su atención en aspectos meramente económico.

La principal razón de esta ausencia radica en la filosofía eminentemente económica de los tratados como aquí ya se ha mencionado pero fundamentalmente en el clima de desconfianza política que rodeó su firma en estamos hablando de los inicios de la Unión Europea, pues el recuerdo de las dos grandes guerras estaba aún muy reciente y, por otra parte, a nadie se le escapaba que, la importancia de la protección de los derechos fundamentales va más allá de la tutela objetiva de bienes o valores y de la tutela subjetiva de situaciones individuales, cumpliendo una función de integración y legitimación del ordenamiento en su conjunto, como revela expresamente la experiencia norteamericana [5].

En el Mercosur y como una aproximación al tema en cuestión, y como ya se indico podemos si ver la "exigencia de la vigencia de la democracia" en los países del bloque a los fines integrativos como acercamiento a la protección de derechos. Tal puntapié que se institucionaliza en el ya nombrado Protocolo de Ushuaia, es donde formalmente los Estados del bloque establecen la exigencia del régimen democrático hacia el interior de los Estados miembros como condición indispensable para su membrecía.

Cuando un sistema de integración económica, como el Mercosur exige la unidad democrática de los países y, además, contiene un sistema institucional para defender, garantizar y proteger esa democracia ante eventuales rupturas abruptas o violentas de la continuidad constitucional democrática, ese sistema de integración económica es ya un sistema de integración política [6].

---

[5] B. Schwartz, *The Great Rights of Mankind (A History of the American Bill of Rights)*, Nueva York, 1977, pp. 103.

[6] H. Gros Espiell, *La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur*, Conferencia Magistral, Asunción, 14 de julio de 2000.

En la correspondencia democracia-derechos humanos, la ausencia de la primera en el Tratado de Asunción podría conducir a explicar la falta de inclusión explicita de protección de los derechos humanos. Como revela Pérez Luño, "se da un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho" [7]

Empero, los Estados Parte del Mercosur componen el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en consecuencia, este proceso debe estar integrado por Estados que se encuentran obligados por el derecho internacional a organizarse políticamente de acuerdo con la forma democrática representativa y a garantizar y defender los derechos humanos [8]

Si bien venimos destacando que en los comienzos del Mercosur, como de la Comunidad Andina o bien de la Unión Europea no se encuentra abordado el tema de los derechos humanos, si podemos ver que esto es relativo y que reconocen algunos tibios esbosos. En el caso de la Comunidad Andina en el Acuerdo de Cartagena se hace una vinculación entre los objetivos económicos del bloque con la "necesidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregion", (Art. 1), lo cual se aproxima bastante a la idea de derechos económicos, sociales y culturales, tal cual hoy los entendemos aunque en este proceso la garantía de los derechos humanos esta aún en una fase que podríamos llamar germinal tanto por la debilidad de la Comunidad Andina como por la falta de iniciativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Si buceamos en este bloque podemos encontrar que la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración, suscrita en Santafé de Bogotá el 7 de agosto de 1998, reitera el compromiso de la CAN con la democracia, mediante el cual se establece que "la Comunidad Andina es una comunidad de naciones democráticas" y que "tiene entre sus objetivos principales el desarrollo y consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

---

[7] A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 19.

[8] Resulta de los artículos 2b, 3d, 3k, y 6 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Un aspecto muy importante de la agenda de la Política Exterior Común de la Comunidad Andina, es el tema de la promoción y defensa de la democracia. En efecto, la Decisión 458 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a través de la cual se aprobaron los "Lineamientos de la Política Exterior Común", tiene entre sus principales principios el de la vigencia del orden democrático fundado en la participación ciudadana y en la justicia social y, entre sus principales objetivos, el del desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como la promoción y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales [9].

En el caso de la Unión Europea, el Tratado de Roma, disponía "la prohibición de discriminación dentro de la Comunidad en razón de la nacionalidad o el sexo" (Art. 6, 40 y 119) lo cual se asemeja al consabido concepto de igualdad. Dentro de la Unión Europea no se puede dejar de considerar el aporte que se hace a penetración de la tutela de los derechos fundamentales dentro del proceso de integración la sentencia del Caso Stauder de 1969 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [10].

Arrimándonos al caso del Mercosur … *"Los Protocolos posteriores y sobre todo el derecho emanado de los órganos del sistema mercosureño, han venido a completar y perfeccionar la organización, dotando al esquema de integración de alguna normativa básica en materia social, y asimismo, se han ido apuntando y señalando distintas cuestiones que afectan de manera directa o indirecta, al reconocimiento y protección de los derechos humanos en el marco mercosureño"* [11].

---

[9] Decimosegunda Reunión Ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en mayo de 2004, en Ecuador, se adoptó la Decisión 586 "Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos", estableciendo metas específicas tanto en materia de Promoción de la Carta Andina; de su implementación a nivel nacional e internacional; de seguimiento; y de su proyección en el mediano y corto plazo. Además de establecer el cronograma general y señalar caminos para la búsqueda del financiamiento que permita su instrumentación.

[10] Partiendo de la fórmula empleada por la Sentencia Stauder, por la cual los derechos fundamentales de la persona son elementos de los principios generales del Derecho Comunitario, el Tribunal trazó los rasgos de un sistema de protección comunitaria de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales son parte integrante del orden jurídico comunitario, el cual es autónomo, tanto por sus fuentes de derecho como por su propio carácter estructural.

[11] O. Giupponi, *Derechos Humanos e Integración en América Latina*, Valencia, 2006, p. 303.

3. — *Antecedentes en materia de derechos humanos.*

Como elementos básicos dentro del ámbito del Mercosur encontramos: Declaración socio-laboral del MERCOSUR (Río de janeiro, 10 de diciembre de 1998); Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR Decisión CMC No. 40/04 (Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004); Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR – Decisión CMC Nº 17/05 (Asunción, 19 de junio de 2005); Campaña de Información y Prevención del Delito de Trata de Personas – Decisión CMC Nº 12/06; Observatorio de la Democracia del MERCOSUR Decisión CMC No. 24/06; Instituto Social del MERCOSUR Resolución CMC Nº 03/07; Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre cooperación regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situación de vulnerabilidad. Decisión CMC Nº 25/08 (San Miguel de Tucumán, 30 de junio de 2008); Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos – Decisión CMC Nº 14/09.

Los primeros antecedentes concretos que encontramos en el bloque, están en el Protocolo de Ouro Preto (1994), el mismo, introdujo avances concretos en la dimensión social del proceso. A partir de allí, la inicial veta sectorizada del bloque, amplía su margen y es así como comienzan a dilucidarse importantes adelantos plasmados normativamente en materia de derechos humanos. En esta etapa de ampliación de los objetivos del Mercosur las agendas de trabajo en los derechos seleccionados se fue expandiendo lentamente para introducir aspectos de la realización de los mismos que exceden una mirada que los indico como meros instrumentos para el desarrollo económico [(12)].

La idea de elaborar una *carta de los derechos fundamentales del Mercosur* se remonta a la propuesta de los movimientos obreros de los cuatro Estados partes [(13)], redactada por el Consejo de Coordinación Social del Cono Sur

---

[(12)] P. Bergallo, *Integración y derechos. La experiencia del Mercosur,* Barcelona, 24/25 de Noviembre de 2008.

[(13)] Las centrales sindicales del Cono Sur ya estaban conformadas antes de la aprobación del Tratado de Asunción, lo que permitió su participación desde los inicios del proceso y la aceleración en negociaciones de espacios sobre temas sociales. La propuesta de Carta

en 1993 como parte de la futura Carta Social del Mercosur [14]. La iniciativa se debió a que la idea de una integración económica involucra aspectos y efectos ineludibles que demandan la necesidad de afrontar la cuestión de la dimensión social de la integración, evitando así los efectos nocivos de caer en una concepción integracionista mera y estrictamente economicista [15].

En noviembre de 1998 se adoptó la Declaración Sociolaboral del Mercosur, que incluyó entre sus artículos derechos como la no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato, prohibición del trabajo infantil, derecho de huelga, derecho de los empleadores a administrar sus empresas, libertad de asociación y de organización sindical y reconoce el derecho a la negociación colectiva [16]. Si bien la Declaración no contiene garantías que aseguren su cumplimiento, cuenta con un sistema de seguimiento de la aplicación de la Declaración cuyo órgano fundamental es la Comisión Sociolaboral. De este órgano depende el diálogo y la colaboración entre los delegados gubernamentales, trabajadores y empresariales. La Declaración se ha catalogado como uno de los primeros ensayos regionales que enfocan específicamente el tema de los derechos y garantías del ciudadano desde su individualidad.

En el año 2000, comienza a funcionar la Comisión Ad-hoc de Derechos Humanos en el ámbito del Foro de Consulta y Concertación Política. Hacia

---

de Derechos Fundamentales tuvo como contenido un sistema de reglas laborales y sociales basado en convenciones de la OIT y en los mejores principios y normas de cada legislación nacional. El objetivo de la Carta de Derechos era consolidar una base regional en que se precisaran los derechos sociales y políticos y se definieran normas laborales comunes, a partir de un denominador común positivo. Se buscaba de esa forma contrarrestar una lógica que tendía a reducir los derechos sociales adquiridos y a acordar en un mínimo común denominador.

[14] Hacia mayo de 1991 por medio de la Declaración de Ministros de Trabajo de los países miembros del Mercosur se estableció la necesidad de atender los aspectos laborales del Mercosur; ello se constituyó en antecedente inmediato de la creación del ex grupo de trabajo Nº 11 en donde se hace referencia al estudio de la viabilidad de adoptar una Carta Social del Mercosur.

[15] W. Hummer, *La elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de Mercosur desde una perspectiva europea*, en *VI Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur*, Brasilia, 21 de noviembre de 2008.

[16] A. Puyana De Palacios, *La integración económica y la globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano,* México, 2003, pp. 254-255.

2004 [17], se decidió que esta comisión se transformara en la Reunión de Altas Autoridades y de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur.

En el año 2004, consiente del la necesidad de trabajar en la región de forma conjunta en materia de derechos humanos y tomando en cuenta lo dispuesto tanto por el Tratado de Asunción, como por Protocolo de Ouro Preto, Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, se crea por Decisión 40/04 del Consejo Mercado Común la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH). Dicha Reunión tenía como objetivo el "velar por la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto, la promoción y protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales".

La RAADDHH tuvo iniciativas, propuestas que constituyeron un importante avance en la elaboración de programas articulados entre los Estados partes y también con Estados asociados, poniendo siempre de relieve el compromiso de la región en la promoción y protección de los derechos humanos como forma de evitar volver a un pasado sangriento que nunca más deberá volver. A medida de que fueron transcurriendo los tiempos se fue avizorando que era necesario dar un salto más allá y asumir nuevos desafíos. En el año 2005 se da el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR por Decisión CMC Nº 17/05.

A partir de una propuesta realizada en 2006, durante la III Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, se decidió establecer un organismo regional de derechos humanos, dada la relevancia de esta temática para la identidad y el desarrollo de los países del bloque, así se crea en el ámbito del Mercosur, el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH), en el año 2009 [18]. Este organismo regional tiene su sede en la ciudad de Buenos Aires y tiene como funciones principales la cooperación técnica, la investigación, la capacitación y el apoyo a la coordinación de políticas regionales en derechos humanos.

---

[17] La Reunión de Altas autoridades se gestó durante la Cumbre Presidencial de Ouro Preto de 2004, por medio de la Decisión CMC N° 40/04.

[18] Creado por Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) Nº 14/09.

4. — *Declaración socio-laboral del Mercosur (Río De Janeiro, 10 de diciembre de 1998).*

La Declaración sociolaboral del Mercosur constituye uno de los instrumentos más completos en materia de Derechos sociales emanado de las máximas autoridades políticas del proceso de integración.

Establece que los Estados Parte reconocen, sobre la base de lo dispuesto en el Tratado de Asunción, que la integración constituye una condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social, destacando la disposición de promover la modernización de sus economías para ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles y, consecuentemente, mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

Afirma asimismo que los principios de la democracia política, del Estado de Derecho y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana constituye la base irrenunciable del proyecto de integración y expresa que dicho proceso no puede restringirse a la esfera económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR.

Sobre esa base, la Declaración consagra derechos fundamentales tales como:

– *no discriminación*, como derecho individual en su artículo 1 al decir que *"Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo y orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.*"
– *igualdad,* tanto en su artículo 2 como 3 se habla del tema de la igualdad destacando no solo la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres, sino para aquellas personas con capacidades diferentes
– *promoción de derecho de los trabajadores migrantes*, articulo 4 cuando dice "*Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los*

nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país"

– *eliminación del trabajo forzoso*, lo encontramos en el articulo 5 en donde vemos el compromiso de los Estados de eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.
– *edad mínima de admisión al empleo y combate al trabajo infantil*, en el articulo 6 donde queda establecido que la edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Parte, no pudiendo ser inferior a aquélla en que cesa la escolaridad obligatoria. La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años.

Los Estados Parte se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo. El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales.

-*libertad sindical*, a partir del articulo 8 se pueden encontrar los derechos colectivos en los que se contemplan además de la libertad sindical la libertad de asociación. Esta libertad de asociación que implica un compromiso de los Estados de respetar que todos los empleadores y trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes.

En cuanto a la libertad sindical se puede destacar la garantía reconocida a los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo.

En el artículo 10 aparece la negociación colectiva, en los artículos 11 y 12 entra en escena el tan mentado derecho a huelga disponiendo que "*Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad*".

– *fomento del empleo,* en el articulo 14 los Estados Parte se comprometen a promover el crecimiento económico, la ampliación de los mercados interno y regional y la puesta en práctica de políticas activas referentes al fomento y creación del empleo, a fin de elevar el nivel de vida y corregir los desequilibrios sociales y regionales.

- *protección de los desempleados*, aquí los Estados asumen el compromiso de a instituir, mantener y mejorar mecanismos de protección contra el desempleo, compatibles con las legislaciones y las condiciones internas de cada país, a fin de garantizar la subsistencia de los trabajadores afectados por la desocupación involuntaria y al mismo tiempo facilitar el acceso a servicios de reubicación y a programas de recalificación profesional que faciliten su retorno a una actividad productiva. (Articulo 15)

- *derecho a la formación profesional y desarrollo de los recursos humanos*, en donde vemos que por un lado los trabajadores tienen el derecho a la orientación, a la formación y a la capacitación profesional y por el otro los Estados asumen el compromiso de instituir, con las entidades involucradas que voluntariamente así lo deseen, servicio y programas de formación y orientación profesional continua y permanente, de manera de permitir a los trabajadores obtener las calificaciones exigidas para el desempeño de una actividad productiva, perfeccionar y reciclar los conocimientos y habilidades, considerando fundamentalmente las modificaciones resultantes del progreso técnico

-*salud y seguridad en el trabajo*, aparece en el articulo 17 como tema fundamental en tanto hace al respeto mismo de la dignidad de la persona humana. En este se dispone que todo trabajador tiene el derecho a ejercer sus actividades en una ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional.

-seguridad social. Se encuentra contemplado en el artículo 19 donde expresamente se dice que "*Los trabajadores del MERCOSUR tienen derecho a la seguridad social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales. Los Estados Parte se comprometen a garantizar una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes ante la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte, buscando coordinar las políticas en el área social, de forma de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios."*

La Declaración dispone como se hará la aplicación y el seguimiento de la misma y la importancia de la misma radica en que constituye como se viene hablando un puntapié para la Carta de Derechos del Mercosur, o un sistema de protección de los derechos humanos en el bloque.

5. — *Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur.*

El Protocolo en sus considerandos reza …"Que es fundamental asegurar la protección, promoción y garantía de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos las personas Que el goce efectivo de los derechos fundamentales es condición indispensable para la consolidación del proceso de integración"… Se destaca que en el artículo 2 de la normativa dispuesta por el Consejo del Mercado Común [19] se dispone expresamente que esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del Mercosur, cuestión de particular importancia dado que no es el camino que normalmente sigue la normativa mercosureña, lo cual pone de relieve la especial importancia que los estados miembros han querido darle al tema en cuestión.

En el protocolo reafirman por un lado los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana; se resalta lo expresado en la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, que la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente; y se subraya lo expresado en distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia; según dice el propio texto del instrumento trabajado.

---

[19] MERCOSUR/CMC/DEC. N° 17/05.

En el mismo se establece la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Se prevé la adopción de medidas ante situaciones que registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con la Parte afectada.

Las medidas a aplicar abarcan, desde la suspensión del derecho a participar en los diferentes órganos del proceso de integración hasta la suspensión de derechos y obligaciones emergentes del mismo. Las medidas previstas serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la Parte afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Esas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la Parte afectada.

6. — *Campaña de información y prevención del delito de trata de personas – Decisión cmc nº 12/06.*

La Decisión en cuestión nace, tomando en cuenta la preocupación por el problema creciente de la trata de personas, especialmente mujeres y niñas/os, y la necesidad de realizar un trabajo coordinado y conjunto en esta materia ha sido destacada en el Comunicado de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados del 18 de junio de 2003, y considerando que las "Conclusiones y Recomendaciones de la Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas" aprobada en la Sesión Plenaria que tuvo lugar en Isla Margarita, República Bolivariana de Venezuela, el 17 de marzo de 2006, enfatizan la cooperación regional e internacional para combatir este grave delito. En este sentido los Estados deciden de esta manera contribuir a la prevención de la trata de personas, especialmente mujeres y niñas/os, resulta conveniente dirigir a la opinión pública de los Estados Partes y Asociados un mensaje común tendiente a sensibilizar y alertar a todos los sectores de la población como así también a difundir un mayor conocimiento de esta problemática.

La norma prevé en primer lugar la coordinación entre los Estados Partes de sus campañas nacionales sobre información y prevención del delito de trata de personas, en particular de mujeres y niños, con el objetivo de realizar una campaña regional en el ámbito del bloque y de los Estados Asociados. Como segundo punto de la norma se dispone que se debe establecer a nivel regional un Día Contra la Trata de Personas. La coordinación de la campaña está a cargo de la Reunión Especializada de la Mujer del Mercosur

7. — *Observatorio de la democracia del Mercosur.*

Considerando que el Protocolo de Ushuaia constituye un compromiso de los Estados Parte del Mercosur con los valores democráticos y los Derechos Humanos así como con la construcción de una democracia basada en un Estado Social de Derecho y Justicia y tomando en cuenta que es un deber insoslayable del Mercosur, construir sus propios mecanismos de seguimiento del desarrollo humano, democrático y social de sus Estados Parte, a los fines de garantizar coherencia e independencia en el conocimiento y manejo de su propia realidad socio-política es que nace el Observatorio de la Democracia del Mercosur.

En tal sentido, el CMC decide encomendar a la CRPM que coordine la elaboración del proyecto de Observatorio de la Democracia del Mercosur, en el marco de la profundización del Protocolo de Ushuaia, el que será considerado por el CMC en su próxima reunión. En el desarrollo de sus trabajos la CRPM contará con la participación de los funcionarios de los Estados Parte designados con tal finalidad.

Hasta tanto se cree el Observatorio de la Democracia del Mercosur, los Estados Parte designarán ante cada evento electoral un cuerpo de observadores para los procesos electorales que se desarrollen en los países miembros.

8. — *Instituto social del Mercosur.*

Otro espacio desde donde se empiezan a trabajar los derechos fundamentales en el bloque, es el Instituto Social del Mercosur (ISM), el mencionado espacio ha sido diseñado específicamente "para avanzar en el desarro-

llo de la dimensión social" y " para generar un enfoque integral en el diseño e implementación de políticas sociales en la región". (MERCOSUR/CMC/ Resolución Nº 03/07). Tiene su sede en Paraguay y está integrado por un representante de cada uno de los Estados partes designado por la Reunión de Ministerios y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR. Su presupuesto así como la designación de su directora ejecutiva fueron aprobados por Resolución del CMC en 2009 (Decisión 31). Está organizado en cuatro departamentos: Investigación y gestión de la información, Promoción e intercambio de políticas sociales regionales, Administración y finanzas, y Comunicación. Según Aguerre y Arboleya:

El ISM pretende ser un instrumento técnico con compromiso ético-político que acompaña el desarrollo de proyectos, programas y políticas para la inclusión social, promueve el intercambio de experiencias, y brinda acompañamiento técnico a la elaboración, ejecución y evaluación de políticas públicas, concretadas a través de procesos de comunicación, articulación de saberes, y participación social.

Entre sus actividades cabe destacar su apertura al diálogo con representantes de organizaciones sociales de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay y se establece que el ISM tendrá los siguientes objetivos generales:

– Contribuir a la consolidación de la dimensión social; Aportar a la superación de asimetrías; Colaborar en el diseño de políticas sociales regionales; Sistematizar y actualizar indicadores sociales regionales; Recopilar e intercambiar buenas prácticas en materia social; Promover mecanismos de cooperación horizontal.

9. — *Acuerdo entre los estados parte del Mercosur y estados asociados sobre cooperación regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad.*

Considerando que la mayor circulación de personas en la región repercute en la necesidad de crear herramientas y mecanismos para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes; la necesidad de utilizar coordinadamente la información de la autoridad judicial y administrativa en torno a la localización o paradero, así como a restricciones de egreso de niños, niñas y adolescentes y al fortalecimiento de la protección.

Se implementará un mecanismo de cooperación regional que permita utilizar información en una Base Informática. No se aplicará a situaciones de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

10. — *Instituto de políticas públicas de derechos humanos del Mercosur.*

El IPPDH se propone contribuir en el diseño, implementación, evaluación y consolidación de las políticas públicas de derechos humanos como eje fundamental de la identidad, el desarrollo y la integración de los países plenos y asociados del Mercosur, tomando en cuenta las obligaciones internacionales en la materia asumidas por los Estados. Desde sus orígenes el Instituto definió que su objetivo principal es contribuir al fortalecimiento de los Estados de Derecho mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, favoreciendo de este modo su consolidación.

En abril de 2010, el Grupo del Mercado Común (GMC) nombró, mediante Resolución Nº 5/10, al primer Secretario Ejecutivo del IPPDH por el plazo de dos años a partir de la plena puesta en funcionamiento del organismo. Por otra parte, por Decisión CMC Nº 12/10, firmada el 3 de agosto de 2010, se aprobó la estructura del Instituto. El IPPDDHH actuará en el ámbito de la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH).

Uno de los mayores desafíos que tiene el Instituto es buscar la adecuación normativa entre los Estados Parte mediante la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos jurídicos de Derechos Humanos de los Sistemas Interamericano y de Naciones Unidas.

En el Art. 3 de la Decisión 14/09 CMC, se dispone que el IPPDDHH tendrá las siguientes funciones:

a – Cooperar, cuando sea expresamente solicitado, por los Estados Partes, entre otras actividades en: 1. el diseño de políticas públicas en la materia y su posterior consecución; 2. la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección y promoción de los Derechos Humanos reconocidos en las respectivas Constituciones Nacionales y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y; 3. la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de Derechos Humanos de

los sistemas interamericano y de Naciones Unidas. b – Contribuir en la armonización normativa entre los Estados Partes, en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos.c – Prestar asistencia técnica para el desarrollo de actividades de capacitación en la promoción y protección de los Derechos Humanos, para funcionarios/as de las instituciones de Derechos Humanos de los Estados Partes. d – Ofrecer un espacio permanente de reflexión y diálogo entre funcionarios/as públicos/as y organizaciones de la sociedad civil, sobre políticas públicas. e – Realizar estudios e investigaciones sobre temas vinculados a la promoción y la protección de Derechos Humanos, que sean solicitados por la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR.

A partir de un primer diagnóstico, se establecieron los siguientes ejes temáticos prioritarios, los cuales fueron aprobados por el Consejo de Representantes Gubernamentales (CRG) del IPPDH

-Política de prevención de la violencia institucional y seguridad ciudadana. Impulsará acciones que prevengan la violencia institucional sobre los grupos en situación de vulnerabilidad, así como la crueldad en las condiciones de detención, la tortura, los malos tratos o cualquier uso ilegítimo de la fuerza por parte de las instituciones de los Estados.

-Políticas de memoria, verdad, justicia y reparación ante graves violaciones. favorecerá la coordinación regional y el intercambio de experiencias nacionales relativas a los procesos de memoria, verdad, justicia y reparación por graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante los períodos dictatoriales en los países del Mercosur y Estados Asociados. Este eje comprende el trabajo en políticas de memoria, sitios, preservación y desclasificación de archivos, comisiones de verdad e iniciativas de esclarecimiento histórico locales y regionales, y políticas de acceso a la justicia de las víctimas y las organizaciones que las representan, así como el seguimiento de los debates políticos y jurídicos en torno a estos temas en los diferentes Estados.

-Políticas de igualdad y no discriminación. promoverá mecanismos institucionales y acciones estratégicas que apunten a incrementar los niveles de igualdad e inclusión social. En particular, se impulsará el enfoque de derechos en las políticas públicas de carácter social; y se apoyarán políticas de acceso a derechos económicos, sociales y culturales; políticas de

igualdad y no discriminación; políticas de acceso a la justicia; y políticas de participación en la esfera pública de grupos excluidos, entre otras.

-Infraestructura institucional en derechos humanos. apoyará el fortalecimiento de la institucionalidad pública y de la gestión y planificación de políticas en derechos humanos. Se diseñarán iniciativas para la capacitación de funcionarios/as, sistemas de información técnica de utilidad para la gestión pública, así como diagnósticos, evaluaciones y apoyo a la planificación de políticas en derechos humanos. Además, se procurará fortalecer la institucionalidad de la RAADDHH, la participación social en ese ámbito y su inserción en los demás espacios institucionales del MERCOSUR [(20)].

Se destaca el pedido de opinión consultiva que se presento en durante el 92° período ordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en Bogotá, Colombia, entre el 22 de agosto y 2 de setiembre, en audiencia con el pleno de la Corte, fue presentada una solicitud de opinión consultiva sobre la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de los representantes de los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

La solicitud de opinión consultiva, que surge a instancias de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur, fue elaborada por el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y aprobada en la XIX Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH) celebrada en Asunción en el mes de abril de 2011.

Esta es la primera vez que cuatro Estados realizan una acción de este tipo, en forma conjunta ante la Corte y expresa una "*tendencia hacia la coordinación de posiciones sobre aquellos temas de alto interés público que presenten una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región*", según lo manifestado en el documento.

El proceso que se inicia con la presentación significará la oportunidad para la discusión en profundidad de la situación de los derechos de los menores migrantes por parte de todos los Estados de la OEA, las agencias internacionales, la academia y las organizaciones no gubernamentales.

[(20)] Información de http://www.ippdh.mercosur.int/Tema

11. — *Solicitud de opinión consultiva ante la corte interamericana de derechos humanos presentada por la Argentina, Brasil, Uruguay Y Paraguay.*

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias es un tema destacado en la agenda de los países miembros del Mercosur y países asociados. Estos países han incorporado la temática migratoria en diversos instrumentos suscribiendo tanto acuerdos bilaterales como regionales que reconocen derechos humanos de los migrantes con independencia de su condición migratoria, además claro esta, de haber firmado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en particular sobre los derechos de la infancia.

En este contexto el 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva a fin de que el Tribunal "*determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*".

Tal iniciativa estuvo a cargo del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, la solicitud de opinión consultiva refiere, más específicamente, a la grave situación de afectación de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en el bloque regional. Y es que a pesar de que se reconocen avances en la región, la situación de los menores migrantes aún es muy delicada.

La decisión de los países signatarios de presentar conjuntamente una solicitud de opinión consultiva ante el máximo tribunal del sistema interamericano de derechos humanos, expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones sobre aquellos temas de alto interés público que presentan una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región. Además, esta iniciativa es indicativa del firme compromiso de nuestros gobiernos con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Entre los principales problemas que los Estados del Mercosur señalan en el informe presentado al sistema judicial interamericano se encuentran la falta de articulación entre políticas migratoria y políticas de protección de derechos de la infancia; la falta de capacidad técnica y de acuerdos institucionales apropiados para realizar un examen estricto de las posibles consecuencias lesivas de derechos de los niños, niñas y adolescentes que ciertas decisiones pueden tener en el marco de procesos migratorios; la ausencia de sistemas de garantías procesales adecuados y la adopción de medidas restrictivas de la libertad personal de los niños por motivos migratorios y el incumplimiento de principios del derecho internacional.

Entre estos últimos aspectos negativos presentados en el informe, se destacan faltas en lo que hace a derechos humanos como la no devolución, la desprotección de la condición de refugiado y la violación del principio de protección de la vida familiar en las decisiones que se adoptan sobre deportación y expulsión. El documento fue presentado durante el 92° período ordinario de sesiones de la CIDH, celebrado en Bogotá, Colombia, en agosto de 2011, a instancias de la Iniciativa Niñ@Sur, elaborada por el recientemente creado Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH) y aprobada en la XIX Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH) celebrada en Asunción en el mes de abril de 2011.

Durante la XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, que tuvo lugar en Montevideo, los presidentes de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR destacaron la formalización de la solicitud de opinión consultiva y "reafirmaron su disposición a fortalecer el diálogo y la cooperación con terceros países o agrupaciones de países a fin de garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, su inserción plena en los países de destino, así como el desarrollo integral de los países de origen de los flujos migratorios".

Específicamente los Estados solicitan que la Corte Interamericana defina los estándares jurídicos en los siguientes temas: 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorias que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes; 3. Estándares para la

aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base de principio de no detención de niñas y niños migrantes. 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal. 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios. 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios. 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes. 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio. 9 El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.

12. — *Conclusion.*

La comunidad internacional ha tenido en los últimos años un papel decisivo en el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos basados en la dignidad de la persona. Este rol de protección de los derechos humanos en Latinoamérica ha estado en cabeza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través del accionar de la Comisión y a la Corte Interamericana. Con la aparición de nuevos espacios geográficos regionales (Mercosur 1991) los cuatro países fundantes se dispusieron a establecer un mercado común con libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre sus miembros, y al mismo tiempo, a facilitar su inserción competitiva en la economía mundial.

El Mercosur significó un avance en el anhelo de lograr una región mas desarrollada y más justa. Con las idas y vueltas de todo proceso de integración intergubernamental el sistema se ha mantenido en el tiempo como el camino adecuado para dar respuestas comunes a las problemáticas que enfrenta la región. Además de la actividad económica desarrollada por el bloque, ya en el Tratado de Asunción de 1991, se definió a la democracia como una condición básica para pertenecer al mismo, y que debía ser defendida por sus miembros. Esta cláusula ha sido de mucha utilidad para mantener la vigencia del estado de derecho en la región y la vigencia de los

derechos humanos. Partiendo de esta premisa se ha ido construyendo lentamente un proceso de integración donde la democracia y el respeto a la dignidad de la persona humana encuentran un lugar donde desarrollarse.

De lo antes expuesto se puede derivar nuestro colorario final: cuanto más profundo es el proceso de integración, mayor relevancia adquiere en la vigencia de los Derechos Humanos dentro de los países involucrados.

Susana Sanz Caballero(*)

HACIA LA INTEGRACIÓN REGIONAL A TRAVÉS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO HISTORIA DE UN ÉXITO

Sumario: 1. Introducción. — 2. Evolución. El vacío de los tratados constitutivos. — 2.1. Las razones de ese vacío. — 2.2. Los derechos mencionados expresamente en los tratados. — 3. El Tribunal de Justicia como motor de la integración europea: su liderazgo en la protección de los derechos fundamentales. — 3.1. La suspicacia de los tribunales internos. — 3.2. El modo de protección judicial diseñado por el Tribunal basado en los principios generales del Derecho de la Unión. — 3.2.1. Definición de los principios. — 3.2.2. Las fuentes de inspiración del Tribunal. — 3.2.2.1. La protección de los derechos fundamentales basada en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. — 3.2.2.1.1. La evolución del uso de las tradiciones constitucionales comunes. — 3.2.2.1.2. Invocación reciente de las tradiciones constitucionales comunes. — 3.2.2.2. La protección de los derechos fundamentales basada en los convenios internacionales sobre derechos humanos. — 4. Opciones para salvar la laguna del derecho originario en materia de derechos fundamentales. — 4.1. Mantenimiento del status quo. — 4.2. Adhesión al CEDH. — 4.3. Redacción de una carta de derechos fundamentales. — 4.3.1. Composición y método de trabajo de la Convención. — 4.3.2. Caracteres generales de la Carta. — 5. Aportación del Tratado de Lisboa a la integración de los derechos fundamentales en Europa. — 6. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

La historia de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea es la historia de un éxito. Además, es la historia de cómo partiendo casi de la nada una institución internacional puede llegar muy lejos. El último paso hasta el momento en esta historia es el avance en la protección que ha supuesto la reforma del Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009. Su futuro pasa por la eventual adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) auspiciado por el Consejo de Europa en 1950, adhesión cuyas negociaciones se abrieron formalmente el 7 de Julio de 2010.

(*) Universidad Cardenal Herrera, Valencia.

Sin embargo, conviene empezar por el principio, esto es, reconociendo que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CCEE) no contenían ninguno de ellos una declaración de derechos fundamentales. Esto es una carencia que se ha arrastrado durante décadas a pesar de las sucesivas reformas que se fueron realizando a los tratados constitutivos.

El objetivo de este trabajo es mostrar cómo la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la UE – y antes de ella, en las CCEE – ha contribuido a la integración europea. Se mostrará cómo partiendo de una base jurídica muy pobre las instituciones europeas – con su Tribunal de Justicia (TJUE) a la cabeza, antes llamado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) – han podido ir construyendo todo un sistema de protección de los derechos fundamentales propio y singular que, a falta de un instrumento, ha conseguido basarse actualmente en el uso de hasta al menos tres instrumentos diferentes: los principios generales del Derecho de la UE, una carta propia de derechos fundamentales y un convenio de derechos humanos auspiciado por otra organización internacional, el CEDH, al cual la UE tiene prevista la adhesión.

2. — *Evolución. El vacío de los tratados constitutivos.*

Los trabajos preparatorios del Tratado de París de 1951, que estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y los Tratados de Roma de 1957, que establecieron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) nunca fueron publicados, razón que ha llevado a que la doctrina sea especialmente prolija a la hora de lanzar hipótesis y conjeturas para justificar algo que se antoja raro, esto es, que los tratados constitutivos de tres organizaciones internacionales que reunieron desde sus comienzos a países democráticos y cuna del discurso de los derechos humanos, obviaran cualquier referencia a éstos últimos cuando, paradójicamente, otras organizaciones europeas coetáneas a las CCEE sí fueron lo suficientemente cautas como para hacer referencia a los derechos fundamentales en sus documentos constitutivos, aunque en algún caso sólo fuera en los preámbulos. Entre los tratados constitutivos de otras organizaciones internacionales creadas en esa época que sí se refieren

a los derechos fundamentales destacan el Estatuto del Consejo de Europa de 1949, el Tratado de la Unión Europea Occidental de 1948 y el Tratado de la Organización del Atlántico Norte de 1949.

2.1. – *Razones del vacío en los tratados.*

Entre las razones que se han aducido para esta ausencia en los tratados constitutivos de las CCEE, para este silencio en relación con los derechos fundamentales, destacan las siguientes:

1) Se pensaba que las organizaciones internacionales de carácter económico no podían violar los derechos humanos:

La primera comunidad europea fue la CECA, que no sólo era una organización de competencias económicas, sino además de carácter eminentemente técnico, por lo que se antojó innecesario hacer referencia a unos derechos que parecían demasiado alejados del ámbito de la producción y la comercialización del carbón y del acero. En cuanto a la CEE y a la CEEA, nacieron en 1957 como organizaciones internacionales con competencias económicas y se pensaba en ese tiempo que el campo de actuación de tal tipo de organización tampoco podía incidir en los derechos fundamentales.

En sus orígenes, en las CCEE se consideró al individuo como mero agente económico, no como verdadero ser humano. Interesaba en tanto que ejecutor de una actividad económica o como destinatario de la misma. El individuo como tal y sus derechos no interesaban a las CCEE. Se pensaba que los derechos fundamentales difícilmente podían ser violados por estas organizaciones, lo cual fue un craso error, incluso en la época en la que las CCEE sólo gozaban de competencias económicas. Pero es que, además, la incidencia del Derecho Comunitario fue aumentando con el paso del tiempo, a medida que se fueron incrementando las áreas de competencia de las CCEE. Hoy día la UE ya no es una Europa de mercaderes, y el Derecho de la UE abarca muchas materias ajenas a lo puramente económico.

2) El fracaso de dos proyectos de integración política coetáneos de las CCEE provocó que se evitaran proyectos con un componente político:

El optimismo que pudiera haber despertado entre los Estados europeos la creación de tres organizaciones internacionales con caracteres supranacionales se había rápidamente desvanecido tras el intento (al poco, abor-

tado) de crear otras dos organizaciones de carácter militar y político que debían haber sido coetáneas de las CCEE, a saber, la Comunidad Europea de Defensa, cuyo proyecto de tratado constitutivo fue rechazado en 1952, y la Comunidad Política Europea, que no llegó a ver la luz tras el fracaso de la anterior. La negativa francesa a ratificar estos convenios dio al traste con una estrategia supranacional que pretendió ser mucho más progresista que la que finalmente se siguió. Este fracaso permitió comprobar que los Estados europeos no estaban suficientemente maduros para un proyecto más ambicioso de integración política, de modo que, por razones de oportunidad se optó por la política pragmática y funcionalista de avanzar con pequeños pasos, sector por sector, comenzándose con una integración limitada de tipo económico. En estas condiciones, la inclusión en los tratados de una declaración de derechos podría haber sido interpretada como un posible subterfugio para comunitarizar ámbitos altamente sensibles a los Estados y para los cuales no se había dotado de competencias a las CCEE. Por ello, de modo deliberado, se obvió toda referencia a los derechos fundamentales en los tratados [(1)].

3) La creación del Consejo de Europa como justificación:

La creación de otra organización internacional en Europa en 1949 con una fuerte orientación hacia la protección de los derechos humanos desde sus inicios, el Consejo de Europa, es otra de las razones alegadas para la aparente falta de preocupación por los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las CCEE:

El Consejo de Europa se creó como organización intergubernamental europea con competencias, entre otros y sobre todo, en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales. De hecho, la primera labor que acometió la organización fue auspiciar la celebración en 1950 del CEDH, convenio que, para el Estado miembro del Consejo de Europa que lo firme y ratifique, acaba teniendo ciertos poderes supranacionales. El convenio consta de dos partes. En la primera parte, la normativa, se enuncia el catálogo de derechos que los Estados parte se comprometen a proteger, todos ellos de carácter civil y político. En la segunda parte, la orgánica, se crea un mecanismo judicial

[(1)] D. Ruiz-Jarabo Colomer, *Los derechos humanos en la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales*, en *Poder Judicial*, 1990, vol. 18, n. 6, pp. 91-98, p. 92.

para la protección de los derechos que permite a un individuo (o a un Estado parte) presentar una demanda contra un Estado parte ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Pocos años después, en 1961, el Consejo de Europa auspició la celebración de la Carta Social Europea, convenio sobre los derechos económicos y sociales que, aun siendo menos ambicioso que el anterior, también incluye un mecanismo de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales. La Carta Social Europea tiene una versión revisada de 1996 que amplía los derechos que son objeto de protección. Con estos antecedentes, no es extraño que se consagrase la idea de que el Consejo de Europa ya velaba suficientemente por los derechos fundamentales. Dado que todos los Estados miembros de las CCEE participaban a su vez en el Consejo de Europa y en su mayoría habían suscrito ambos tratados europeos, se optó por no dar competencias a las CCEE en áreas ya protegidas por otras instancias internacionales.

2.2. – *Los derechos mencionados expresamente en los tratados constitutivos.*

Sean cuales sean las razones de la no inclusión en los tratados de una declaración o catálogo de derechos fundamentales, lo cierto es que la conclusión que hay que extraer no es que los tratados constitutivos no contuvieran ningún derecho fundamental. Los tratados constitutivos se ocupaban de modo disperso y asistemático de ciertos principios de obligado cumplimiento si se quería conseguir una auténtica integración económica y social en las CCEE. Estos principios no son más que derechos fundamentales de tipo económico, así como otras garantías económicas.

Son los siguientes: art. 214 TCE (garantía del secreto profesional); art.6 TCE (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad); art.40.3 (prohibición de la discriminación entre productores y consumidores en el ámbito de las organizaciones de consumidores de mercados agrícolas), art. 48.2 (prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de Estados miembros en cuanto a retribución, empleo y demás condiciones de trabajo), art. 119 (igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras), art. 36 (protección de la propiedad industrial y comercial), art. 118.1 TCE y 46.2 TCECA (promoción de los derechos sindicales y de la

mejora de las condiciones de vida, seguridad social, formación profesional, y derecho de asociación y derecho a la negociación colectiva), art. 222 TCE (tutela de los distintos regímenes de propiedad de los Estados miembros) y arts. 48 y 52 (libertad de circulación y de establecimiento).

El elenco de derechos contenido en los tratados era limitado y sólo referido a derechos económicos y sociales. Pero lo cierto es que estos derechos son los únicos que el Tribunal de Justicia (TJ) protegió durante años, es decir, los incluidos en el derecho originario, que estaban concebidos más como métodos para conseguir una mayor integración económica y el logro de un mercado común que como auténticos derechos subjetivos.

3. — *El Tribunal de Justicia como motor de la integración europea: su liderazgo en la protección de los derechos fundamentales.*

El gran reto era conseguir que las CCEE contaran con un sistema de protección de los derechos fundamentales a la altura de la tradición de sus Estados miembros. La primera institución europea que tomó entre sus funciones la de colmar el vacío que existía en los tratados constitutivos fue el TJCE. Este tribunal había indefectiblemente negado la protección de derechos fundamentales no incluidos en el derecho originario cada vez que se le planteaba un asunto en el que se alegara la violación por parte de las instituciones comunitarias de algún derecho fundamental protegido en la Constitución de algún Estado miembro (a este respecto, es paradigmática la sentencia STORK de 1959 [2]). No podía ser de otro modo puesto que como el propio TJCE declararía en la sentencia COSTA/ENEL [3], existe una autonomía del ordenamiento comunitario tanto respecto al Derecho Internacional como a los ordenamientos intern≠os. Reconocer que el TJCE estaba obligado a proteger y aplicar todos los derechos fundamentales reconocidos en todas las Constituciones de todos los Estados miembros hubiese sido tanto como reconocer la dependencia del Derecho Comunitario respecto de

[2] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 4 de Febrero de 1959, *Friedrich Stork/Alta Autoridad*, C-1/58, en *Rec.* 1959, pp. 43 ss.

[3] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 15 de Julio de 1964, *Costa/Enel*, C-6/64, en *Rec.* 1964, pp. 1141 ss.

los ordenamientos nacionales, su falta de autonomía, y su subordinación al Derecho Constitucional de los Estados. Todo ello hubiese ido en contra del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos internos proclamado también en la mencionada sentencia.

El problema tenía difícil solución. Algunos de los principios estructurales del orden jurídico comunitario como el de primacía del Derecho Comunitario y autonomía del ordenamiento comunitario se veían amenazados por cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. En realidad, la argumentación del TJCE era legítima: este Tribunal sólo podía aplicar los derechos fundamentales recogidos y reconocidos por el ordenamiento comunitario. Con esta argumentación, el TJCE defendía la primacía y la autonomía del ordenamiento comunitario. Pero también la argumentación de quienes instaban al TJCE a pronunciarse en materia de derechos fundamentales era impecable: ¿Qué sentido tenía ceder competencias a una(s) organización(es) internacional(es) si el resultado era la pérdida para el individuo de la posibilidad de alegar y beneficiarse de derechos fundamentales que sí se les reconocía a nivel interno? Si habían sido las Constituciones de los Estados las que habían permitido el traspaso competencial a las CCEE, ¿cómo podía ser que en el ejercicio de esas competencias transferidas las CCEE vulnerasen disposiciones de esas mismas Constituciones? ¿O es que esa transferencia de competencias a las CCEE podía hacerse contradiciendo el contenido de las Constituciones?

El TJCE en 1969 no tuvo más remedio que reaccionar y cambiar su discurso "inhibicionista" en materia de derechos fundamentales, que HILF calificó como un pecado de juventud del Tribunal [(4)], por otro más protector pero que preservase tanto el principio de primacía como el de autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, ante la ausencia de una base jurídica escrita para cambiar su argumentación (dada la inexistencia de competencias atribuidas explícitamente a las CCEE en esta materia), el TJCE

[(4)] Esa primera etapa inhibicionista del Tribunal de Justicia CE ha sido definida por HILF como "pecados de juventud", pero Mancini, mucho menos benévolo que el juez de Karslruhe, lo considera como actitud "brutal" y "denegación de justicia" del juez comunitario (*vide* respectivamente M. HILF, *The Protection of Fundamental Rights in the Community*, en *European Law and the Individual,* 1976, JACOBS, F.G. (eds), North Holland, Amsterdam, pp. 145-160, p.148*;* F. MANCINI, *La Tutela dei Diritti dell'Uomo*, en *Rivista Trimestrelle di Diritto Processuale Civile,* 1989, pp. 1-16, p. 3).

tuvo que hacer uso de técnicas jurídicas muy depuradas, indicando que los derechos fundamentales no recogidos en los tratados serían protegidos en virtud de una fuente del Derecho bastante poco invocada hasta aquel entonces: los principios generales del Derecho Comunitario. Por tanto, a partir de ahora, la cuestión no sería, como a primera vista pudiera parecer, apreciar la compatibilidad de un acto comunitario con el Derecho Constitucional nacional, sino más bien apreciar la validez jurídica de un acto comunitario respecto de una norma comunitaria, a saber, los principios generales del Derecho Comunitario. Este fue el único modo con que podía contar el Tribunal para positivizar derechos. La primera sentencia en la que el TJCE aplicó su nuevo discurso en materia de derechos fundamentales fue la sentencia STAUDER, en un caso sobre el contenido de lo que significa la dignidad humana [(5)].

3.1. – *La suspicacia de los tribunales internos.*

No se puede menos que felicitar al Tribunal por la adopción de este discurso, solución con la que la supremacía del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos internos y la autonomía del ordenamiento comunitario con respecto a éstos quedaban intactas. Pero posiblemente el TJCE no se declaró garante de los derechos fundamentales en el orden comunitario *motu propio* ni por una repentina concienciación sobre las bondades de la protección de los derechos fundamentales [(6)] sino en un intento de frenar la rebelión de los tribunales internos, fenómeno protagonizado por los tribunales constitucionales italiano y alemán (también por el Consejo de Estado francés), que podía haber hecho tambalearse todos los principios estructurales del ordenamiento comunitario [(7)].

[(5)] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 12 de Noviembre de 1969, *Stauder/Comisión*, C-29/69, en *Rec.* 1969, pp. 419 ss.

[(6)] En palabras de Weiler, que resumen la verdadera motivación del TJCE: "The surface "language" of the Court in *Stauder* and its progeny is the language of human rights. The "deep structure" is all about supremacy" (J. H.H. Weiler, *Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, en *International Enforcement of Human Rights,* 1985, J. A. Jolowicz, R. Bernhardt (eds.), Heildelberg, pp. 113-142, p. 121).

[(7)] En palabras de Hartley: "Expediency as conviction" (*vide* T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 1994, *Clarendon Law Series*, Oxford, p. 139). Para un estudio esquemático de la rebelión constitucional en Alemania e Italia, véase: J. Palacio González,

La suspicacia de los tribunales constitucionales había venido larvándose durante los años 50 y 60 pero su exponente más claro está en la sentencia FRONTINI del Tribunal Constitucional italiano [8]. Este Tribunal el 27 de Diciembre de 1973 declaró que la transferencia de competencias soberanas permitida por el art. 11 de la Constitución italiana a las CCEE no podía tener como consecuencia la atribución a las instituciones comunitarias de un poder para violar derechos protegidos como fundamentales por la Constitución italiana. Por tanto, este Tribunal no excluía analizar la compatibilidad del derecho originario con su Constitución. Poco después, el Tribunal Constitucional alemán ahondó en la llaga en una sentencia que puso contra las cuerdas al TJCE y que constituyó todo un acto de provocación jurídica. En la sentencia en cuestión, denominada SOLANGE y fechada el 29 de Mayo de 1974 [9], el alto tribunal declaró que, en tanto en cuanto el ordenamiento comunitario no tuviera una declaración de derechos tan protectora como la contenida en la Ley Fundamental de Bonn, y en tanto en cuanto las CCEE no contasen con un Parlamento elegido democráticamente, este Tribunal se reservaría el derecho de ejercer su control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario derivado [10].

Bloque de Constitucionalidad y Ordenamiento Jurídico Comunitario, en *Gaceta Jurídica de la CEE,* 1987, vol.7, nº 9, pp. 295-334, especialmente pp. 301-313.

[8] Se puede consultar su texto en *Rivista di Diritto Internazionale,* 1974, pp. 130-139.

[9] Se puede consultar su texto en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* 1986, n. 58, pp. 247-260.

[10] Aunque sin duda la revuelta constitucional fue liderada por los tribunales constitucionales italiano y alemán, se hace necesario reconocer que los tribunales franceses contribuyeron a caldear el ambiente de puesta en cuestión de los principios comunitarios. Durante años, los tribunales franceses (y en concreto su Consejo de Estado, que es un tribunal contencioso-administrativo) se negaron a reconocer la primacía del Derecho Comunitario y el efecto directo de ciertas normas comunitarias. La primacía del Derecho Comunitario no fue aceptada hasta 1989 en la sentencia *Nicolo* (sentencia del Consejo de Estado de 20 de Octubre de 1989, en *Revue Française de Droit Administratif,* 1989, pp. 824-828). El efecto directo de las directivas también ha encontrado oposición. A este respeto, se puede mencionar la sentencia del Consejo de Estado de 22 de Diciembre de 1978 *Cohn-Bendit* (en *Revue Française de Droit International Public,* 1979, pp. 832-843) negando el efecto directo de las directivas, jurisprudencia que fue matizada en el asunto *ROTHMANS/PHILIP MORRIS* (sentencia del Consejo de Estado de 28 de Febrero de 1992, en *Revue Française de Droit Administratif,* 1992, pp. 431-440).

Éstas fueron dos peligrosas sentencias pero incontestables desde la lógica jurídica de unos tribunales constitucionales que se niegan a aceptar que una cesión de soberanía a las CCEE acarree una disminución en el nivel de protección de los derechos protegidos a nivel nacional. El TJCE reaccionó rápidamente ante estas puestas en cuestión de la primacía y autonomía comunitaria, asegurando que el TJCE protegía los derechos fundamentales en las CCEE como principios generales del Derecho Comunitario y que los tribunales constitucionales internos se debían abstener de recurrir a los tribunales internos ante las supuestas violaciones de los derechos fundamentales por parte de las CCEE. De hecho el TJCE ya se había adelantado y había previsto la reacción de los tribunales constitucionales, puesto que la primera sentencia en la que afirmó que él era el garante de la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario es del año 1969, anterior, pues, a los pronunciamientos italiano y alemán. Pero un cambio de jurisprudencia tan brutal (por retomar el adjetivo utilizado por MANCINI [11]) no debió merecer al principio la confianza, y sí las reticencias, de los tribunales constitucionales italiano y alemán [12], ya que fue varios años después de la sentencia STAUDER cuando éstos atacaron los cimientos del orden comunitario con sus demoledoras sentencias.

La confianza de los altos tribunales internos fue llegando lentamente y de modo gradual, a medida que fueron comprobando que el TJCE, en su posterior jurisprudencia, confirmaba los extremos de la sentencia STAUDER e incluso la iba enriqueciendo con aclaraciones sobre las fuentes de las que extraía los principios que le servían para identificar los derechos fundamentales.

La reiteración por parte del TJCE (a través de una jurisprudencia constante a partir de entonces) de su compromiso con los derechos fundamentales en tanto que contenido de principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto él asegura, conjuró provisionalmente el peligro de una extensión de la rebelión constitucional en los Estados miembros. En efecto: el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia al caso GRANITAL de 5 Junio de

(11) F. MANCINI, *cit.*, p. 3.

(12) No en vano, aún estaban demasiado cercanas en el tiempo sentencias del Tribunal de Justicia CE como la del caso *Stork* de 4 de Febrero de 1959, en la que el Tribunal de Justicia CE se había negado a analizar las alegaciones planteadas relativas a derechos fundamentales.

1984 [13] reconoce la primacía del ordenamiento comunitario sobre la legislación interna. Por su parte, el tribunal alemán en su posterior jurisprudencia en el asunto SOLANGE II de 22 Octubre de 1986 [14], fijándose más en la protección real otorgada a los derechos fundamentales en las CCEE mediante la labor del TJCE que en el hecho formal de si las CCEE contaban o no con una declaración escrita de derechos fundamentales, declaró que en tanto en cuanto el TJCE siguiera comprometido con los derechos fundamentales, evitaría pronunciarse sobre la compatibilidad de tal o cual acto comunitario con los derechos fundamentales garantizados por su Constitución.

3.2. – *El método de protección judicial diseñado por el TJUE basado en los principios generales del Derecho Comunitario.*

El TJUE no ha variado hasta hoy su modo de proteger los derechos fundamentales. Durante décadas la protección de los derechos fundamentales se ha hecho a través de la jurisprudencia del TJ, que utiliza los principios generales para localizar los derechos fundamentales que protege en el ámbito comunitario. No cambió el modo de protección ni siquiera tras la aparición de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000 (CDFUE), porque no fue hasta el 1 de Diciembre de 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que ésta tuvo valor vinculante. El TJCE comenzó y continuó durante décadas con la protección de los derechos basada únicamente en los principios generales del Derecho Comunitario. Seguidamente pasamos a estudiar éstos.

3.2.1. – *Definición de los principios.*

El TJ en ningún momento ha intentado explicar en qué consisten los principios generales gracias a los cuales consiguió introducir la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Se ha servido y se sigue sirviendo de ellos, pero no los ha definido. Por tanto, procede primeramente aventurar algunas hipótesis sobre su origen.

---

[13] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 5 de Junio de 1984 *Granital*, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* 1987, n. 72, pp. 540-546.

[14] Tribunal de Justicia CE, Sentencia *Solange Ii*, en *Revista de Instituciones Europeas,* 1987, n. 14, pp. 881-899.

El Derecho Comunitario es un derecho eminentemente escrito. Originariamente, en los tratados constitutivos no se hacía referencia a los principios más que en el específico marco de la responsabilidad extracontractual (art.215 TCE, actual art. 340 TFUE [15]). Sin embargo, la existencia de unos principios del orden comunitario se podía derivar también – y además de modo más general – del art.164 TCE [16], aunque sólo sea de modo implícito. Este artículo permitía al TJCE considerar como fuente del Derecho Comunitario no sólo a los tratados constitutivos y al derecho derivado (creado por las instituciones y órganos comunitarios) sino también a los principios generales [17]. El actual art. 19.1 del TUE (antiguo art.164), al contraponer los términos de "Derecho" y "Tratado" nos permite comprobar que en la UE no puede imponerse una visión positivista del Derecho que iguale éste con el derecho escrito, sino que el término es más amplio y podría incluir tanto costumbres como principios generales [18]. Es más, ésta ha sido la interpretación realizada por el propio Tribunal, que ya en algún caso anuló un reglamento por contravenir principios generales del ordenamiento comunitario [19]. La terminología no es uniforme en el TJ cuando se hace referencia a estos principios. A lo largo de su jurisprudencia se han usado diferentes expresiones: reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la juris-

[15] "...En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros..."

[16] "El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado".

[17] En el art. 164 hay, en opinión de Robles Morchon, una "invitación" al TJCE para que complete los tratados y para que, al garantizar el respeto del Derecho, también garantice los derechos fundamentales (G. Robles Morchon, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea 1988*, Madrid, 1988, p. 34). *Vide* también A.H Robertson, J.G Merrills, *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights,* 1992, Manchester, p. 364.

[18] *Vide* J. V. Louis, *L'Ordre Juridique Communautaire,* 1993, Luxemburgo, p. 118.

[19] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 3 de Mayo de 1978, *Toepfer/Comisión*, C-112/77, en *Rec.* 1978, pp.1019 ss, p.1032. En este caso, el Tribunal de Justicia CE anuló un reglamento "al formar parte el principio en cuestión [respeto de la confianza legítima] del ordenamiento comunitario, de modo que su desconocimiento constituiría una "violación del tratado o de toda regla de derecho relativa a su aplicación" en el sentido del artículo citado".

prudencia de los países miembros [20]; reglas del Derecho Comunitario [21]; principios de la Comunidad [22]; principios jurídicos comunes [23]; principios generales [24]; principios generales del Derecho [25]; principios generales del Derecho Comunitario [26]; principios de interpretación generalmente reconocidos [27]; principios del Derecho Internacional [28] o principios fundamentales [29]. Todos tienen como denominador común el ser principios generales que son integrados en el ordenamiento de la UE y que aplica el juez. Lo importante, de cualquier modo, es no identificar la categoría general de los derechos fundamentales que se protegen en el ordenamiento de la UE con todos los principios generales. El mismo TJ siempre ha querido dejar claro que los derechos fundamentales no son más que el contenido de algunos de los principios que él reconoce y protege, pero que los principios generales no se agotan en los derechos fundamentales [30].

---

[20] *Ibídem*.

[21] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 15 de Junio de 1978, *Defrenne/Sabena*, C-149/77, en *Rec.* 1978, pp. 1365 ss., p. 1379.

[22] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 21 de Junio de 1974, *Reyners/Bélgica*, C-2/74, en *Rec.* 1974, pp. 631 ss., p. 650.

[23] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 18 de Octubre de 1989, *Sa Solvay/Comisión*, C-27/88, en *Rec.* 1989, pp. 3355 ss., p. 3356.

[24] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 15 de Julio de 1960, *Comptoirs De Vente/Alta Autoridad Ceca*, C-36-40/59, *en Rec.* 1960, p. 857.

[25] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 13 de Diciembre de 1979, *Hauer/Land Rheinland Pfalz*, c-44/79, en *Rec.* 1979, p. 3745.

[26] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 8 de Octubre de 1980, *Peter Uberschaer/Bundesvesicherungsanstalt*, C-810/79, en *Rec.* 1980, pp. 2747 ss., p. 2764.

[27] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 12 de Noviembre de 1981, *Amministrazione Delle Finanze Dello Stato/Srl Meridionale Industria Salumi Y Otros*, as.ac.C-212-217/180, en *Rec.* 1981, pp. 2735 ss., p. 2751.

[28] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 4 de Diciembre de 1974, *Yvonne Van Duyn/Home Office*, C-41/74, en *Rec.* 1974, pp. 1337 ss., p. 1352.

[29] P.ej. en Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 18 de Mayo de 1994, *Comisión/Luxemburgo*, C-118/92, en *Rec.* 1994, pp. I-1891 ss., pp. 1897 y 1898.

[30] Otros principios que el Tribunal de Justicia CE ha proclamado y amparado sin que tuvieran necesariamente vinculación con derechos fundamentales son el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el de buena fe o el principio de que los órganos comunitarios deben actuar conforme a pautas previsibles,

Los principios generales son utilizados como una fuente no escrita del Derecho, que permite grandes dosis de interpretación (e incluso de creación) jurisprudencial. Para descubrirlos, el TJ se ha inspirado en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que son parte o en cuya elaboración han participado los Estados miembros de la UE. Se trata de una fuente del Derecho de la UE autónoma e independiente. El TJCE primero y también su órgano judicial auxiliar después – el Tribunal de Primera Instancia, creado en 1988 (TPI) –, fueron realizando una labor de selección para transponer al orden interno aquellos principios que más se adaptaban a la naturaleza, estructura y fines de las CCEE. A este proceso de análisis selectivo que realizó el juez comunitario "eligiendo" aquellos principios que consideraba como propios del ordenamiento comunitario es a los que VERGÈS denomina "sélection-adaptation" [31], MENGOZZI "integración selectiva" [32] y PESCATORE, "comparación crítica" [33]. Así, el juez comunitario ha actuado con las manos bastante libres a la hora de decidir los principios que obligan, consiguiendo con este método que la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario (hoy del Derecho de la UE), se mantenga intacta a pesar de recurrir para configurar los principios generales a fuentes de inspiración externas al propio Derecho de la UE (Derecho Internacional convencional, Derecho Constitucional de los Estados...).

---

[31] J. VERGÈS, *Droits Fondamentaux et Droits de Citoyenneté dans l'Union Européenne*, en *Revue des Affaires Européennes,* 1994, n. 4, pp. 75-97, p. 84.

[32] P. MENGOZZI, *Le Prospettive dell'Unione Europea e la Costituzione,* 1995, Milán, pp. 275- 283.

[33] Pescatore escribe: "It is true that, substantially, this formulation does not yield anything concrete, but from the point of view of methodology, it opens the way, on the one hand, to the application of comparative-law methods, and on the other hand, to the store of experience which has been gained in public International Law" (P. PESCATORE, *The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities*, en *Human Rights Law Review,* 1981, vol. 2 parts. 3-4, pp. 295-308, p. 298). *Vide* también la clarificadora frase de Robles Morchon: "Es preciso insistir en esta idea, siendo un grave error de interpretación considerar que las Constituciones y los tratados constituyen fuente del Derecho Comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal se inspira en dichas normas, pero es ella misma la que constituye el núcleo generador de los principios generales del Derecho" (ROBLES MORCHON, G. ROBLES MORCHON, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea 1988,* cit., p.138).

3.2.2. – *Las fuentes de inspiración del Tribunal.*

En cuanto a las fuentes de inspiración a las que fue acudiendo el Tribunal de Justicia para extraer los principios en materia de derechos fundamentales (no fuentes de Derecho de la UE, que no lo son), el Tribunal fue desde el inicio de esta jurisprudencia muy claro al respecto. Son dos: 1) las tradiciones constitucionales comunes a los Estados y 2) los tratados internacionales. Ambas fuentes de inspiración parecen evocar la aplicación, en el ámbito de las CCEE antes y hoy de la UE, de dos categorías de principios generales que se manejan en el orden internacional, y que son harto conocidas por la doctrina: 1) los principios *in foro domestico* (recogidos en los ordenamientos nacionales y elevados posteriormente a la categoría de principios internacionales), y 2) los principios propiamente internacionales [34].

3.2.2.1. – *La protección de los derechos fundamentales basada en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.*

Sin cuestionar en ningún momento la existencia de lazos, civilización, cultura, valores y una historia comunes o similares de los europeos que conforman la UE los preceptos constitucionales referentes a derechos fundamentales (declaraciones de derechos) no son, ni mucho menos, coincidentes [35]. En efecto: nos encontramos con Constituciones no escritas (Reino Unido) con referencias antiquísimas y consuetudinarias a los derechos fundamentales (Bill of Rights de 1689), otras, sin declaración de derechos propia sino con remisión a otros documentos (por ejemplo, la Constitución francesa, que se remite a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), otras con referencias a valores más bien exclusivos de esa sociedad (como es el caso de la Constitución irlandesa con su referencia expresa al derecho a la vida del *nasciturus)*, otras Constituciones recientes y con declaraciones de derechos "actualizadas" (caso de España), etc. Por no comentar los casos de las constituciones más modernas, las de algunos de los países

[34] M. Diez De Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Madrid, 2007, p. 123.

[35] *Vide* J. M. Beneyto, *La Influencia del Parlamento Europeo en el Desarrollo de la Protección de los Derechos Fundamentales en la Comunidad Económica Europea*, en *Revista de Instituciones Europeas,* 1989, vol. 16, n. 3, pp. 837-870, p. 847.

de Europa del Este, que se adhirieron a la UE en las últimas ampliaciones de 2004 y 2010. Es en toda esta amalgama de textos y costumbres, más o menos variopintos, donde el TJ se ha de inspirar para descubrir los derechos que, según él, también se predican del ordenamiento de la UE.

El principal escollo era comprobar si con la referencia un tanto imprecisa a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros el TJ lo que estaba haciendo en realidad era aceptar automática y mecánicamente en el seno del sistema jurídico comunitario todos los derechos protegidos en todos los regímenes constitucionales de los Estados miembros, o si, por el contrario, el considerar las tradiciones constitucionales como una fuente de inspiración para localizar los principios protegidos en el orden comunitario le permitiría al TJCE realizar una labor de filtraje de aquellos derechos fundamentales más adecuados o más necesitados de protección en las CCEE. Fácilmente puede uno imaginar los argumentos en contra de cada una de estas dos posibilidades: si el TJCE se convertía en un mero receptor de todos los derechos fundamentales protegidos en cada una de las Constituciones de los Estados miembros, significaría la negación de la autonomía de las fuentes del Derecho Comunitario y del principio de autonomía del ordenamiento comunitario, ya que éste no sería un ordenamiento completo con sus propias fuentes, ni sería libre a la hora de elaborar su Derecho, extremos éstos que habían sido descartados por la famosa sentencia COSTA/ENEL. Si el TJCE, por el contrario, decidía seleccionar de entre los valores constitucionales de los Estados miembros únicamente aquéllos coincidentes a todos ellos, el nivel de protección de los derechos fundamentales pecaría de una inferior calidad a la de algunos de los regímenes internos, con el consiguiente riesgo de nueva puesta en cuestión de la primacía del Derecho Comunitario por parte de los tribunales constitucionales internos.

3.2.2.1.1. – *Evolución del uso de las tradiciones constitucionales comunes.*

Así pues, la polémica doctrinal estaba servida: ¿la frase "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" significaba que sólo los derechos que se reiterasen en todas las Constituciones de los Estados miembros constituían el contenido de principios del ordenamiento comunitario? En el caso de un derecho repetido en todas las Constituciones, ¿existía la obli-

gación por parte del TJCE de transponer inmediatamente este derecho al orden comunitario, o podía descartarlo por no reflejar un valor digno de protección en el ámbito comunitario? ¿Podía el TJCE atraer hacia el orden comunitario un derecho incluido sólo en algunas, o incluso en una sola Constitución, y considerarlo como manifestación de una tradición constitucional común?... [36]. Pero el TJCE no pareció inmutarse por esta polémica académica y lo que hizo desde un principio fue usar esta fuente de inspiración de forma flexible, en pro de los intereses comunitarios. Hizo gala de su famoso activismo judicial también en su manera de descubrir, analizar e inspirarse en las tradiciones constitucionales. En la sentencia IRCA el Tribunal llevó esta teoría a sus máximas consecuencias, puesto que basó su razonamiento jurídico en un principio que halló en el ordenamiento jurídico alemán, que trasladó al ordenamiento comunitario porque lo consideró principio comunitario, y todo ello a pesar de su no reconocimiento en los otros ordenamientos jurídicos [37]. En contraposición, en la sentencia ALGERA [38] el TJCE realizó un repaso minucioso del tratamiento que recibía en todos los Estados miembros el principio de la no revocabilidad de actos administrativos que generan derechos subjetivos. Lo habitual, sin embargo, solía ser el apoyo del TJCE al tratamiento y configuración que recibiera un principio en varios ordenamientos internos, sin sentirse obligado a analizar lo que ocurría en todos ellos. Así, en la sentencia HAUER, el TJCE estudió el tratamiento que se daba a la propiedad privada en las Constituciones irlandesa, italiana y alemana. Esto nos lleva

---

[36] M. Pentikäinen, M. Scheimin, *A Comparative Study of the Monitoring Mechanisms and the Important Institutional Frameworks for Human Rights Protection within the Council of Europe, the CSCE and the European Community*, en *Monitoring Human Rights in Europe*, 1993, Aire Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak y Allan Rosas (eds.), Martinus Nihjoff, pp. 93-119, p. 100 y P.H Teitgen, *La Protection des Droits Fondamentaux dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp. 21-32, p. 27.

[37] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 7 de Julio de 1976, *Irca (Industria Romana Carni E Affini Spa)/Amministrazione Delle Finaze Dello Stato*, C-7/76, en *Rec.* 1976, pp. 1213 ss. Véase esto comparando las Conclusiones del Abogado General WARNER (pp. 1237-1238) y el texto de la sentencia (en su p. 1217). El primero reconoce que el principio en cuestión se extrae únicamente de la legislación alemana. El Tribunal de Justicia CE simplemente acepta el principio a pesar de su origen limitado al territorio germano.

[38] Tribunal de Justicia CE, Sentencia *Algera*, *cit.,* en *Rec.* 1957, p. 114.

a una argumentación diferente, a saber, a menudo nos encontramos con que el problema no es tanto si un determinado derecho se reconoce sólo en una o en unas pocas Constituciones. Más bien, lo habitual es que, al menos por lo que respecta a los derechos clásicos, exista en prácticamente todas las Constituciones un reconocimiento formal y paralelo de muchos de los derechos. El problema que se plantea al TJ suele ser el del diferente contenido o tratamiento que pueda recibir ese derecho en uno u otro sistema jurídico interno, lo cual lleva a la duda sobre el alcance o grado de protección que el TJ deba darle, una vez reconocida su existencia en el ordenamiento comunitario. Es en estos casos cuando la creación jurisprudencial alcanza sus máximas cotas porque el TJCE, una vez inspirado por los ordenamientos internos, puede adaptar tal derecho a las exigencias del Derecho de la UE y enriquecerlo. En definitiva, el TJ ha actuado con las manos libres, sin sentirse obligado a fundamentar jurídicamente sus decisiones en una media aritmética o en un mínimo común denominador de lo que ocurre en todos los Estados miembros. Busca, aún hoy día, la solución que considera más adecuada al caso desde el punto de vista del interés comunitario y de la integración, basándose para ello en las circunstancias concretas, adaptando ese derecho fundamental al Derecho de la UE. La conclusión del proceso de selección-adaptación de derechos fundamentales protegidos en el orden constitucional desde el Derecho interno hasta el de la UE es el reconocimiento incontestable de la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico supranacional: Derecho interno y Derecho de la UE son sistemas jurídicos diferentes y los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento de la UE (aunque puedan tener su origen en los ordenamientos internos) no se pueden ver cuestionados judicialmente por normas internas, aunque éstas tengan rango constitucional.

Al hilo de la utilización del Derecho Constitucional comparado como fuente de inspiración para localizar los derechos fundamentales propios del orden comunitario, el TJCE no dejó pasar la oportunidad de declarar que tales derechos no constituyen prerrogativas absolutas sin límite alguno, sino más bien su carácter funcional y por tanto, limitado por el interés comunitario [39]. Como resultado, la labor jurisprudencial del TJCE en materia de

[39] En el asunto INTERNATIONAL HANDESLSGELLSCHAFT se habló por primera vez de que los derechos fundamentales se debían proteger "en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad" (Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 17 de

derechos fundamentales no puede superar los límites fijados por los propios objetivos de la integración europea [40]. La calificación de los derechos fundamentales como derechos sujetos a límites no nos debe llevar a escándalo. Tanto en el ámbito internacional como en el interno, los derechos se consideran sometidos a límites (siempre que ello no afecte a su contenido esencial) salvo los que por su carácter se consideran inderogables e imprescriptibles (derecho a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a esclavitud ni trabajos forzados). Un ejemplo claro del carácter limitado de los derechos fundamentales en el ámbito internacional se comprueba en el articulado del CEDH, donde en la enunciación de ciertos de sus derechos el primer párrafo de cada artículo enuncia un derecho, y a renglón seguido, el segundo indica en qué condiciones u ocasiones puede ser suspendido su disfrute. Esto ocurre, entre otros, con el derecho a la vida privada y familiar del art. 8, el derecho a la libertad de conciencia y religión del art. 9 y la libertad de expresión del art. 10.

Un reto que se planteó ante el TJ es el de las eventuales tradiciones constitucionales que difieran entre los Estados miembros, y el obstáculo que se le puede plantear en ese caso al TJ a la hora de descubrir el principio general aplicable. Weiler es quien más claramente expuso el asunto al plantearse: "What about those standards which are not common?" [41]. La respuesta a esta pregunta se hace necesaria desde el momento en que ante el TJCE se planteó una cuestión prejudicial referente a la posible incompatibilidad con los tratados (en concreto, con el principio de libertad de servicios) de ciertas medidas adoptadas por las autoridades irlandesas tendentes a prohibir la publicación en territorio irlandés de informaciones sobre clínicas abortistas bri-

---

Diciembre de 1970 C-11/70, en *Rec.* 1970, p. 1178). En este asunto, el derecho alegado era el de propiedad, y el TJCE declaró que, aunque ese derecho estaba protegido en el orden constitucional de todos los Estados miembros, en el ámbito comunitario debería respetar la función social de los bienes y actos protegidos y que, por tanto, tal derecho sería protegido bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público.

[40] G. Recchia, *Derechos Fundamentales e Integración Europea: la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano*, en *Revista de Estudios Políticos,* 1992, n. 15, pp. 47-58, p. 49; G. Cohen-Jonathan, *La Cour des Communautés Européennes et les Droits de l'Homme*, en *Revue du Marché Commun,* 1978, pp. 74-100, p. 85.

[41] J. H.H. Weiler, op. cit, p. 126.

tánicas (asunto *Grogan*) [42]. Las autoridades irlandesas esperaban que el TJCE considerase que este asunto quedaba fuera de su jurisdicción o que, en su defecto, hiciera suyo como principio general del ordenamiento comunitario el contenido del art. 40 de la Constitución irlandesa, que protege el derecho a la vida del *nasciturus*. El TJCE no se sintió vinculado por ese artículo, entre otras cosas porque hubiese supuesto su enfrentamiento con otros ordenamientos constitucionales más permisivos en la materia. El TJCE era consciente de que el punto de vista de Irlanda sobre el aborto no era compartido por otros países de su entorno, pero aún así fue sumamente respetuoso con el Derecho interno, al exigir finalmente el respeto de la Constitución irlandesa en territorio irlandés (*a contrario sensu* prohibió la aplicación extraterritorial de los preceptos constitucionales irlandeses). El TJCE no quiso ir más lejos en esta materia tan polémica y recondujo el litigio por otros derroteros técnicos y menos emocionales, a saber, el conflicto que podía existir entre, por un lado, la prohibición de las autoridades irlandesas, impidiendo en virtud de un artículo constitucional la publicación de anuncios sobre clínicas británicas en las que se practicaban abortos, y por otro lado la libertad de servicios e incluso la libertad de expresión. Así, el TJCE evitó tener que calificar el derecho a la vida del *nasciturus* como principio general del Derecho Comunitario, planteando la cuestión en términos del conflicto existente entre dos principios generales del ordenamiento comunitario, uno consignado en los tratados (libertad de servicios – y las restricciones a ésta por razones de orden y seguridad públicos –) y otro, no (libertad de expresión).

En conclusión, la decisión que el TJ tomó en su día de utilizar el proceso de selección-adaptación de aquellos derechos fundamentales incluidos en Constituciones que se adaptasen a la estructura y objetivos comunitarios, evitó al TJ tener que optar entre standards máximos o mínimos de protección. El TJ estimó que su labor no consistía tanto en optar por la teoría maximalista (contraria, por otro lado, al principio de autonomía) sino en enjuiciar qué derechos de Constituciones internas merecían su protección en el ámbito supranacional. Así por ejemplo, en el asunto HOESCHT el TJCE estimó que las personas jurídicas no contaban con un derecho a la inviolabi-

[42] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 4 de Octubre de 1991, *Society For The Protection Of The Unborn Children (Spuc)/Grogan*, C-159/90, en *Rec.* 1991, pp. I-4685 ss.

lidad del domicilio que, sin embargo, sí se reconoce en una Constitución de un Estado miembro (la alemana) [43]. Y en la sentencia DOW CHEMICAL IBERICA el TJCE estimó que la alegación de una vulneración de derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro no puede afectar a la validez de un acto comunitario ni a su eficacia en el territorio de dicho Estado (en referencia a la alegación de esta empresa de que la verificación realizada por la Comisión en sus instalaciones iba contra el art.18 de la Constitución española, que exige que los registros se realicen con previo mandamiento judicial o prueba flagrante del delito) [44].

3.2.2.1.2. – *Invocación reciente de las tradiciones constitucionales comunes.*

El TJUE busca, aún hoy día, la solución que considera mejor para el caso desde el punto de vista del Derecho de la Unión y del interés de la integración, y hace uso de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como fuente de inspiración para localizar los principios generales del Derecho de la UE basándose en las circunstancias concretas de cada caso. Esta metodología no ha variado pese a que hoy, además de contar con los principios generales como modo de protección de los derechos fundamentales, contemos también con el texto de la CDFUE, que es obligatoria para las instituciones de la UE y para los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la UE. De hecho, el texto de la misma Carta establece la obligación de tener en cuenta esas tradiciones constitucionales a la hora de interpretar los derechos [45]. La ventaja de la situación actual, en la que podemos contar con la jurisprudencia del TJ y con la aplicación de la CDFUE, es que la protección es más previsible [46].

---

[43] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 21 de Septiembre de 1989, *Hoescht Ag/Comisión*, C-46/87, en *Rec.* 1989, pp. I-2859 ss.

[44] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 17 de Octubre de 1989, *Dow Chemical Iberica Sa Y Alcudia/Comisión*, C-97-99/87, en *Rec.* 1989, pp. I-3165ss, p. 3191.

[45] Art. 52.4 CDFUE: "En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones".

[46] De este modo evitamos el riesgo que existía antes de que la Carta vinculara y que tan bien resumía el antiguo Presidente del Tribunal de Justicia CE: "Resulta difícil resumir

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de Diciembre de 2009 y la consiguiente elevación al rango de derecho primario de la CDFUE por el art. 6 del mismo no ha supuesto el abandono del recurso a las tradiciones constitucionales como criterio de inspiración del Tribunal de Justicia. El TJ no ha dejado de invocarlas en su jurisprudencia. Por el contrario, sigue usando estas tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros pero ha modernizado su justificación, puesto que ahora puede añadir en muchos casos la mención expresa a la disposición de la CDFUE que contemple el derecho que esté siendo objeto de controversia. En este sentido se puede citar la sentencia al caso SEDA KÜCÜKDECI de 19 de Enero de 2010, C-555/07 en la que el Tribunal de Justicia de la UE declaró: "…el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación [es un] principio que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros… El Tribunal de Justicia ha reconocido, dentro de este contexto, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión… Debe señalarse asimismo que el artículo 6 TUE, apartado 1, establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Según el artículo 21, apartado 1, de dicha Carta, «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de […] la edad… Pero para que el principio de no discriminación por razón de la edad se aplique en un caso como el del procedimiento principal, es preciso que éste se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» [47].

Asimismo, el TJUE ha citado las tradiciones constitucionales en el caso DEB de 22 de Diciembre de 2010, C-279/09 en los siguientes términos: "Así pues, la cuestión planteada guarda relación con el derecho de una persona jurídica a tener acceso efectivo a la justicia y, en consecuencia, en el marco del Derecho de la Unión, con el principio de tutela judicial efectiva.

---

en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones, como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial" (Rodríguez Iglesias, cit., p. 209).

[47] Tribunal de Justicia, Sentencia de 19 de Enero de 2010, *Seda Kücükdeci Y Swedex Gmbh 6 Co. Kg*, C-555/07, párrafos 20 a 23.

Este principio es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950… En materia de derechos fundamentales, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, debe tomarse en consideración la Carta, la cual tiene, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, «el mismo valor jurídico que los Tratados». El artículo 51, apartado 1, de dicha Carta establece, en efecto, que sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión [48].

El caso ASSOCIATION BELGE DES CONSOMATEURS de 1 de Marzo de 2011, en su párrafo 16 también menciona las tradiciones constitucionales de pasada, como ocurría en las sentencias anteriores: "El artículo 6 UE, al que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente en sus cuestiones y que se cita en el primer considerando de la Directiva 2004/113, disponía en su apartado 2 que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Estos derechos fundamentales fueron incorporados a la Carta, que, desde el 1 de diciembre de 2009, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados" [49].

Por su parte, en el párrafo 54 de la sentencia al asunto AJD TUNA LTD de 17 de Marzo de 2011, el TJ hace alusión a las tradiciones constitucionales a los Estados miembros aunque, de nuevo, muy sucintamente: "Por otro lado, el artículo 47 de la Carta, al prever que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, es la reafirmación del principio de tutela judicial efectiva, principio general del Derecho de la Unión que resulta

[48] Tribunal de Justicia, Sentencia de 22 de Diciembre de 2010 *Deb Deustche Energiehandelschaft Und Beratungsegesellchaft/Rfa*, C-279/09, párrafos 29 y 30.

[49] Tribunal de Justicia, Sentencia de 1 de Marzo de 2011, *Association Belge Des Consomateurs /Consejo*, C-236/09.

de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" [50].

Lo mismo cabe decir de la sentencia al caso ROSALBA ALASSINI Y OTROS/ TELECOM ITALIA SpA, C-317/08 de 18 de Marzo de 2010, cuyo párrafo 61 dice que "…es preciso recordar que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que por otra parte ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" [51].

Igualmente corta y escueta es la mención a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en el caso HASSEN EL DRIDI, C-61/11 PPU de 28 de Abril de 2011, relativo a la imposición de pena de prisión a un nacional de un Estado tercero en situación irregular por el único motivo de que permanecía en el territorio de ese Estado sin causa justificada [52]. En esta sentencia el Tribunal recuerda que la aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes, un principio procesal que repite en la sentencia TOSHIBA CORP. Y OTROS de 14 de Febrero de 2012: "A este respecto, cabe recordar que el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve, que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los principios generales del Derecho de la Unión, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia… y también se recoge en el artículo 49, apartado 1, frase tercera, de la Carta [53].

Por su parte en la sentencia al asunto JURGEN de 10 de Mayo de 2011, el Tribunal afirma: "Por último, en lo que atañe al período comprendido entre la inscripción de la relación de pareja estable del demandante en el litigio principal, que tuvo lugar el 15 de octubre de 2001, y la expiración del plazo de transposición de la Directiva, debe recordarse que el Consejo de la Unión

---

[50] Tribunal de Justicia, Sentencia de 17 de Marzo de 2011, *Ajd Tuna Ltd Direttur Tal-Agrikoltura*, C-221/09.

[51] Tribunal de Justicia, Sentencia de 18 de Marzo de 2010, *Rosalba Alassini Y Otros/ Telecom Italia Spa*, C-317/08.

[52] Tribunal de Justicia, Sentencia de 28 de Abril de 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU, párrafos 61 y 62.

[53] Tribunal de Justicia, Sentencia de 14 de Febrero de 2012, *Toshiba Corp. Y Otro /Urad Pro Ochrano Hospdarske Souteze* C-17/10, párrafo 64.

Europea, basándose en el artículo 13 CE, adoptó la Directiva 2000/78, de la que el Tribunal de Justicia ha declarado que no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, principio que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, sino que únicamente tiene por objeto establecer, en esas mismas materias, un marco general para luchar contra la discriminación basada en diversos motivos" [(54)].

Algo más desarrollada desde el punto de vista de la argumentación de los derechos fundamentales resulta el texto de la sentencia al litigio SERVET KAMBERAJ de 24 de Abril de 2012, no porque elabore más que en sus pronunciamientos anteriores el argumento de las tradiciones constitucionales sino por su modo de citar al CEDH: "De conformidad con el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales…Dicha disposición del Tratado UE refleja la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia… No obstante, el artículo 6 TUE, apartado 3, no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni establece las conclusiones que debe sacar un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional" [(55)].

Por último, la sentencia TRADE AGENCY LTD/SERAMICO INVESTMENTS, C-619/10 de 6 de Septiembre de 2012, en sus párrafos 52 y 53, dice así: "En relación con el derecho a un proceso equitativo, al que se refiere la cuestión planteada, cabe recordar que este derecho es fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido reafirmado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, que se corresponde, como se desprende de las explicaciones relativas a dicho artículo, con el artículo 6, apartado 1, del CEDH… Pues bien, a este respecto el Tribunal

[(54)] Tribunal de Justicia, Sentencia asunto de 10 de Mayo de 2011, *Jurgen/Römer Y Freie Und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, párrafo 59.

[(55)] Tribunal de Justicia, Sentencia de 24 de Abril de 2012, *Servet Kamberaj/Ipes*, C-57/10, párrafos 60-62.

de Justicia ha declarado que el respeto del derecho a un proceso equitativo exige que todas las resoluciones judiciales estén motivadas, y ello a fin de permitir al demandado comprender las razones de su condena e interponer contra tal resolución un recurso de forma útil y efectiva" [56].

Por su parte, el Tribunal General (el antiguo TPI, que también forma parte del TJUE), ha indicado en los asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07 SIEMENS/COMISIÓN EUROPEA de 3 de Marzo de 2011: "Según reiterada jurisprudencia los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario... A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular. Por otra parte, según el artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario… A la luz de esas consideraciones, debe examinarse por tanto si la Comisión vulneró el principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que es el respeto del derecho de defensa…, al no ofrecer a las demandantes la posibilidad de interrogar directamente al testigo Sr. M." [57].

Asimismo, el Tribunal General en el párrafo 106 de su sentencia de 25 de Abril de 2012 MANUFACTURING SUPPORT & PROCUREMENT KALA NAFT CO., TEHRAN, relativo a una empresa afincada en Irán, dice: "Según jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que ha sido consagrado en los artículos 6 a 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. La eficacia del control judicial implica que la autori-

[56] Tribunal de Justicia, Sentencia de 6 de Septiembre de 2012, *Trade Agency Ltd / Seramico Investments*, C-619/10, en sus párrafos 52 y 53.

[57] Tribunal de Justicia, Sentencia de 3 de Marzo de 2011, asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07 *Siemens/Comisión Europea*, párrafos 232 y 233.

dad de la Unión de que se trate está obligada a comunicar las razones de una medida restrictiva a la entidad afectada con el máximo detalle posible, ya sea en el momento de su adopción o, al menos, a la mayor brevedad posible una vez adoptada dicha decisión, a fin de permitir a la entidad afectada ejercitar dentro de plazo su derecho de recurso. En efecto, el cumplimiento de la obligación de comunicar tales razones resulta necesario, tanto para permitir que los destinatarios de las medidas restrictivas defiendan sus derechos en las mejores condiciones posibles y decidan con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de someter el asunto al juez de la Unión como para poner a este último en condiciones de ejercer plenamente el control de legalidad del acto de que se trate que le incumbe [58].

Por su parte, en el caso T-372/10 de 27 de Junio de 2012, BOLLORÉ/COMISIÓN EUROPA, el TG estableció: "Es preciso recordar que el principio de legalidad de los delitos y las penas, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ha sido consagrado asimismo en diferentes tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7, apartado 1, del CEDH... El artículo 7 del CEDH y el artículo 49 de la Carta disponen que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional»…Este principio de legalidad de los delitos y las penas exige que la ley defina claramente las infracciones y las penas que las reprimen. Tal requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones

[58] Tribunal de Justicia, Sentencia de 25 de Abril de 2012 *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran/Consejo De La Ue*, T-509/10. Existe una saga de casos contra el Consejo de la UE cuyos recursos fueron presentados por compañías afincadas en Irán, en los que los antecedentes de hecho son similares a los del caso *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co* y que contienen, todo ellos, un párrafo de texto idéntico a su párrafo 106, en los que se citan las tradiciones constitucionales pero sólo de modo efímero. Son las sentencias a los asuntos T-496/10 de 29 de Enero de 2013 *Bank Mellat/Consejo De La Ue*, relativo a un banco también afincado en Irán (pár. 56), caso T-494/10 de 5 de Febrero de 2013, *Bank Sederat Irán/Consejo De La Unión* (pár. 54), caso T-492/10 de 20 de Febrero de 2013, *Melli Bank Plc/Consejo De La Unión* (pár. 74), y casos acumulados T-439/10 y 440/10 de 21 de Marzo de 2012, *Fulmen Y Mahmoudian/Consejo De La Unión* (pár. 87).

generan su responsabilidad penal… A este respecto, el Tribunal de Justicia reconoció que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprendía que, a efectos del artículo 7, apartado 1, del CEDH, el concepto de «Derecho» equivale al de «ley» utilizado en otras disposiciones del propio Convenio y comprende tanto el Derecho de origen legislativo como el de origen jurisprudencial [59].

También el Tribunal de la Función Pública, que forma parte actualmente del TJUE junto al Tribunal de Justicia y al Tribunal General, estableció en su sentencia MANDT/PARLAMENTO EUROPEO F-45/07 de 1 de Julio de 2010 que se hacía necesaria una interpretación flexible de la exigencia de concordancia entre la reclamación y el recurso según una línea jurisprudencial confirmada del principio de tutela judicial efectiva, como principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 CEDH y reafirmado en el art. 47 CDFUE que tiene, en virtud del art. 6.1 TUE, el mismo valor que los tratados [60].

La conclusión a la que se llega analizando esta amplia jurisprudencia, tanto del TJ como del TG y del TFP es que, cuando últimamente en un fallo se mencionan las tradiciones constitucionales comunes, a la vez suelen citarse artículos del CEDH y/o de la CDFUE que apoyen la argumentación sobre el derecho que esté siendo revisado. Estas sentencias pueden ser más largas o más escuetas pero llama la atención que, en los últimos años, la institución judicial de la UE no haya profundizado en esas tradiciones constitucionales comunes. El TJUE parece que renuncia a hacer un análisis, siquiera sea somero, de las disposiciones del Derecho interno de los Estados miembros que confirmarían sus argumentos. En realidad, la cita a las tradiciones constitucionales comunes parece un recurso retórico o a mayor abundamiento, puesto que no se apoya en datos que el TJ haya introducido en la argumentación y que haya sopesado. Si realmente el Derecho Constitucional interno de los Estados miembros (o de algunos Estados miembros) ha sido discutido y valorado por el Tribunal durante el proceso –quizá a instancia de

[59] Tribunal de Justicia, Sentencia de 27 de Junio de 2012, *Bolloré/Comisión Europa*, T-372/10, párrafos 33-36.

[60] Tribunal de Justicia, Sentencia de 1 de Julio de 2010, *Mandt/Parlamento Europeo* F-45/07, pár. 116.

las partes-, es algo que, si bien es posible, se ignora porque el Tribunal no reproduce en el fallo esa eventual discusión y valoración, ni hace referencia a la legislación interna de ningún Estado miembro. Se diría que el Tribunal ha renunciado a pasar revista a lo que establece el Derecho de los Estados miembros respecto al derecho que esté siendo objeto de estudio una vez que la CDFUE –la cual el mismo Tribunal nos recuerda hoy tiene el mismo valor que los tratados-, incluye también dicho derecho en su artículo. Por eso quizá el TJUE ya no considere necesario dicho análisis constitucional.

3.2.2.2. – *La protección de los derechos fundamentales basada en los convenios internacionales sobre derechos humanos.*

Fue la sentencia NOLD [61] la primera en la que el TJCE mencionó los convenios internacionales como otra fuente de inspiración que podía usar para descubrir los principios generales del ordenamiento comunitario [62]. Resulta interesante destacar otro dato de la sentencia NOLD, a saber, que en ella el TJCE no hace únicamente referencia a los tratados en los que sean parte los Estados miembros, sino también a aquéllos en cuya elaboración los Estados miembros hubieran participado. Curiosa cuanto menos resulta la redacción de esta frase, en la que el Tribunal parece apartarse de un bien conocido y voluntarista principio de Derecho Internacional Público según el cual un tratado no obliga a un Estado hasta el momento de su ratificación y posterior entrada en vigor. Con el tiempo, el Tribunal ha ido más lejos y esta referencia genérica a los tratados internacionales sobre derechos humanos se ha convertido en menciones expresas al CEDH e incluso a artículos de sus protocolos [63], llegando en ocasiones el Tribunal a dictar sentencia con base en un artículo del CEDH, sin hacer referencia a las tradiciones constitucionales comunes e incluso obviando mencionar que aplicaba artículos del CEDH por coincidir su contenido con algún principio general del ordenamiento co-

[61] Tribunal de Justicia, Sentencia de 14 de Mayo de 1974, *Nold/ Comisión*, C-4/73.

[62] Sobre el significado de esta sentencia y sus consecuencias, consúltese: G. L. TOSATO, *La Tutela dei Diritti Fondamentali nella Giurisprudenza della Corte delle Comunità Europea*, en *Studi in Onore di Giuseppe Sperdutti,* 1984, Milán, pp. 717-743, pp. 726-732.

[63] P.ej. en la sentencia *Hauer* (cit., Rec. 1979, p. 3745) donde la mención fue al art. 1 del Protocolo 1 CEDH sobre el derecho de propiedad.

munitario. En alguna ocasión, incluso, el TJ falló citando artículos del CEDH a pesar de no haber sido invocado este tratado por ninguna de las partes en el caso, ni tan siquiera por el Abogado General en sus Conclusiones [64]. Verdaderamente lo que hace el CEDH es sintetizar de la mejor manera posible lo que de común tienen las tradiciones constitucionales de diferentes países, con Constituciones de distintos períodos históricos, con su propio sistema y tradición jurídicos. El CEDH para ellos condensaría todo el *ius commune* [65].

En otras ocasiones el TJ ha hecho referencia en sus sentencias a otros tratados internacionales diferentes sobre derechos humanos como convenios de la OIT [66], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [67] o la Carta Social Europea [68]. Es necesario añadir, en cualquier caso, que ninguno de estos tratados lo ha invocado con tanta familiaridad ni asiduidad como el CEDH y sus Protocolos. Con respecto a tratados que no sean éstos últimos, el Tribunal se cuida bien de no utilizar artículos de tales convenios como único argumento valorativo, sino que los utiliza "a mayor abundamiento". Pero sin duda el convenio más citado con diferencia, es el CEDH y el Tribunal usa e interpreta su jurisprudencia como si fuera propia. Por ejemplo usa su jurisprudencia en el complicado asunto KADI de 3 de Septiembre de 2008, relativo a los derechos de propiedad de algunas personas sospechosas de ra-

---

[64] *Vide* p.ej. Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 10 de Julio de 1984, *Regina/Kent Kirk*, C-63/83, en *Rec.* 1984, p.2718.

[65] *Vide* entre otros, de M. Salvia, *L'Élaboration d'un «ius commune» des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dans la Perspective de l'Unité Européenne*, en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J.Wiarda*, 1988, Berlin, pp. 555-563; M.H Mendelson, *The European Court of Justice and Human Rights*, en *Yearbook of European Law,* 1981, pp. 125-165, p. 157; A. Susterhenn, *L'Application de la Convention sur le Plan du Droit Interne*, en *La Protection des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen,* 1961, Dalloz, París, pp. 303-320; F. Mancini, B. Di Bucci, *Le Développement des Droits Fondamentaux en Tant que Partie du Droit Communautaire*, en *Collected Courses of the Academy of European Law,* 1990, vol. I, book I, pp. 35-52, p. 38.

[66] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 2 de Agosto de 1993, *Ministère Public Y Direction Du Travail Et De L'emploi/Jean-Claude Lévy*, C-158/91, en *Rec.* 1993, pp. I-4288ss, p. 4305; Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 7 de Junio de 1972, *Bertoni Y Bandhuin*, C-21/72, en *Rec.* 1972, pp. 345 ss., p. 348.

[67] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 18 de Octubre de 1989, *Orkem Sa/Comisión*, C-347/87, en *Rec.* 1989, pp. I-3283 ss, p. 3348.

[68] Sentencia *Defrenne*, C-149/77 *cit.*, Rec. 1978, p. 1379.

dicalismo islamista a las que el Consejo de UE congeló los bienes que poseían sobre territorio de la UE como forma de luchar contra el terrorismo internacional, en aplicación de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas [69]. En ella, una parte de la argumentación del demandante y del Tribunal se basó en el CEDH, no sólo para referirse al lugar que ocupan los derechos fundamentales en la arquitectura jurídica de la UE [70], sino incluso para referirse a derechos concretos del CEDH y sus protocolos (el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 y 13 y el derecho de propiedad del Prot. 1 CEDH) y para referirse a la propia jurisprudencia del TEDH.

Por esta utilización constante y uniforme del CEDH, la Comisión Europea propuso en 1979 la adhesión de las CCEE al CEDH como modo de obtener un catálogo de derechos escrito. Desde entonces hasta ahora se han escrito ríos de tinta sobre el tema, ríos que se desbordaron tras la mención expresa al CEDH que se hizo en el TUE, es decir, en el tratado que reformó los tratados constitutivos en 1992 con el Tratado de Maastricht y cuyo artículo F.2, hoy, 6.3, indicaba que las CCEE garantizaban la protección de los derechos fundamentales tal y como lo hacía el CEDH [71], y ríos que además, continuaron pese a la manera un tanto abrupta que tuvo el TJCE de zanjar la polémica doctrinal sobre si adhesión sí, adhesión no, con su dictamen 2/94

---

[69] Tribunal de Justicia (Gran Sala), Sentencia de 3 de Septiembre de 2008, *Kadi Y Al Barakaat International Foundation/Consejo Y Comisión*, C-402/05P, Rec. 2008, I-06351.

[70] Ibídem, pár. 283: "Además, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular".

[71] Art. F.2 Tratado de Maastricht: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".
Art. 6.3 TUE tras la reforma de Lisboa: "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

de 28 de Marzo de 1996. La producción doctrinal ha continuado ahora que el Tratado de Lisboa prevé expresamente la adhesión en el artículo 6.2 [72] y que las negociaciones han comenzado, como se verá posteriormente, con el Consejo de Europa.

4. — *Opciones para salvar la laguna del derecho originario en materia de derechos fundamentales.*

En distintos momentos de la historia de las CCEE/UE se han propuesto diferentes alternativas para paliar ese vicio de origen que se le achacaba a las CCEE/UE que es la carencia de una declaración de derechos vinculante con un sistema propio de control de su aplicación. A lo largo de la historia de la construcción europea, se han definido con mayor o menor tesón las siguientes fórmulas para dar más visibilidad a los derechos de la persona, una serie de fórmulas y técnicas que permiten comprobar que el Derecho Comunitario, en materia de derechos fundamentales, como en otras, se ha construido en gran medida, con técnicas de aluvión.

4.1. – *Mantener el status quo a través de la protección judicial.*

La primera opción, la más pasiva de todas ellas, consiste en optar por mantener la protección de los derechos en el ámbito estrictamente judicial del TJUE. Se trataría de seguir protegiéndolos en los casos que sean llevados ante el TJUE por las vías ordinarias de recurso que prevé el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (antes, el TCE), y hacerlo en tanto que principios generales, ocuparse de ellos sólo si alguien que esté legitimado plantea un caso ante las instancias judiciales de la UE que afecte a derechos fundamentales. Se trataría de mantener como opción el activismo judicial a través de dos fuentes de inspiración: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros y los tratados de derechos humanos en los que sean parte los Estados miembros.

[72] "La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados".

La labor que emprendió el TJCE en 1969 a la vista de la falta de instrumentos con los que contaban las CCEE para proteger los derechos humanos resulta encomiable. Con su activismo judicial, ayudó a colmar una laguna que existía en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, los tiempos se han encargado de demostrar que esta protección judicial resulta fragmentaria, casuística e insuficiente y además produce incertidumbre sobre cuáles son los derechos que merecerán la protección del Tribunal.

Además, como jurisprudencia de derechos fundamentales o como jurisprudencia social peca de limitada, porque los dictados de la economía de mercado siempre han sido prevalentes en los tratados.

4.2. – *Adhesión al CEDH.*

Por eso quizá desde los años 70, ciertas instituciones europeas (el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, pero sobre todo la Comisión) plantearon la posibilidad de que las CCEE se adhirieran al convenio más emblemático del Consejo de Europa, el CEDH, que desde 1950 constituye un referente en toda Europa y del cual eran ya parte todos los Estados miembros de las CCEE. La Comisión planteó esta posibilidad a través del Memorandum de la Comisión Europea de 1979 sobre la adhesión al CEDH [73]. La idea sería "tomar prestado" de la órbita del Consejo de Europa este catálogo de derechos fundamentales y convertirlo en propio de la UE. Incluso, a oleadas, tanto la doctrina como las instituciones de las CCEE/UE, barajaron la posibilidad de que la adhesión también fuera a la Carta Social Europea, puesto que este otro convenio es el natural complemento del primero. Sin embargo, la posibilidad de la adhesión a la Carta Social Europea nunca fue vista en pie de igualdad con el CEDH.

El debate sobre la adhesión fue temporalmente zanjado por el Dictamen 2/94 de 1996 emitido por el TJCE [74], en el que el Tribunal entendió que ni las CCEE ni la UE (que coexistían en ese momento) tenían atribuidos poderes en materia de derechos fundamentales, por lo que mal podían adherirse a un convenio especializado en dicho ámbito. En su opinión, hacía falta

[73] Bol. CCEE Supl. 2/79.

[74] Cfr. *Rec.* 1996, pp. I-1759 ss.

una enmienda de los tratados para hacer posible la adhesión. Este dictamen supuso un jarro de agua fría pero, en el fondo, lo que los jueces del TJCE hicieron con él fue tirar la pelota al tejado de los Estados. Si los Estados se negaban cuando reformaban los tratados a conceder competencias en materia de derechos fundamentales a la UE, mal podían luego pedirle al TJCE que se pronunciara sobre si era posible jurídicamente dicha adhesión. Por eso el TJCE entendió que en el estado en el que se encontraba el Derecho Comunitario en aquel momento la adhesión no era posible. Hay que añadir que este Dictamen fue emitido cuando los Estados europeos estaban en plenas negociaciones para la reforma que luego recibió el nombre de Tratado de Ámsterdam, que fue adoptado en 1997, por lo que el dictamen del Tribunal en realidad era una invitación del órgano judicial a los Estados miembros para que incluyeran en la reforma una nueva competencia de las CCEE/UE en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, el Tratado de Ámsterdam finalmente no incluyó ni una nueva competencia en materia de derechos fundamentales ni tampoco una habilitación para la adhesión de las CCEE/UE al CEDH, dando la razón al Tribunal, cuyo dictamen realmente denunciaba la tibieza de los Estados miembros en este ámbito. Sin embargo, si esto es lo que ocurrió en el corto plazo, al menos en el medio plazo la dura advertencia del TJ sirvió de aliciente para que se dieran los pasos necesarios a fin de modificar la estructura de la UE con el fin de hacer posible la adhesión. Y así, tanto el fenecido Tratado Constitucional Europeo como el actual Tratado de Lisboa, prevén en su texto dispositivo dicha adhesión.

El Tratado de Lisboa en su artículo 6.2 prevé que la UE se adherirá como Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y aporta el fundamento jurídico para dicha adhesión, facilitada por la nueva personalidad jurídica única de la Unión Europea. Esta adhesión permitirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo controlar la conformidad de los actos de la Unión con el CEDH, lo que contribuirá a reforzar la protección de los derechos fundamentales en la Unión. En virtud del mandato establecido en el artículo 6.2 y en el Protocolo del Tratado de Lisboa sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH, dicho acuerdo de adhesión debe preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de con-

trol del Convenio Europeo; y b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

Por su parte, el segundo artículo de este protocolo indica que este acuerdo debe garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57 [(75)]. Desde el Consejo de Europa se han oído voces lamentando que el Tratado de Lisboa, como ya le pasaba al Tratado Constitucional Europeo, no permita la adhesión a otros convenios auspiciados también por el Consejo de Europa, y muy especialmente, la Carta Social Europea, que complementa en lo socioeconómico los derechos civiles y políticos del CEDH. Siendo discutible si la adhesión al CEDH supondrá la panacea en la protección de los derechos fundamentales en la UE, al menos supondrá el sometimiento de la Unión al mismo control externo que sufren sus Estados miembros en materia de derechos fundamentales, evitándose así que al transferirse competencias nacionales al marco de la UE ello derive en una disminución de las garantías judiciales accesibles al individuo para el caso de violación de sus derechos fundamentales en ese ámbito de competencias transferido. Además evitará (o al menos es deseable que evite) la continuación de una jurisprudencia "flexible" del Tribunal de Luxemburgo que interpreta libremente el CEDH sin sentirse vinculado por este texto ni por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sino sólo obligado a inspirarse en ellos.

Conviene no olvidar que la obligación que establece el TUE es de resultado y no sólo de comportamiento, como demuestra el tenor literal del art. 6.2: "La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los

[(75)] Sobre las negociaciones entre el Consejo de Europa y la UE en torno a la adhesión de la segunda al CEDH, véase: S. SANZ CABALLERO, *Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 2011, n. 38, pp. 99-128.

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales". En este sentido, las negociaciones sobre la adhesión pueden estar siendo lentas y duras (y hay indicios de que han sido hasta el momento ambas cosas a la vez) pero lo cierto es que el resultado al que hay que llegar es el que es y no hay duda al respecto. Se ha conseguido llegar a un consenso con la presentación de un Informe final para su consideración por el Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa, informe que fue emitido el día 5 de Abril de 2013. Dicho Informe incluye como Anexo I un Borrador revisado de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH [(76)]. La negociación y la propia redacción de este Informe están siendo llevados a cabo por la Comisión Europea (en nombre de la UE) y por un grupo de Estados miembros del Consejo de Europa, entre los cuales se incluyen algunos Estados miembros de la propia UE (en nombre del Consejo de Europa). Entre los temas objeto de análisis del Informe que deberán ser resueltos en el acuerdo de adhesión (y que implicarán reformar el texto del CEDH) destacan los siguientes: la cuestión del alcance de la adhesión, la cuestión de si la UE podrá hacer reservas al Convenio y a sus protocolos, el mecanismo del co-demandado [(77)], la cuestión de las demandas inter-estatales (que deberán cambiar de nombre a inter-partes), la cuestión del previo agotamiento de los recursos internos [(78)], la cuestión de la elección de los jueces del TEDH, la de la participación de la UE en el Comité de Ministros del Consejo de Europa o la cuestión de la participación de la UE en los gastos del TEDH, entre otras.

[(76)] Final report to the CDDH, Consejo de Europa, Doc. 47+1(2013)008 de 5 de Abril de 2013.

[(77)] En virtud del mecanismo del co-demandado la UE actuará como co-demandada cuando una víctima demande a un Estado miembro de la UE por un asunto en el que se ponga en cuestión la compatibilidad con el CEDH de una disposición de Derecho de la UE o, viceversa, un Estado miembro de la UE actuará como co-demandado cuando una víctima demande a la UE por un asunto en el que se ponga en cuestión la compatibilidad del Derecho originario de la UE (TUE y TFUE) con el CEDH.

[(78)] En concreto, habrá que resolver la cuestión de si los recursos judiciales de la UE se considerarán recursos internos a efectos del cumplimiento del requisito que exige el CEDH antes de la presentación de una demanda de que se demuestre el previo agotamiento de los recursos internos.

4.3. – *Redacción de una carta propia de derechos fundamentales.*

En tercer lugar, existía una opción lógica para dar más visibilidad a los derechos fundamentales en la UE que consistía, sencillamente, en la redacción de una declaración propia que especificara cuáles son los derechos de los que goza la persona en territorio de la UE. El Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de Junio de 1999 decidió explorar esta posibilidad encargando a un órgano de composición nunca vista antes en el ámbito comunitario la redacción de una carta de derechos fundamentales para su presentación a los Estados miembros. El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 1999 estableció el método de trabajo de este equipo de expertos estableciendo un plazo de tiempo para terminar sus trabajos. Este órgano se autodenominó, de forma bastante ostentosa, la Convención. Estuvo formada por representantes de los parlamentos nacionales, del Parlamento Europeo, de la Comisión Europea y de los Estados miembros, más dos representantes del Consejo de Europa en calidad de observadores, así como observadores del seno de la UE provenientes del TJCE, del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones y del Defensor del Pueblo Europeo.

En la redacción de este documento por fin se abandonó el método intergubernamental de trabajo. Se intentó ofrecer mayor transparencia en un asunto común de tanto calado. Se tuvo acceso vía internet a los debates. En menos de un año la Convención redactó un largo documento, que fue posteriormente proclamado en la cumbre de Niza de Diciembre de 2000 por el Presidente del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo como documento político, sin valor vinculante. Este documento es la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

4.3.1. – *Composición y método de trabajo de la Convención.*

Conviene señalar lo inédito de la composición de este órgano así como de su método de trabajo, algo inaudito hasta el momento en el ámbito de la UE y que fue bienvenido con entusiasmo y sorpresa. La UE, por primera vez, descartó el recurso de la clásica conferencia intergubernamental del órgano diplomático que representa únicamente los intereses de los Estados. Rodríguez Bereijo (el representante del gobierno español ante la Convención) la

tildó de modo inédito de organización para acabar con el déficit democrático, de órgano heterogéneo, plural y representativo [79]. Los miembros de los Estados estuvieron representados en la Convención pero junto a ellos, se sentaron con los mismos derechos y obligaciones, dieciséis representantes del Parlamento Europeo, treinta de los parlamentos nacionales de los Estados miembros y un representante de la Comisión. En calidad de observadores, actuaron representantes del Tribunal de Justicia, del Defensor de Pueblo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones e incluso representantes externos de la organización del Consejo de Europa.

La aparición en el panorama europeo de la primera convención por mor del Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de Junio de 1999 supuso la primera dejación del método intergubernamental de trabajo en la historia de las CCEE/UE. Su objetivo era el de ofrecer a los pueblos de Europa una imagen menos estatalista que la que los líderes de los Estados miembros habían transmitido hasta aquel entonces en cada reforma de los tratados y mitigar de algún modo la sensación de divorcio que las encuestas transmitían entre lo que negociaban los Jefes de Estado y de Gobierno y lo que pensaba realmente la población europea. En el seno de la Convención se creó un *Praesidium*, un órgano dentro del órgano, cuyo fin era dar impulso a los trabajos. El *Praesidium* que redactó la Carta se tomó la molestia de elaborar unas "Explicaciones relativas al texto de la Carta" en las que, artículo por artículo, fue analizando someramente el origen de los derechos y principios allí incluidos, desgranando los instrumentos internacionales concretos en los que la Convención se había inspirado para consignarlos (CEDH, Carta Social Europea, jurisprudencia del TJCE o del TEDH, etc.) [80]. Eran unos documentos de trabajo sobre las distintas partes del borrador de la Carta en los que se iba explicando qué significaban algunos de los derechos conteni-

---

[79] Á. Rodríguez Bereijo, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la protección de los derechos humanos*, en *La UE y los derechos fundamentales en perspectiva constitucional,* N. Fernández Sola, Dykinson, 2001, pp. 11-36 y S. Sanz Caballero, *Algunos signos de déficit democrático en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el proyecto de Constitución Europea*, en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, J. P. de Nanclares (coord.), Madrid, 2005, pp. 273-288.

[80] Comunidades Europeas: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones relativas al texto completo de la Carta*, *Diciembre de 2000*, OPOCE, 2001.

dos, cuáles eran sus límites, en qué estaban inspirados. Era una especie de "trabajos preparatorios", en terminología internacionalista, donde se indicaba cuál era la intención de los redactores. Algunas de estas Explicaciones estaban mejor escritas, otras menos, pero eran accesibles al público, con lo que al menos hubo transparencia en torno a ellas. Fue todo un ejercicio de transparencia y un acertado intento de proximidad al ciudadano, puesto que las Explicaciones en más de una ocasión aclaran dudas e informan al ciudadano sobre el porqué de sus derechos. Pero como se afirmaba al inicio de las mismas en su versión del año 2000: "*Las presentes explicaciones se han elaborado bajo la responsabilidad del Praesidium. Carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta"*[81].

Los trabajos quedaron terminados el 28 de Septiembre de 2000, cuando se presentó el proyecto final de declaración, a punto para poder ser estudiado (si se hubiera estimado pertinente) por el Consejo informal de Biarritz del mes de Octubre (en el que se decidió posponer el tema hasta la cumbre de Niza). Pero ni siquiera en el Consejo Europeo de Niza de Diciembre de 2000 la Carta ocupó un lugar importante de la agenda y las discusiones. En esa cumbre únicamente se decidió aprobar el texto propuesto sin enmiendas. Pero lo realmente importante, lo que realmente era la duda, esto es, el valor jurídico que se iba a atribuir al texto, quedó en el terreno de las incógnitas. El Consejo Europeo de Niza se apoyó en la posibilidad que le ofrecían las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia sobre el eventual aplazamiento de la decisión sobre el valor vinculante del texto para atrasar *sine die* la discusión sobre su obligatoriedad. Y lo que es igualmente grave: los Jefes de Estado y de Gobierno despacharon el tema de los derechos fundamentales en cinco escuetas líneas de las Conclusiones del Consejo de Niza. En otras circunstancias y momento, el debate sobre la Carta hubiera sido profundo y de fondo. El debate hubiera sido un reñido cuerpo a cuerpo entre los Estados más pro-Carta (Alemania, Francia, Italia, Bélgica y España en su etapa final) y los menos proclives a dotar de una Carta a la UE (Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia y Dinamarca). Pero el tema quedó ninguneado al compartir orden del día con el tema estrella de la cumbre: el reparto de poder entre los Estados miembros en el seno del Consejo de la Unión de

[81] Página 9 de las Explicaciones.

cara a la futura ampliación al Este. El Tema con mayúsculas de la agenda de Niza fue éste y no otro. Los derechos fundamentales y su modo de protección en el ámbito de la UE, un asunto de fondo, de calado, constitucional, pasó sin pena ni gloria.

La Carta tiene el extraño honor de haber sido proclamada solemnemente en dos ocasiones. La primera, cuando se redactó en 2000. La segunda, con ocasión de la firma del Tratado de Lisboa, en 2007. Una versión adaptada de la Carta fue proclamada el 12 de Diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa, que hace la Carta legalmente vinculante en 2009 para todos los países excepto Polonia, el Reino Unido y República Checa, países que han optado por quedarse al margen de la misma. La versión actualizada de la Carta fue firmada por el presidente del Parlamento Europeo Hans-Gert Poettering, el presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso y el primer ministro portugués José Sócrates, presidente del Consejo de la Unión Europea en aquel entonces. Durante 9 años, la Carta fue una mera proclamación de derechos, no fue incorporada a los tratados constitutivos ni aprobada como reglamento. Este es un dato que ha decepcionado a muchos, incluida la propia Presidenta del Parlamento Europeo Nicole Fontaine quien, en su discurso ante el mismo para informar sobre los resultados de la cumbre de Niza, manifestó su absoluta frustración. Sin embargo, al mismo tiempo dejó claro que esta institución vigilaría con especial celo y denuedo la aplicación que esta Carta reciba por parte del resto de las instituciones europeas [(82)].

De esta forma y manera, un documento que es el más amplio que existe hoy por hoy tanto en el ámbito universal como en el regional en cuanto al número y tipo de derechos que contiene, gozó de pocas – si no, de ninguna garantía – en su aplicación. De hecho, durante 6 largos años no fue citada ni una sola vez por el TJCE en su jurisprudencia. La primera vez que el TJ lo citó fue en el caso PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO de 27 de Junio de 2006, C-540/03 [(83)]. Sí que había sido citada antes por el TPI desde 2002 con el caso MAX MOBIL TELEKOMMNUNIKATION SERVICE

[(82)] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PRESS+DN-20001005-1+0+DOC+XML+V0//ES#SECTION1.

[(83)] Tribunal de Justicia CE, Sentencia de 27 de Junio de 2006, *Parlamento Europeo/Consejo*, C-540/03.

T-54/99 de 30 de Enero de 2002 [84]) y mucho antes por los Abogados Generales del TJCE, pero no por el propio TJCE.

4.3.2. – *Caracteres generales de la Carta.*

Ciertamente, la Carta de derechos fundamentales de la UE no se parece a ningún convenio o declaración de derechos fundamentales de los que han sido aprobados hasta el momento en el plano universal o regional. Y ello pese a que, en realidad, la mayoría de los derechos que contenga sean ya conocidos, por tratarse de derechos fundamentales clásicos. Varias son las razones de la singularidad de este documento. En primer lugar, el hecho de que junto a auténticos derechos, mezcle principios. Basta comparar el art. 10 sobre la libertad de expresión [85] con el 26 sobre la protección de las personas discapacitadas [86]. La Carta no trata en pie de igualdad todos los derechos. Muchos de los que aparecen acuñados en la Carta como "principios" son en realidad considerados habitualmente como "derechos" sociales. Su consideración en la Carta como principios es una concesión al Reino Unido y a otros países que no estaban dispuestos en aquel momento a reconocer los derechos sociales de los trabajadores. Según el artículo 51 de la Carta, las instituciones europeas, órganos y agencias de la UE, aplicando el principio de subsidiariedad, "respetarán" los derechos y "observarán" los principios. Ya se ve aquí una diferencia: respetarán en el caso de derechos, y observarán en el caso de principios. Respetar es más fuerte que observar, que es más flexible. El TEDH además, en su jurisprudencia dice que respetar no implica solo obligaciones de no hacer, sino también obligaciones de hacer. Las Explicaciones al texto

---

[84] Tribunal de Primera XXXXXX, Sentencia de 30 de Enero de 2002, *Max Mobil Telekommnunkation Service* T-54/99.

[85] "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.
2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

[86] "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".

de la Carta tratan de desentrañar la diferencia entre principios y derechos. Pero la distinción sigue siendo ambigua. En la Explicaciones se ponen los ejemplos de los principios de los artículos 25 (protección de las personas mayores), 26 (personas con discapacidad) y 37 (protección del medio ambiente), que serían derechos programáticos en lugar de derechos subjetivos. Parece que los derechos son justiciables mientras que los principios necesitan de desarrollo legislativo o de actos ejecutivos y no dan acceso a reclamaciones de acciones positivas de las instituciones. Pero esta distinción pone en peligro la indivisibilidad de los derechos humanos y claramente subordina la importancia de los derechos sociales frente a los civiles y políticos.

En segundo lugar, la Carta reúne en un solo texto derechos de primera, segunda y unos pocos derechos de tercera generación. Ha creado una nueva categorización de derechos, que huye de conceptos ya acuñados como son los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Aunque, curiosamente, en los distintos documentos preparatorios y en los borradores de la Carta, hasta muy avanzado el proceso de redacción, se siguió usando la clasificación de los derechos fundamentales que podríamos llamar clásica y que distingue entre derechos civiles y políticos, de un lado, y socio-económicos y culturales, de otro. Parece que fue casi en el último momento cuando la Convención decidió innovar e introducir una nueva nomenclatura para los derechos que resulta un poco snob, agrupándolos en torno a cinco valores: dignidad, libertades, legalidad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Era innecesario crear una nueva clasificación de derechos que resulta artificial y hasta liosa.

En tercer lugar, este texto, como no podía ser menos, se hace eco de los nuevos tiempos e incorpora las situaciones que provocan las nuevas tecnologías, como la prohibición de las prácticas eugenésicas, la prohibición de la clonación reproductora, o la protección de los datos de carácter personal. En cuarto lugar, mezcla derechos con distintos destinatario o titular: algunos derechos son universales, en el sentido de que los disfruta cualquier persona, otros tienen como titular a los residentes legales en la Unión, y otros tienen un beneficiario todavía más restringido puesto que son coto exclusivo de los ciudadanos de la Unión (derecho a la vida, acceso a las prestaciones de seguridad social y derecho a ser elegible y elegido en las elecciones al Parlamento Europeo).

En quinto lugar, los derechos acuñados reflejan una visión humanista de

la sociedad, pero también capitalista y liberal (libertad de empresa, protección de los consumidores). En sexto lugar, recoge la protección especial que merecen algunos colectivos especialmente vulnerables, cono son los niños, los ancianos y las personas con discapacidad. En séptimo lugar, reúne derechos hasta ese momento dispersos en distintas fuentes, como puedan ser los propios tratados constitutivos, especialmente tras la reforma de Ámsterdam de 1997, el CEDH y la Carta Social Europea del Consejo de Europa, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TJ y del TEDH. La mención a la jurisprudencia de los dos tribunales europeos como origen de algunos de los derechos recogidos en la Carta tiene su interés ya que los derechos declarados o enunciados por los tribunales en su actividad judicial quizá sean menos visibles y gocen de menor conocimiento y reconocimiento público que los que figuran en textos o documentos escritos consensuados a nivel político.

En octavo lugar, la Carta destaca por algo de lo que carece: no incluye un recurso de amparo o, si se prefiere otros términos, un recurso general por violación de los derechos fundamentales, un instrumento judicial de carácter general por violación de derechos fundamentales ejercitable por cualquier particular ante el nuevo TJUE, ni ante el nuevo Tribunal General o los tribunales especializados. De hecho, tampoco el Tratado de Lisboa incluye un recurso de este tipo.

En noveno lugar, en bastantes derechos, el articulado se remite a las leyes internas de cada Estado a la hora de regular el contenido de esos derechos [87]. Esto puede en ocasiones convertirse en un auténtico error: la enunciación a nivel internacional de un derecho para que, a renglón seguido, la ley interna restrinja hasta tal punto ese derecho que acabe imposibilitando su disfrute y todo ello con las bendiciones del texto internacional que da status legal a las intromisiones por parte de la autoridad nacional. Esta técnica, utilizada profusamente por la Carta Africana de los Derechos y Deberes del Hombre y de los Pueblos de 1981 se conoce como las "claw-back clauses" y su aplicación en África ha producido resultados nefastos [88]. Sí se reconoce p.ej. en la Carta

[87] P.ej. art. 10.2 sobre la libertad de conciencia, art. 14 sobre la libertad de creación de centros escolares, art. 28 sobre la negociación colectiva o art. 30 sobre la protección en caso de despido improcedente.

[88] J. H. Fischel De Andrade, *El sistema africano de protección de los derechos humanos y los*

Africana la libertad de expresión, pero se deja claro en el articulado que ese derecho será respetado en cada Estado tal y como y en función de cómo sea su regulación nacional. Por tanto, puede ocurrir que algún Estado establezca en su legislación un régimen de censura y represión que ahogue por completo el derecho supuestamente reconocido. Si se deja libertad a los Estados para delinear el contenido de derechos fundamentales en el orden interno y para regular su ejercicio, si se garantiza un derecho o libertad según lo que diga la ley interna, puede acabar ocurriendo que se limite la extensión de ese derecho hasta tal punto que la ley lo acabe convirtiendo en nada, en papel mojado.

5. — *La aportación del Tratado de Lisboa a la integración de los derechos fundamentales en Europa.*

¿Qué establece exactamente el Tratado de Lisboa? Ya en su preámbulo se habla del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales como principios a los que la UE se adhiere. También se menciona la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores aprobada en 1989 [89], como inspiración para la interpretación de los derechos sociales en la Unión. Pero con esto el Tratado no innova nada, sólo copia el preámbulo del tratado en su formulación previa de Niza y Ámsterdam. La novedad aparece en el art. 6, que sigue siendo la clave para el análisis de los derechos fundamentales en la UE y que se ha visto engrosado en esta reforma. El párrafo primero indica que la CDFUE tiene el mismo valor que los tratados pero no amplía las competencias de la UE y que su interpretación deberá tener en cuenta las Explicaciones al texto de la Carta elaboradas por la Convención. El segundo párrafo recalca que la adhesión no modificará las competencias de la UE, pero significará que la UE y sus instituciones serán responsables ante el TEDH de la misma manera que ahora lo son los Estados miembros de la UE. Y en el tercer párrafo se recuerda que los derechos fundamentales incluidos en el CEDH y los que

---

pueblos, en *Estudios básicos de Derechos Humanos,* tomo VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 660-476, p. 468.

[89] BOCE 12/89.

son fruto de las tradiciones constitucionales formarán parte del Derecho de la UE como principios generales – esto es, se mantiene la fórmula que existía desde la reforma de Maastricht y esta disposición sigue hablando del valor de los principios generales, del CEDH y de las tradiciones constitucionales como fuentes de inspiración para los derechos fundamentales, demostrando que en la Unión sigue quedando espacio para el derecho no escrito y para otras maneras de proteger los derechos fundamentales más allá de la CDFUE.

El Tratado de Lisboa intenta en materia de derechos fundamentales captar la esencia del proyecto fallido de Tratado Constitucional Europeo de 2004 [90] pero rebajando sus aspectos más constitucionales o controvertidos, "desmaquillándolo" constitucionalmente. A efectos de la protección de los derechos fundamentales, recupera la idea de la obligatoriedad de la CDFUE y la de la adhesión al CEDH pero donde antes el Tratado constitucional europeo incluía la CDFUE como parte integrante del Tratado, ahora se renuncia a ello y se hace una incorporación de la Carta por remisión. El Tratado de Lisboa le da un lugar más modesto y menos molesto, como algo externo al Tratado, puesto que no se incorpora su texto y en este sentido se le excluye, pero al mismo tiempo se dice que la CDFUE tendrá el mismo valor que el propio Tratado de Lisboa, incluyendo en el articulado un precepto que vincula jurídicamente la CDFUE al Tratado de forma indirecta. Por tanto, el Tratado de Lisboa retoma los puntos y referencias básicos a los derechos humanos que ya habían sido consignados en el malogrado Tratado Constitucional Europeo. Sin embargo, es precisamente respecto a uno de los puntos centrales de la protección de los derechos humanos en la UE, esto es, su Carta de Derechos Fundamentales, donde mayor es el cambio entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa ya que, según se ha apuntado, el Tratado Constitucional Europeo incluía el texto de la Carta *in extenso* como parte de su articulado. En cambio, el Tratado de Lisboa excluye de su texto la Carta de Derechos Fundamentales de la UE aunque introduce un precepto de vinculación jurídica a la misma. El art. 1.8 del Tratado de Lisboa incluye el nuevo texto del artículo 6 TUE. Éste último, a su vez, recoge el valor jurídico de la Carta al establecer en el párrafo 1 que:

"La Unión reconoce los derechos, libertades y los principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre

[90] DOUE C 310 de 16 de Diciembre de 2006.

de 2000, tal como fue adaptada el 12 de noviembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor que los Tratados".

Por tanto, la Carta no figura como tal en el texto de los tratados constitutivos, sino en un documento aparte pero al ser mencionada en un artículo del Tratado, se garantiza su fuerza vinculante. Debemos entender que de este modo, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa, ésta vincula a las instituciones y órganos de la Unión en el ámbito de sus competencias, así como a los Estados miembros cuando aplican Derecho de la UE. Como se ha indicado, para subrayar la importancia de la Carta, ésta fue solemnemente proclamada por segunda vez el 12 de diciembre de 2007.

El tratamiento que recibe la Carta en el Tratado es un sí pero no, hace un gusto raro, más cuando se comprueba que hay tres países que no están obligados a aplicar la CDFUE, de modo que para ellos no tendrá el mismo valor la CDFUE que el Tratado, con lo que parece que no todos los Estados miembros son tratados igual ni están igual de obligados en materia de derechos fundamentales. Y es que una novedad de este Tratado es la derogación del régimen general que obtuvo el Reino Unido, Polonia y, en el último minuto, también la República Checa, respecto al resto de Estados de la UE pactando que la Carta no les sea aplicable. Se trata de tres sonoras excepciones. En los documentos en los que estos países han obtenido un régimen de exenciones, se indica que la Carta no tiene fuerza vinculante en cuanto a los derechos que no se reconozcan en estos países, es decir, y por tanto que el Tribunal de Justicia de la UE no tendrá poder para imponer decisiones contra estos Estados basándose en la Carta. Se trata del Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y el Reino Unido, de la Declaración de la República de Polonia relativa a la CDFUE y de la Declaración de la República Checa relativa a la CDFUE, que fueron anexadas al Tratado. Estos tres documentos teóricamente limitan la aplicabilidad de la Carta en el territorio nacional de estos tres Estados. Sin embargo, aunque ante los tribunales británicos, polacos y checos no se pueda invocar la Carta ni dichos órganos judiciales puedan utilizarla en su argumentación jurídica, cabe plantearse si la diferencia en el nivel de protección de los derechos será tanta respecto de los demás socios europeos, dado que nada impide que en los tribunales británicos, polacos y checos se utilice el argumento de la protección de los derechos fundamentales como contenido de principios generales del Derecho de la Unión.

En el Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE anexa al Tratado de Lisboa, Reino Unido y Polonia se desvinculan de la Carta al indicar que aunque, en su opinión, la Carta reafirma los derechos y principios reconocidos en la UE y los hace más visibles, sin embargo no crea nuevos derechos para ellos y lo que es más, su contenido no podrá ser defendido ante sus órganos jurisdiccionales. En el caso de Polonia, país de larga tradición católica, su temor a la Carta proviene de la creencia de que pueda poner en peligro su derecho a legislar en el ámbito de la moral pública, el derecho de familia, la protección a la dignidad humana o el respeto de la integridad humana física o moral. En el caso del Reino Unido, sus reticencias se deben al temor a que su sistema laboral y social pueda ser cuestionado ante los tribunales. En el caso de la República Checa, la razón para oponerse a la Carta es un tanto llamativa puesto que se debía al temor del Presidente Klaus a que la Carta sirviera como motivo de reclamación a los alemanes que fueron desalojados de sus viviendas en la región fronteriza de los Sudetes, cuando terminó la segunda guerra mundial y esas tierras pasaron a manos checas.

El Tratado de Lisboa reconoce la competencia del TJUE (nueva denominación para el TJCE, en el Tratado de Lisboa) para velar por el respeto de la Carta (artículo 2.241 del Tratado de Lisboa). Queda por ver cómo podrá aplicarse esta disposición a los países díscolos. En todo caso, el *opt-out* de estos tres Estados europeos es un buen anti-ejemplo de la integración a través de los derechos fundamentales, pero también es muestra de una realidad que se manifiesta a menudo en el seno de la Unión y que no es otra que el reconocimiento de que la UE es una unión de Estados soberanos en la que, en un determinado momento, el acuerdo en una materia (derechos humanos, incluidos) puede no ser unánime. Como bien indica el lema de la UE, estamos "unidos en la diversidad" [(91)].

Pero respecto a este párrafo primero del art. 6 TUE cabe plantearse si la innovación realmente es tanta teniendo en cuenta que hay una declaración anexa al Tratado que precisa su alcance y que dice claramente que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no crea nuevas competencias ni nuevos cometidos para la UE y que tampoco modifica

[(91)] T. Fernández, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generales generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia*, en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, pp. 119-149.

competencias ni cometidos definidos en los tratados. Parece que tras la entrada en vigor del Tratado, la CDFUE vincula a las instituciones y órganos de la UE en su ámbito de competencias y a los Estados miembros cuando ejecuten Derecho de la Unión pero la sombra es ese Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE que deja claro que no crea nuevos derechos ni principios. Compleja cláusula cuyo alcance dependerá de lo que el TJUE quiera interpretar. Además, es pronto para analizar si la fórmula del Tratado de Lisboa, que no incorpora el texto de la CDFUE en su seno pero que hace una devolución al mismo, resuelve el status de la Carta en la UE porque la fórmula usada es ambigua, con el factor adicional de la excepción de su aplicación a tres países. Podemos llegar a pensar que esta fórmula, aunque lo que pretendía era extender el valor de la CDFUE y darle obligatoriedad y más visibilidad, lo que ha conseguido ha sido lo contrario, es decir, limitar al TJUE en una jurisprudencia que antes era muy libre y pretoriana.

Respecto al art. 6.2 y a la posibilidad de la adhesión de la UE a los tratados de derechos humanos del marco del Consejo de Europa (una vez el Tratado de Lisboa ha dotado de personalidad jurídica a la UE), el Tratado de Lisboa sólo se refiere a la adhesión al CEDH, retomando la previsión que ya hacía el Tratado Constitucional. Sin embargo, ahora las modalidades de adopción de esta decisión cambian porque donde el Tratado Constitucional sólo exigía mayoría cualificada, el Tratado de Lisboa exige unanimidad del Consejo así como que la decisión se apruebe por los Estados miembros de acuerdo con sus normas constitucionales respectivas.

Respecto a la posibilidad de adhesión a otros tratados del ámbito del Consejo de Europa y, sobre todo, a la Carta Social Europea, el Tratado de Lisboa ha sido una oportunidad perdida: se podía haber dejado abierto el camino a una adhesión a la Carta Social Europea, pero claramente no había consenso entre los Estados miembros para esto. Además, hubiese planteado problemas: ¿a cuál de las dos cartas sociales debería haberse hecho referencia? ¿A la Carta Europea Revisada de 1996, que está llamada a sustituir a la de 1961, o a la originaria de 1961 ya que hay Estados que no quieren ratificar la revisada (entre ellos, España)?

La adhesión al CEDH abrirá la posibilidad a un control internacional extracomunitario sobre la forma en que las instituciones de la UE, en el ejercicio de sus funciones, respetan el principio genérico de garantía de los

derechos humanos en los que se fundamenta la UE.

Por lo demás, el párrafo tercero del artículo 6 recoge con alguna diferencia de matiz la actual cláusula del artículo 6.2 TUE. En su versión de Lisboa, el artículo indica "Los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales". El artículo no hace sino recoger la fórmula pretoriana ya conocida de protección de los derechos humanos en la UE vigente desde los años 70.

6. — *Conclusiones.*

En un principio, los derechos humanos no fueron una prioridad para las CCEE, no fueron considerados como un instrumento necesario para la integración porque existía otra organización en Europa, el Consejo de Europa, que ya se ocupaba de ellos. La protección fue surgiendo de forma tardía, imperfecta y sobrevenida. La primera institución en dar la voz de alarma fue el Tribunal de Justicia, que aún hoy sigue gozando de un papel principal en el sistema de protección de los derechos de la UE.

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE sufrió una infancia en desamparo, pasó por una juventud muy activa y movida, con una actividad *in crescendo* protagonizada por las sentencias del Tribunal de Justicia, por las sucesivas reformas de los tratados –que iban incorporando algunos derechos a los mismos-, por la petición de adhesión al CEDH que hicieron Comisión y Parlamento y el rechazo a la misma del Tribunal en su Dictamen 2/94 y por la proclamación de la Carta como documento no vinculante en el año 2000. El sistema ha ido alcanzando su madurez con el Tratado de Lisboa, que otorga valor jurídico obligatorio a la Carta en igualdad de condiciones que al TUE, y que, además, establece como obligación de resultado que la UE se adherirá al CEDH. Pero pese a estos avances, los derechos fundamentales siguen siendo un tema que no está zanjado en la UE. El "no" de tres Estados miembros a aceptar la obligatoriedad de la Carta en su territorio así lo demuestra. Hoy día, los derechos fundamentales son una condición de legalidad de los actos de la UE, pero sigue sin estar claro en los tratados si son una auténtica una competencia de la UE o un mero límite a la

acción de las instituciones de la UE. El Tratado de Lisboa ha traído consigo esta situación complicada, en la que detectan signos positivos, manifestados en la dicción del artículo 6 TUE, pero en la que la CDFUE será obligatoria para unos Estados y para otros no está tan claro.

La UE supo enmendar su error y ha contribuido a la integración europea también en materia de derechos fundamentales. Pero no estamos ante un sistema completo ni terminado de protección sino ante uno que, por el contrario, se está aún haciendo, está *in the making*. El siguiente capítulo pasa por la adhesión de la UE al CEDH pero éste será un capítulo que, aunque se ha empezado a escribir, tardará en ser terminado porque las negociaciones están siendo largas y duras y el proceso de ratificación del acuerdo final puede retrasarse años dado que requerirá la ratificación de todos los Estados del Consejo de Europa, incluida Rusia. El capítulo final de esta historia no está escrito y nadie sabe cómo será porque Europa se va construyendo poco a poco, con realizaciones concretas, con avances que a veces son sorprendentes por su magnitud, por su simbolismo y por la celeridad con que se toman pero también con algunos retrocesos que resultan decepcionantes. El anti-ejemplo de acción y posición unánime que representó el rechazo de tres socios europeos a la obligatoriedad de la Carta durante la negociación del Tratado de Lisboa nos demuestra que el proceso de integración europea está aún muy abierto y que nada se puede dar por sentado. Sin embargo, no se debe magnificar ese rechazo. Ciertamente tiene una carga simbólica negativa pero es una decisión más de tipo estético que de contenido. No en vano, la lectura del protocolo y las dos declaraciones al TUE anexos al Tratado de Lisboa sólo excluyen la aplicación en esos Estados de los derechos subjetivos de la Carta que no estén ya recogidos en su derecho interno pero no de los que sí estén. Además, el mensaje positivo es que, pese a la limitación a la eficacia de la Carta pactada por esos tres Estados, todos los Estados miembros, incluidos esos tres, sí han querido y aceptado un régimen común de protección a través de los principios generales del Derecho de la Unión que ha dado un sentido de cohesión y coherencia a la UE en un tema tan básico y fundamental para la integración europea como es la protección de los derechos fundamentales. Sin duda los líderes europeos de los últimos sesenta años y la propia ciudadanía europea han sido siempre conscientes de que sin respeto a los derechos fundamentales no cabe integración.

Juan Jorge Faundes Peñafiel(*)

INTEGRACIÓN REGIONAL, REFORMAS A LA JUSTICIA Y RESPETO DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS CONTRA INDÍGENAS MOVILIZADOS SOCIALMENTE

Sumario: 1. Introducción. — 2. Reformas a la Justicia y procesos de integración en América Latina. Algo más que un horizonte de Derechos Humanos. — 3. La neoliberalización global y su impacto en América Latina como contexto de la "Emergencia Indígena". — 4. La "emergencia Indígena" en América Latina y la criminalización de la protesta mapuche. — 5. La "criminalización de la demanda mapuche" ¿una crítica política o un problema de derecho? — 6. Estándar internacional de derechos humanos. — 7. La interpretación evolutiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. — 8. El "debido proceso" como estándar normativo de derechos humanos. — 9. El principio de proporcionalidad. — 10. Derecho a la igualdad procesal. — 11. Principio de investigación racional y justa. — 12. Las garantías judiciales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. — 13. Principales conclusiones del estudio de casos en Chile. — 13.1. Allanamientos a comunidades mapuche y cumplimiento del estándar internacional de derechos humanos. — 13.2. Allanamiento en el Código Procesal Penal. — 13.3. Derecho a la inviolabilidad del hogar. — 13.4. Allanamiento y uso de la fuerza pública. — 13.5 Definiendo un estandar para los allanamientos a comunidades. — 13.6. Resultado de estudio de casos de allanamientos a comunidades mapuche. — 14. Prisión preventiva de imputados mapuche y cumplimiento del estándar internacional de derechos humanos. — 15. Situación mapuche en torno al estándar mínimo de prisión preventiva. — 15.1. Caso Pascual Pichún y Aniceto Norín. — 15.2. Caso Comunidad Domingo Trangol. — 15.3. Caso Poluco-Pidenco. — 15.4. Caso Peaje Quino. — 15.5. Caso Tur Bus.

1. — *Introducción.*

En los últimos 30 años los procesos de integración regional han generado diversos cambios institucionales y normativos en los países de América Latina que han impactado en el reconocimiento y protección de los derechos humanos de su población, particularmente la indígena. En este sentido, las diversas reformas institucionales y procesales de modernización del estado han

(*) Universidad Católica de Temuco.

generado un cambio paradigmático en materia de administración de justicia. Estos cambios no son aislados, sino que responden a un proceso regional de modernización de los sistemas de administración de justicia promovidos estructuralmente desde diversas iniciativas internacionales globales. Dichos cambios se han implementado en el marco de la tensión que se presenta entre dos factores contradictorios. Por una parte, la voluntad política de mejorar el estándar internacional de Derechos Humanos (DDHH), especialmente en materia procesal penal, respecto de los sistemas judiciales inquisitivos (que en general imperaron por más de un siglo en América Latina). Y, paralelamente, el estado ha debido enfrentar denuncias de violaciones a los derechos humanos, individuales y colectivos, de la población indígena que es encausada penalmente en el marco de las movilizaciones que emprenden en la defensa o reivindicación de los derechos que reclaman desde la perspectiva étnica. Como veremos, la focalización de nuestro estudio se centrará en los derechos individuales, pero debe advertirse que el despliegue de demandas indígenas derechos individuales y colectivos se presenta conjunta y complejamente.

Bajo este primer acercamiento, nuestra investigación busca estudiar las tensiones señaladas entre mejoramiento de los estándares de derechos humanos y denuncia de violaciones a los mismos, en particular, vamos a confrontar las principales categorías del referido estándar internacional de derechos humanos, con diversas fuentes (informes institucionales, jurisprudencia y estudio de casos) que dan cuenta de los alcances de la persecución penal desarrollada por el Estado de Chile contra miembros de los pueblos indígenas [(1)], cuando los repertorios de acción o movilización de estos grupos han configurado tipicidad penal conforme los criterios de los entes po-

[(1)] En general, los Pueblos Indígenas son grupos humanos que configuran una historia, culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat, y porque dicha realidad, rica y compleja, es mucho más que una minoría o una raza. Así mismo, se les reconoce como sujetos de derechos colectivos y reivindican su derechos a la autodeterminación que actualmente incluye el derecho a controlar sus vidas y su propio destino, lo que implica el derecho a contar con todas las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de dicho derecho como proyecto político y de desarrollo, en el marco de los respectivos estados donde existen estos pueblos. Este derecho se establece en el artículo 46 la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas y en el artículo 1 N°1 y N°3 del Convenio N° 169 de la OIT.

liciales, persecutores y propiamente jurisdiccionales.

Para abordar el problema planteado, como uno de los aspectos clave, nos hemos propuesto verificar cómo la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos se ha adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos, en particular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En primer término, damos cuenta del estado del arte doctrinario y jurisprudencial de los tribunales superiores de justicia chilenos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia procesal penal, revisando derechos fundamentales como el "debido proceso", sus alcances e identificando los aspectos más relevantes del marco de protección internacionalmente reconocido en la materia. Se busca determinar el nivel de impacto que estos procesos de integración regional, en el ámbito de los procesos de "Reforma a la Justicia", han podido tener en el cumplimiento de los estándares internacionales por parte del estado. En este sentido, los resultados de la investigación nos permitirán presentar un marco de referencia para confirmar o descartar, en base a indicadores concretos, diversas denuncias que plantean la existencia de una "criminalización de la demanda indígena" en Chile respecto de aquellas acciones de reivindicación que entran en tensión con cuestiones estratégicas para el estado, como la reclamación territorial por las tierras de uso ancestral, o las protestas en defensa de los recursos naturales de territorios indígenas, disputados con la industria forestal y/ o con los proyectos públicos y privados en el área energética, minera y otras. En general, la situación de conflicto se produce cuando las referidas movilizaciones alteran las condiciones de estabilidad institucional – lo que algunos llaman la "paz social" [(2)] – necesaria para la inversión nacional o extranjera, que en nuestra focalización corresponde al Pueblo Mapuche en Chile y cuya población tiene alta presencia en la Región de la Araucanía donde se desarrolla el estudio [(3)].

[(2)] Véase, D. Vrsalovic, *El incendio de Vilcún y el fracaso del Estado en La Araucanía,* 2013, [En línea] Available at: http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/01/07/el-incendio-de-vilcun-y-el-fracaso-del-estado-en-la-araucania/ [Último acceso: abril 2013].

[(3)] En Chile, la IX Región "de la Araucanía", donde focalizamos el proyecto, constituye la principal base territorial del Pueblo Mapuche. Este pueblo indígena también se asienta en las vecinas regiones de Los Ríos y Bio Bio; además hay presencia mapuche minoritaria en los sectores limítrofes del país vecino, Argentina.

Este documento da cuenta de una investigación que desde los procesos de integración regional y las "reformas a la justicia", en el plano latinoamericano y de Chile, diseña un marco de análisis para abordar diversos tópicos e impactos en materia de derechos humanos, enfocándose en particular en el debido proceso como derecho fundamental vulnerado en relación a las movilizaciones sociales mapuche, según se describe a lo largo de este documento.

Este marco surge del convencimiento de que los procesos de modernización del estado y en particular las diversas reformas a la administración de justicia, avanzadas en concordancia con la aprobación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, obedece a diversas facetas de unos mismos procesos de integración regional y global, cuyas consecuencias impactan directamente en las poblaciones locales, en nuestro caso del Pueblo Mapuche. Al mismo tiempo, asumimos como principio articulador que en el plano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo tratado base es la Convención Americana de Derechos Humanos, y en armonía con la tendencia del Sistema General de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se ha alcanzado un "Estándar Internacional de Derechos Humanos" progresivamente vinculante para nuestros estados. En consecuencia, este estándar constituye un marco normativo de protección y, al mismo tiempo, da cuenta de un horizonte hacia el cual avanzar en la defensa de los derechos humanos. Conforme estos dos paradigmas hemos formulado una metodología de trabajo que explicamos más adelante, que en concreto nos permite confrontar el actuar del estado con categorías específicas para los derechos fundamentales, las cuales ofrecerán indicadores evaluables de la gestión pública en los ámbitos de los derechos humanos que estamos estudiando.

La investigación, preliminarmente, desarrolla el complejo escenario de los procesos de integración regional latinoamericana y los influjos de los procesos globales, como acápite fundamental que permite comprender el contexto e influencia internacional, económica, social y política, que "determina" las reformas a los sistemas de justicia latinoamericano y las tendencias de sus respectivos operadores. Se plasman los resultados de un estudio de casos en materia de persecución penal a personas del Pueblo Mapuche movilizadas socialmente desde 2000 a 2012, tomando como base las categorías de análisis jurídico que se señalan a continuación, que han sido definidas

para confirmar o descartar la afirmación, para nosotros hipotética, de que en Chile existe "criminalización de la demanda mapuche". En resumen estas categorías o criterios de análisis son:

-La prisión preventiva, respectivamente analizada desde la prolongación temporal de la prisión preventiva en relación a la presunción de inocencia y el análisis de los requisitos que la hacen procedente.

-Los allanamientos a comunidades mapuche, para lo cual se proponen criterios mínimos que debieran considerarse para justificar razonadamente la autorización de allanamientos, en relación con el derecho constitucional de inviolabilidad del hogar, así como la proporcionalidad y racionalidad del uso de la fuerza pública en la práctica de los mismos.

-La aplicación de la Ley 18.314 que sanciona conductas terroristas, considerando problemas como las facultades discrecionales del Ministerio Público y la calificación discrecional de los delitos, la amplitud de los tipos penales en la Ley 18.314, testigos y/o peritos con identidad protegida y la delación compensada.

-Los derechos de la infancia indígena, bajo dos criterios de análisis: la prohibición de aplicar a menores de edad (en nuestro caso mapuche) la legislación que sanciona conductas terroristas y la obligación de privilegiar medidas de resguardo o sanciones que no impliquen la privación de libertad respecto de niños y adolescentes (indígenas).

Este trabajo, en particular, presenta los resultados de una investigación colectiva que hasta la fecha ha reunido los aportes de un equipo de colaboradores que se sumaron al trabajo del autor [(4)], a todos valla nuestro sincero agradecimiento. En la reflexión conjunta hemos definido las categorías jurídicas base de esta investigación y se ha realizado un extenso trabajo de

[(4)] Este equipo se conformó por: Constanza Oróstica, egresada de derecho de la Universidad Católica de Temuco, ayudante de investigación, quien apoyó el trabajo con tesistas y recopiló los antecedentes jurisprudenciales en torno a los derechos de la infancia indígena mapuche; los alumnos tesistas de derecho de la Universidad Católica de Temuco, Soledad Moraga y Mario Darwitz, la primera revisó los tópicos "prisión preventiva" y "allanamientos en comunidades indígenas", y el segundo abordó diversos aspectos de la Ley 18.314 que sanciona conductas terroristas. La investigación también considera los aportes de Marisol Olivares, abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia U. Católica de Valparaíso, quien revisó la jurisprudencia nacional en torno al derecho al "debido proceso," como marco general, en relación con los tratados internacionales de derechos humanos.

revisión de jurisprudencia, estudio de casos y sistematización, cuyas conclusiones presentamos. Luego de la introducción que explica la incidencia de los procesos globales, la integración regional y las reformas judiciales en América Latina, en primer lugar, pasaremos a desarrollar los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales dentro de la doctrina y jurisprudencia comparada e internacional, considerando además la legitimidad y justificación de su obligatoriedad, para luego abordar el "estándar normativo internacional" de protección de derechos humanos como concepto, límite y garantía respecto del estado y sus alcances en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, lo que éste implica y su relevancia en el marco jurídico internacional, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, su doctrina de la "interpretación evolutiva de los derechos humanos" y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, desde el análisis específico del derecho la "debido proceso", en especial, en los casos de personas mapuche encausadas bajo el sistema procesal de la Reforma Procesal Penal y otros instrumentos legales de persecución penal como la Ley 18.314 que sanciona conductas terroristas, algunos aspectos pertinentes de la jurisdicción militar o bien categorías y/o ámbitos jurisdiccionales integradas desde diversas fuentes, como los derechos de la infancia indígena o las pautas mínimas que debieran seguirse en materia de allanamientos policiales a comunidades indígenas.

Si bien la investigación comprendió los cuatro ejes que se mencionan presedentemente, en este documento que se señala como "Parte I", solo se comprende el análisis de los procesos de integración regional en relación con las reformas judiciales en América Latina, más el informe de los dos primeros tópicos que permiten contextualizar el análisis de los procesos de integración descritos. Por razones de extensión, nos reservamos el desarrollo de los tópicos 3 y 4 de esta investigación que esperamos incluir en un próximo trabajo. Sin embargo, nos permitimos hacer presente que las conclusiones de los cuatro parámetros estudiados son coincidentes, en orden a que de los casos estudiados se desprende el incumplimiento grave por parte del Estado de Chile de los estándares obligatorios en materia de infancia y adolescencia indígena y persecución penal a personas mapuche bajo la legislación que sanciona conductas terroristas.

Esta revisión de casos y jurisprudencia, recaída en las causas seguidas con-

tra imputados indígenas por acciones enmarcadas en las movilizaciones mapuche, corresponde a diversos sucesos que han ocurrido desde 2000 a 2012. La selección de casos comprende, por una parte, de 2000 a 2008 solo aquellos casos que han tenido mayor connotación pública que dan cuenta clara de las problemáticas en estudio. Mientras, en segundo lugar, de 2008 a 2012 se realiza una revisión general logrando incorporar al análisis todas las causas que se lograron pesquisar lo que constituye una muestra cercana al 100%.

Finalmente, agradecemos a la Cátedra Fray Bartolomé de Las Casas de la Universidad Católica de Temuco, en la persona de su profesor director Ricardo Salas (2009-2012) por el respaldo prestado al presente proyecto.

2. — *Reformas a la Justicia y procesos de integración en América Latina. Algo más que un horizonte de Derechos Humanos.*

Desde su período de implementación piloto en la Región de la Araucanía en el año 2000, tanto organizaciones indígenas, como organismos no gubernamentales vinculadas a la defensa y promoción de derechos humanos, hemos sostenido diversas prevenciones sobre la relación de la Reforma Procesal Penal en Chile [5] y lo que se ha llamado la "criminalización de la demanda in-

[5] La implementación del nuevo proceso penal en nuestro país se siguió en forma gradual. La Araucanía fue una de las regiones pilotos con las que se inició la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, en el proceso de diseño e implementación del sistema procesal penal no se consideró la diversidad indígena de la Araucanía que concentraba un tercio de la población indígena nacional, ni tampoco el contexto de demandas sociales exigidas por el Pueblo Mapuche que ya habían cobrado progresiva relevancia desde 1997. Al respecto, cabe destacar la labor seguida por la Fundación Instituto Indígena y la Fundación Forja que desde noviembre de 2000 a marzo de 2001 desarrollaron mesas de trabajo relativas a la Reforma Procesal Penal y el Pueblo Mapuche en conjunto con operadores de la reforma (Ministerio de Justicia, Defensoría Penal Pública y Ministerio Público), convocando también a organizaciones indígenas territoriales. Pese a los esfuerzos realizados por cada una de las instituciones y órganos involucrados, no se lograron resultados significativos que integraran cambios al nuevo sistema que consideraran las condiciones socioculturales y sociopolíticas del Pueblo Mapuche (J. J. FAUNDES PEÑAFIEL, *Reforma Procesal Penal y Pueblo Mapuche*, en *Fund. Instituto Indígena*, 2001, p. 2). No obstante, producto de aquel proceso seguido por estas instituciones y organizaciones –y atendidas las presiones de la Iglesia, la Sociedad Civil y el propio movimiento indígena- la Defensoría Penal Pública creó un programa especial de acceso a la justicia con un enfoque intercultural para la defensa penal de las personas Mapuche,

dígena" (en nuestro caso mapuche), que da cuenta de una suerte de paradoja generada por la expectativa inicial en torno a una mejora de los estándares en materia de "debido proceso" como derecho fundamental [6] y las consecuencias materiales de la persecución penal que es percibida como vulneratoria de los derechos fundamentales de personas indígenas (mapuche) que presentan demandas por sus derechos territoriales ancestrales, en defensa del medio ambiente y los recursos naturales en sus territorios frente a proyectos de inversión públicos y privados. Como veremos, parte de la explicación puede radicar en que la mejora de estándares tienen estrecha relación con el hecho de que las reformas judiciales implementadas en América Latina desde la década de los 90' son parte de procesos de integración, no solo jurídicos dirigidos a la estandarización de derechos fundamentales en el ámbito procesal penal, sino que han sido promovidas desde los foros de integración económica y sus instituciones transnacionales, cuyos alcances y propósitos son diversos a los de derechos humanos y están asociados al comercio, al aumento de la productividad y al aseguramiento de las condiciones de operación del sistema neoliberal global, cuyas medidas y acciones, en definitiva, han entrado en contradicción con las demandas sociales cuyos repertorios de acción [7] han sido

---

a través de la "Defensoría Penal Mapuche" como departamento integrante de la Defensoría Penal Pública (J.J. Faundes Peñafiel, *La defensa de los mapuche en el nuevo sistema procesal penal*, en *Ciudadanía y derechos. Serie Acceso a la Justicia y Reforma Procesal Penal,* 2004 septiembre - octubre, 2(29), p. 34). Inició su tarea en 2001, para pasar a ser un programa formal con instalaciones propias en 2003. Posteriormente, este programa se fue replicando a otras regiones del país con presencia indígena significativa, ya no solo mapuche.

[6] Señalaba el expresidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle: "Asistimos a un momento trascendental en la historia de las instituciones públicas de nuestra patria. Hoy damos el primer paso en la tarea de reformar estructuralmente nuestro Sistema de Justicia. Hoy promulgamos la Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, siendo esta la reforma más importante a la Administración de Justicia y al conjunto del Estado en lo que va corrido del Siglo" (R. E. Frei, *La Gran Reforma de la Justicia,* 1997, Santiago: Secretaría de Comunicaciones y Cultura, Ministerio Secretaría General de Gobierno).

[7] Los "repertorios de acción" son las diversas formas en que se despliega la movilización social. Aquello que los participantes "hacen cuando están inmersos en un conflicto contra otros", así como a lo que "saben hacer y a lo que los otros esperan que hagan", por lo que es un concepto "a la vez estructural y cultural" (M. Revilla, *América Latina y el presente de la "rebelión del coro"*, en *Nueva Sociedad,* Mayo-junio, 2010, Issue 227, pp. 57-61). Entonces, en el caso mapuche hablamos de manifestaciones callejeras, huelgas de hambre, tomas de predios agrícolas y forestales, tala de bosques de empresas forestales, bloqueos de caminos, incendios de

materia de persecución criminal [8].

Se planteaba desde el período de diseño de la Reforma Procesal Penal en Chile que ella estaba orientada a implementar un procedimiento oral, público y contradictorio, para acercar la legislación chilena a las exigencias de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos. Esta reforma a los sistemas de justicia de escala regional, en definitiva arrojó dos impactos relevantes para nuestro estudio: por una parte, en el contexto general del país se generó un mejoramiento progresivo de los estándares de derechos humanos [9]; por otro, al mismo tiempo, operó una mejora sustancial en la eficiencia y eficacia de la persecución penal que – según se reclama – impactó en el Pueblo Mapuche. Precisamente, este segundo aspecto, radicado en la mejora sustantiva del sistema de justicia que lo potenció como un instrumento persecutorio de control social, constituye el nudo en el que radicarán las situaciones de contexto en que se fundan las denuncias que se plantean bajo el rótulo de "criminalización de las demandas indígenas" como iremos desarrollando, pero que desde ya se puede plantear como una hipótesis de trabajo.

3. — *La neoliberalización global y su impacto en América Latina como contexto de la "Emergencia Indígena".*

Para comprender los procesos de integración regional en los que se insertaron las reformas a la justicia en América Latina, en Chile y sus efectos

---

camiones forestales y maquinaria agrícola, de predios agrícolas, sus viviendas e instalaciones.

[8] Durante los años 2003 y 2004 ya se realizaban las primeras evaluaciones a la Reforma Procesal implementada en Chile progresivamente desde diciembre de 2000. En ese contexto, bajo el enfoque en referencia puede verse nuestro trabajos en M. J.J. FAUNDES, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, 2004 y también J.J. FAUNDES PEÑAFIEL, *La defensa de los mapuche en el nuevo sistema procesal penal*, en *Ciudadanía y derechos. Serie Acceso a la Justicia y Reforma Procesal Penal,* 2004 septiembre - octubre, 2(29), pp. 31-37., varios de cuyos aspectos recogemos en los párrafos siguientes.

[9] El Nuevo Sistema Procesal Penal, sin lugar a dudas ha significado un avance para los derechos del imputado y la defensa penal propiamente tal (pública y privada). Se ha garantizado el derecho a defensa, se ha avanzado considerablemente en la consolidación del Principio de Igualdad de Armas y la presunción de inocencia como base de la Defensa Penal. Véase: Discurso Defensor Nacional, Cuenta Anual, 2003. www.defensoriapenal.cl.; "Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas, 2002 - 2003", CEJA (www.cejamericas.org).

sobre la población indígena, es necesario tener a la vista un conjunto de procesos económicos, sociales y políticos, concatenados [10], vividos en América desde la década de los 80' en adelante. Tres de ellos serán centrales: las llamadas reformas de ajuste estructural, los procesos de retorno a la democracia tras un ciclo regional de dictaduras militares que va desde mediados de los 50' hasta incluso inicios de los 90'; y lo que se ha llamado la "emergencia indígena" [11]. En síntesis, podemos plantear que tras cuarenta años en que América Latina transitó desde rupturas institucionales que tienen su máxima expresión regional en los años 70', para luego dar paso a los nuevos proyectos democráticos que se consolidan en los años 90', los diversos procesos regionales vividos en Latinoamérica, en su diversidad, fueron y son determinados por la llamada "globalización neoliberal" y el denominado "Estado postindustrial globalizado", que se fue asentando progresivamente a partir de los procesos de privatización y los ajustes estructurales de los años 80' (de "primera generación) y 90' ("de segunda generación) que cambiaron el paradigma del antiguo estado "de bienestar". Conjuntamente, la consolidación del modelo extractivo-exportador contribuyó a acentuar las brechas sociales con los países llamados del centro europeo-norteamericano y más recientemente de las economías asiáticas y mega sociedades con economías en expansión como la China, caracterizadas por sus crecientes requerimientos de materias primas y por la explotación intensiva de los recursos naturales, cada vez más escasos, la contaminación, la extensión del monocultivo y la consiguiente pérdida de biodiversidad [12] localizada en la periferia del sistema mundo.

En particular, América Latina, mientras transitaba de las dictaduras a las nuevas democracias en la década de 80', se centró en las transformaciones

---

[10] Asumimos un enfoque complejo considerando la revisión de las matrices históricas e institucionales en la configuración del conflicto social; entre otros aspectos, como los factores culturales, sociales, económicos y jurídicos, así como los efectos integrados en éstos del sistema hegemónico neoliberal (C. Mirza, *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: La construcción de nuevas democracias,* 2006, Buenos Aires, p. 14).

[11] Véase, J. Bengoa, *La Cuestión Indígena*., en *Plaza Pública,* abril-mayo, Issue 7, 1999, pp. 2-4; J. Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina,* 2000, Santiago; J. Bengoa, *Bases para un diálogo*, en *El Mercurio*, 10 marzo, 2002, pp. D: 1, p. 30.

[12] M. Garcés, *Los movimientos sociales en América Latina en el actual contexto,* 2003, Córdoba, p. 3.

de "primera generación" que le impuso el denominado "Consenso de Washington", con cambios que alcanzaron la organización económica y la estructura misma de los estados, lo que trajo como consecuencia el desempleo de grandes masas de trabajadores, "ensanchando la brecha entre ricos y pobres e informalizando la economía y la subsistencia popular" [13]. Por su parte, los nuevos gobiernos democráticos no pudieron cumplir con las expectativas de los nuevos ciudadanos latinoamericanos que tras superar la represión política, policial y la precarización social sufrida durante las dictaduras expandidas en casi toda Latinoamérica, "aspiraban con legítimo derecho a que se les reintegrara la dignidad perdida", basada en el mejoramiento sustantivo de sus condiciones de vida, tras décadas sumidos en la pobreza y la desigualdad social [14]. De esta forma se generó un fenómeno complejo, en que, por una parte, las florecientes democracias potenciaron a sujetos que paulatinamente se fueron articulando colectivamente en la búsqueda y demanda de una "nueva democracia", participativa, incluyente de sus capas populares históricamente marginadas y que además respondiera a los nuevos bríos de una diversidad que empezó a cobrar visibilidad y reclamar reconocimiento institucional, uno de cuyos hitos será la demanda indígena. Mientras, paralelamente, los nuevos gobernantes no lograron, en general, consolidar nuevos modelos democráticos, sino que reprodujeron las viejas estrategias de las democracias formales representativas que habían sufrido la crisis autoritaria en las décadas precedentes. Así, los gobiernos latinoamericanos se han visto cruzados por acusaciones y denuncias de corrupción, prácticas clientelares, problemas de ineficacia e inoperancia, que han potenciado progresivamente la desconfianza en el sistema de partidos como medio articulador entre el Estado y la sociedad civil, alcanzando el carácter de una crisis de la institucionalidad democrática misma, en que "la rebelión y la protesta, la revuelta y la movilización" emergieron con el nacimiento del nuevo siglo XXI en diversos estados, marcadas de radicalidad [15]. Han abundado los paros y cortes de ruta de los trabajadores y campesinos, las movilizaciones estudiantiles;

---

[13] M. Garcés, *Los movimientos sociales en América Latina en el actual contexto,* cit., p. 3.

[14] C. Mirza, *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: La construcción de nuevas democracias,* 2006, Buenos Aires, p. 13.

[15] C. Mirza, *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: La construcción de nuevas democracias,* cit., p. 13.

los piquetes y marchas de los desocupados (Argentina); las ocupaciones de tierra, cuyo ícono son "los sin tierra" de Brasil; y sucesivos levantamientos de los indígenas en toda América Latina desde México hasta Chile [16].

Paralelamente, como hemos anticipado, los estados de América Latina no están al margen de los procesos globales, forman parte del sistema mundo globalizado y ello es un dato muy relevante en la conformación de los nuevos escenarios sociopolíticos, lo que exige considerar algunos aspectos fundamentales.

Una de las claves de la situación actual radica en que los países no desarrollados, periféricos, se hicieron dependientes y siguieron para sí un modelo de desarrollo capitalista definido por las sociedades industrializadas, quedando expuestos, sin posibilidades de adaptarse, controlados desde el centro en todos los campos, desde la producción económica (extractiva o industrial), hasta los modelos teóricos del conocimiento. Así, reprodujeron en el plano nacional los procesos de "dominación-dependencia", ordenados desde las políticas de ajuste estructural que impuestas por los grandes organismos económicos (FMI, Banco Mundial, OMC y otros), en un eje con los conglomerados económicos transnacionales, todo esto, por cierto, en detrimento de los sectores más desprotegidos en el nivel nacional, pobres, mujeres, indígenas y sus recursos naturales.

Luego, estos mismos países se vieron insertos en la globalización [17] que

---

[16] En este contexto latinoamericano de la primera década del siglo XXI se fue reconfigurando un escenario político regional en que emergieron las acciones antineoliberales, prácticas y discursos, acompañadas del ascenso al poder de nuevos gobiernos de izquierda, centroizquierda o "progresistas", que sin estar a salvo de problemas como las denuncias de "populismo", ensayaron nuevas articulaciones entre Estado y sociedad, entre democracia representativa y democracia directa y participativa, entre lo institucional y lo no-institucional, entre el espacio público estatal y el espacio público no-estatal" (M. Svampa, *Movimientos sociales y escenario político: las nuevas inflexiones del paradigma neoliberal en América Latina*, en *OSAL -Observatorio Social de América Latina*, 2007, p. 6), como los de Bolivia, Ecuador y en alguna medida Venezuela.

[17] U. Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización,* 1998, Barcelona, p.29 define la *globalización* como "los *procesos* en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios…[en que] existe una afinidad entre las distintas lógicas de las globalizaciones ecológica, cultural, económica, política y social, que no son reductibles –ni explicables- las unas a las otras, sino que… deben resolverse y entenderse a la vez en sí mismas y en mutua interdependencia".

por una parte, incrementó su vulneralización ante los poderes estatales y supraestales globales, mientras por otra potenció diversas demandas ciudadanas y progresivos procesos identitarios nacionales en cuyo marco se ubican las movilizaciones de los pueblos indígenas. Así entendida, la globalización neoliberal implica una "continua erosión de la autonomía (o soberanía)" en la "periferia", que se traduce en la des-nacionalización y des-democratización de los estados de tendencia nacional en las áreas no-centrales del capitalismo" [18]. La globalización lleva a que las funciones administrativas del estado se ubiquen en contextos "crecientemente volátiles" que superan la capacidad de cualquier estado de incidir en decisiones o resultados en forma individual, porque el estado como se le conocía es demasiado pequeño para enfrentar los asuntos globales de orden económica, política, informativos, etc. [19]. En este sentido, la globalización implica una pérdida de poder para el estado nacional, lo que llaman como "la desterritorialización de la política", bajo poderes que define como "inconstitucionales", esto es "poderes económicos no elegidos y no representativos", finalmente responsables de que los procesos democráticos se tambaleen en el marco de la globalización progresiva" [20]. La escala planetaria y extraordinaria gravitación económica, social e ideológica de estos entes globales "los constituye en actores políticos de primerísimo orden y causantes de un ominoso desequilibrio en el ámbito de las débiles instituciones y prácticas democráticas de las sociedades capitalistas" [21].

En síntesis, la "industrialización", el horizonte desarrollista impuesto "importado" por los gobiernos de Latinoamérica, fuerza la aceleración de los procesos socioeconómicos, el "progreso técnico" presiona el consumo de recursos y la utilización de energía (especialmente fósil). Es la paradoja

---

[18] *A.* Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, en *Trayectorias. Revista de ciencias sociales de la Universidad Autónoma de Nueva León,* septiembre/abril, 4(7/8), 2002, pp. 58-116.

[19] S. Benha2bib, *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004, pp. 16-17.

[20] E. Altvater, B. Mahnkopf, *Las limitaciones de la globalización. economía, ecología y política de la globalización,* 2006, Madrid, p. 343.

[21] A. Borón, *Tras el Búho de Minerva. Mercado contra democracia en el capitalismo de fin de siglo,* 2000, Buenos Aires, p. 103.

del crecimiento contra los límites de la naturaleza [22], ya saturada, que lleva a una crisis social de inequidad, nacional y planetaria, indisoluble de la crisis ambiental global, las cuales podemos sintetizar como la "cuestión social" junto con la "cuestión ecológica", donde, para algunos, las opciones solo pasan por un modelo anti cíclico que pueda modificar la fórmula sustentada en el crecimiento "industrializador", "desarrollista" o "neodesarrollista", activando otros patrones de consumo, generación y desconcentración energética [23].

Este escenario regional complejo y a veces contradictorio, permite comprender que, si bien uno de los hilos conductores de las reformas judiciales es la armonización del sistema procesal penal con los estándares internacionales establecidos en el ámbito de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, los procesos de reforma a los sistemas de justicia fueron impulsados por directrices enmarcadas en los procesos de modernización y neoliberalización de los estados latinoamericanos, "global-estructurales", impulsados, en gran media, por organismos internacionales, conforme los esquemas del sistema neoliberal, particularmente inspirados en el llamado Neoinstitucionaismo. Al respecto, este influjo teórico neoinstitucionalista, traducido en políticas económicas e institucionales concertadas, se visibiliza cuando en 1990, desde el Instituto de Economía Internacional de Washington, se implementó un proceso de evaluación del avance logrado en la promoción de las reformas estructurales conocidas como el "Consenso de Washington". Dentro de sus conclusiones estuvo el valorizar la crítica proveniente desde el enfoque neo-institucional de Douglas North, concluyendo que en la primera fase se habían omitido los cambios institucionales – como el aspecto judicial – y su papel en el desarrollo económico y social de la

---

[22] Los procesos de crecimiento e industrialización se enmarcan en un mercado mundial que se ha formado para mercancías, dinero y capital que tensiona un mundo finito, en que existen límites concretos y cada vez más absolutos, económicos, sociales y ecológicos, que determinan imposibilidades de realización para la fórmula de desarrollo industrial globalizada, lo que se conoce como fronteras naturales o ambientales del crecimiento, el "límite de la naturaleza", E. Altvater, B. Mahnkopf, *Las limitaciones de la globalización. economía, ecología y política de la globalización,* cit., p. 327.

[23] E. Altvater, B. Mahnkopf, *Las limitaciones de la globalización. economía, ecología y política de la globalización,* cit., pp. 335-362.

región, con efectos negativos para el desarrollo de un mercado eficiente [24]. Entre otros, se destaca la inseguridad jurídica y "una jurisdicción imprevisible que en definitiva afectan los costes de transacción, señalando que "la decisión de invertir sólo se hará aplicando una prima de riesgo muy elevada, lo que frenará de hecho muchos proyectos de inversión" [25]. Seguidamente y siguiendo estas directrices en la Segunda Cumbre de las Américas desarrollada en Santiago de Chile en 1998, se acordó un nuevo conjunto de reformas institucionales que se conoce como de "segunda generación", en educación, finanzas, justicia y administración pública, el llamado "Consenso de Santiago" (en alusión al primer "consenso de medidas estructurales "de Washington"). Así, para North las reformas a los sistemas de justicia son relevantes y prioritarias para una economía de mercado. En particular, de acuerdo a estas directrices, el Poder Judicial debe tener autoridad, capacidad de hacer cumplir y ejecutar sus decisiones, porque de ser ineficaz o no existir, los costos de asegurar una transacción serían muy altos debido al alto riesgo de no poder exigir su cumplimiento" [26]. Como previene North:

"Los sistemas legales y judiciales son cruciales en el desempeño de la economía en la medida que amparan el cumplimiento de los contratos, aseguran los derechos como el de propiedad y permiten que los poderes del estado adopten decisiones dentro de un marco de seguridad jurídica, todo lo cual reduce los costos de transacción y hace menos costosa la actividad económica" [27].

En el ámbito de las Américas, Fernando Carrillo Flórez, Asesor Principal del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para la Reforma del estado, en el mismo sentido sostiene que se ha fortalecido el consenso en ordena a que es fundamental la gobernabilidad para "impulsar una sólida

---

[24] M. J.J. Faundes, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, 2004, pp. 60-62.

[25] D. North, *La teoría económica neo-institucionalista y el desarrollo latinoamericano,* 1998, Barcelona, p. 16.

[26] M. J.J. Faundes, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, 2004, p. 60.

[27] E. North, Cambridge, 1990, en F. Sáez, *la Naturaleza de las reformas judiciales en América latina: algunas consideraciones estratégicas*, citado en M. J.J. Faundes, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, 2004, p. 60.

política de desarrollo sostenido equitativo". De tal forma que – para él – "se trata de edificar un modelo político consistente con el modelo económico pues sin un estado de derecho democrático, que incluya sistemas de justicia robustecidos y eficaces no se tendrá una economía de mercado eficiente" [(28)].

Así, podemos concluir que la reforma a la justicia en Chile en la que se enmarca la Reforma Procesal Penal no es una iniciativa particular implementada por el estado de Chile, sino que forma parte de una estrategia regional y de un proceso complejo mayor que abarcó toda América Latina, que se encuentra directamente vinculado a las reformas institucionales de orden neoliberal (reformas estructurales neoinstitucionales) implementadas en el ámbito económico, pioneramente en Chile desde los año 80' y en su dimensión institucional como reformas al estado, a partir de 1990. Esta segunda etapa se implementa ya contando con el pleno respaldo de los nuevos gobiernos democráticos florecientes en toda la región.

Así, aunque no en forma exclusiva, pero de manera principal y relevante, la finalidad de la reforma latinoamericana a los sistemas de justicia, paralela a las mejoras en los estándares en derechos humanos, fue "asegurar la estabilidad política y facilitar la operación (eficiente y con bajos costos) de los mercados en todo orden: productivo, financiero, comercial, laboral, etc." [(29)]. Este hecho, se verá reflejado en una constante tensión entre el sistema jurídico y su base social en que el sistema judicial aparecerá controlando y sancionando las acciones vinculadas a las demandas indígenas (también ocurre con otros movimientos sociales en el plano general), que puedan afectar la operación "eficiente y con bajos costos" de los mercados. En especial, el sistema de justicia procesal penal, y los aparatos policiales que le asisten, ejercerán dicha función de control y asegurador de las transacciones porque, precisamente, ha sido creado e implementado con este fin.

[(28)] F. Carrillo, *Conferencia "resultados de las reformas judiciales en América latina*, Bogota, 28-31 de julio de 1998, en M. J.J. Faundes, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, 2004, p. 61.

[(29)] M. J.J. Faundes, *Reforma a la Justicia, Mercado e Interés Público*, en *Ciudadanía y Derechos*, cit., p. 61.

4. — *La "emergencia Indígena" en América Latina y la criminalización de la protesta mapuche.*

Las demandas sociales de los pueblos indígenas en América Latina – que se han caracterizado bajo las expresiones "emergencia indígena" o la "cuestión indígena" [30] – están contextualizadas en los procesos regionales de transformación estructural, transición democrática que hemos reseñado y la nueva movilización social de las últimas décadas. En particular, la "emergencia indígena" se enmarca en los denominados "Nuevos Movimientos Sociales" [31], que se despliegan ante los procesos de reconfiguración democrático institucional en América Latina, particularmente de los años 90' y la primera década de 2000, en clara diferenciación de los llamados "viejos movimientos sociales", asociados a los movimientos de base obrera que tienen su máxima expresión hasta los años 70' y principios de los 80'.

En el caso indígena un primer referente de esta "emergencia" es la rebelión zapatista en Chipas de los 90' que marcará la pauta para el continente. De nuestra parte solo realizaremos un acercamiento a la situación jurídica en materia de derechos humanos del Pueblo Mapuche que se ha constituido en un "movimiento social", integrante de los movimientos indígenas [32], que hoy se despliega en la sociedad neoliberal chilena, cuestionando "todo el orden social construido en Chile en los últimos treinta y cinco años" [33].

En este sentido, a fin de contextualizar los procesos de integración regional en los que se insertaron las reformas a la justicia en América Latina, podemos plantear sucintamente que en Chile en particular, desde el retorno a la democracia en 1990, se ha vivido esta "emergencia" del movimiento indígena, que se hizo visible a partir de las demandas del Pueblo Mapuche por reconocimiento y sus derechos territoriales que hoy se compleji-

---

[30] Véase J. Bengoa, *La Cuestión Indígena*., en *Plaza Pública,* abril-mayo, Issue 7, 1999, pp. 2-4; J. Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina,* 2000, Santiago; J. Bengoa, *Bases para un diálogo*, en *El Mercurio*, 10 marzo, 2002, pp. D: 1, 30.

[31] M. Revilla, *Ciudadanía y acción colectiva en América Latina*, en *Estudios Políticos,* Julio-diciembre, 2005, Issue 27, pp. 38-39.

[32] Stavenhagen (2004, p. 20).

[33] J.C. Gómez, *Política, democracia y ciudadanía en una sociedad neoliberal (Chile: 1990-2010),* 2010*,* Santiago, p. 406.

zan con demandas por derechos políticos, el deber de consulta y en particular por la radicalización de ciertos sectores que plantean un discurso "etnonacional" [34]. De esta forma el movimiento indígena y las demandas mapuche en particular se han llegado a situar en una compleja tensión frente a la construcción del Estado liberal chileno que no se abre a la inclusión de la diversidad cultural [35], con el fracaso de sucesivos procesos de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas que sitúan a Chile como uno de los pocos países en el continente que no reconoce a los pueblos indígenas en su constitución [36]. Como consecuencia de ello, el Estado ha sido incapaz de responder políticamente a las reivindicaciones mapuche, lo que recurrentemente ha significado la persecución criminal de aquellos repertorios de acción de las movilizaciones indígenas que se han considerado constitutivos de delito. Consecuentemente, la ausencia del conjunto de derechos para los indígenas que derivan del proceso de reconocimiento pendiente, aunque es de la mayor relevancia para la sociedad chilena, no ha sido resuelto en el ámbito político, campo donde los diferentes actores sociales y los organismos del estado debieran generar los instrumentos pertinentes para la construcción de un estado intercultural sustentado en dicho reconocimiento. Por el contrario, se ha activado el sistema judicial como escenario institucional de respuesta, lo que lejos de abordar los conflictos en su complejidad social y política, ha generado la paradoja referida en que se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales de los mapuche, por parte del mismo sistema judicial que debiera garantizar la vigencia de tales derechos. En este sentido, se ha planteado que aquello que queda fuera del marco de la acción asistencialista del estado o cuando políticas públicas no logran hacerse cargo de las demandas por reconocimiento y derechos políticos que requieren abordajes

[34] Rol Foester denomina "etno-nacional" aquel discurso que reclama un rompimiento con el Estado Nacional para una nueva emergencia de la "Nación Mapuche" (2002, págs. 194-196).

[35] En este sentido, se ha impuesto una visión unitaria de la "nación cultural" o de los "lazos primordiales" (J. Bengoa, *Bases para un diálogo*, en *El Mercurio*, cit.), anteriores al estado, que ha tornado en la "nación política" que establece el estado, "como una identidad ficticia, una identidad fabricada que denominamos nacional".

[36] Chile recién en el 15 de septiembre de 2008 aprobó el Convenio N° 169 de la OIT, cuyos resultados aún son inciertos.

igualmente políticos y complejos, emerge la criminalización de la protesta social, como entramados o estrategias de desarticulación que incluyen la represión sobre quienes no aceptan someterse a las políticas estatales [37]. Como veremos desde el caso mapuche, muchas veces la marginalidad y la exclusión, la imposibilidad de encontrar respuestas en la institucionalidad, dan lugar a movilizaciones más radicales que, a su vez, son contenidas con represión policial, lo cual va detonando un espiral de violencia que potencia la referida criminalización de la demanda indígena.

Al respecto, corroborando el alcance regional de este fenómeno, Svampa considera que son tres los "ejes de la gobernabilidad neoliberal": la "criminalización de la protesta social", la "doctrina de seguridad ciudadana" y la "tendencia a la militarización". Entonces, las políticas estructurales neoliberales y sus consecuencias sociales ya descritas, generaron que los estados en América Latina, en plena democracia, se encaminaran hacia el reforzamiento de sus sistemas represivos y de justicia, buscando el control de las poblaciones pobres, mediante la represión y criminalización del conflicto social [38]. En la actualidad, en América Latina, la extensión de los proyectos extractivo exportadores y la paralela territorialización de los conflictos, ha causado el desplazamiento de comunidades indígenas y campesinas; la persecución y condena de muchos de sus miembros o dirigentes; particularmente se constatan sostenidos procesos de militarización rural y cada vez más frecuentes eventos de grave violencia y represión, con acciones cruzadas entre los movilizados y las fuerzas policiales o militares. Algunos ejemplos son las muertes de Bagua, en Perú el 2009 [39]; los sucesos del TIPNIS en Bolivia el

---

[37] R. Zibechi, *Estrategias políticas de los movimientos indígenas.*, en *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y proyecto alternativo,* 2006, México: s.n., p. 481.

[38] M. Svampa, *Movimientos sociales y escenario político: las nuevas inflexiones del paradigma neoliberal en América Latina*, en *OSAL -Observatorio Social de América Latina*, 2007, pp. 9-10.

[39] Información detallada de este caso se encuentra en los informes preparados por la "Comisión especial para estudiar y analizar los sucesos de Bahua". Como no hubo acuerdo entre sus comisionados se presentaron dos informes, uno oficial, suscrito por tres miembros (2009) y uno de minoría, que presenta una visión crítica del accionar estatal en el caso, suscrito solo por dos de los comisionados (J. Manacés Valverde, C. Gómez Calleja, 2010. *Informe Bahua en minoría.* [En línea] Available at: https://docs.google.com/fileview?id=0B_Afa15_UyaRMTg5MjIyNDAtZmVmZC00MG RkLWJlYjktNjc2OGQzZTcyYmU0&hl=en [Último acceso: abril 2013]).

año 2011 [40]; los allanamientos y la muerte de comuneros mapuche en Chile, entre 2001 y 2011 [41].

Como señalan Zibechi y Svampa, las nuevas estrategias capitalistas direccionadas a las riquezas en recursos naturales de América Latina (sus materias primas, minerales y vegetales, agua y biodiversidad), mediante la generalización de un modelo de producción extractivo-exportador que valida "el saqueo y la contaminación de los bienes naturales", como la gran minería a tajo abierto, la industria forestal y de celulosa, los monocultivos transgénicos de soja e insumos para el biodiesel y la construcción de mega represas, la salmonicultura (algunos de los rubros más característicos y retributivos). Así, afirman que la criminalización de la protesta social ha sido – y continúa siendo – un dispositivo central de control social, que la convierten en "una de las variables configuradoras de la política neoliberal en América Latina" (Zibechi, 2006, p. 481), como un medio necesario para asegurar la explotación de los recursos y su incorporación eficiente y a bajo costo en los flujos del mercado (nacional, regional y global).

En este sentido afirma Svampa que "existe una relación directa entre economías de enclave y deterioro de derechos civiles", originada en la profundización del modelo extractivo-exportador que se expresa también en una exacerbación de las asimetrías propias de la dinámica entre lo local que caracteriza a las comunidades originarias y lo global con las empresas multinacionales, avaladas por los grupos económicos de elites nacionales, beneficiarias en concomitancia con este sistema global [42].

---

[40] Véase: R. Bautista, M. Chávez, et al, *La Victoria Indígena del TIPNIS*, La Paz, 2012; R. Prada, *Espesores de una coyuntura candente,* 2012, [En línea] Available at: http://horizontesnomadas.blogspot.com/2012/03/espesores-de-una-coyuntura-candente.html [Último acceso: abril 2012]; R. Prada, *La Guerra de la Madre Tierra,* 2012, [En línea] Available at: http://horizontesnomadas.blogspot.com/2012/03/la-guerra-de-la-madre-tierra_07.html, [Último acceso: Abril 2012].

[41] Alex Lemún, muere en 2001 por el disparo de un carabinero que le da en la frente mientras protestaba reclamando tierras para su comunidad; Matías Catrileo, muere en 2008 por un balazo por la espalda cuando huía de la policía tras protestar reivindicando tierras de su comunidad; Jaime Mendoza Collío muere por un disparo a quemarropa realizado por un carabinero cuando huía participar de una toma de terrenos reivindicados.

[42] M. Svampa, *Movimientos sociales y escenario político: las nuevas inflexiones del paradigma neoliberal en América Latina*, en *OSAL -Observatorio Social de América Latina*, 2007, pp. 9-10.

En definitiva, como planteamos, los procesos de reforma a la justicia y las denuncias de criminalización [43], no responden a sucesos o excesos aislados, sino que son el resultado de procesos estructurales e institucionales en que los esfuerzos por controlar la movilización social han sido determinantes porque, precisamente estos mecanismos institucionales consideraron mejoras radicales en la eficiencia de la persecución penal.

En Chile el conflicto se ha llevado a cabo en dos formas paralelas, a saber pacíficamente con marchas, huelgas de hambre, discusiones con los órganos gubernamentales, entre otros; y una serie de actos violentos que agudizaron el problema y lo radicalizaron, como quema de camiones forestales, casas de latifundistas, cabañas de turismo, toma de tierras, quema de plantaciones, enfrentamientos con fuerzas policiales, y otros. Ante ello el estado responde de dos formas, por una parte recurre a programas y políticas de bienestar social y conservación cultural destinadas a tratar las materias indígenas, articulado por la estatal CONADI [44] y otros organismos. Por otro lado, a quienes se resisten a estos mecanismos y se organizan para recuperar su territorio por vías no institucionales, el Estado los criminaliza y persigue con distintos métodos. Así, primero se comenzó con la aplicación de la ley de Seguridad del Estado, en el gobierno de la democracia cristiana con los presidentes Aylwin y Frei (1990-2000), tras detonarse el conflicto conocido como Ralco [45]. Ya en el año 2000, con la presidencia de Ricardo Lagos (2000-2006), la persecución criminal da un giro, los delitos cometidos por los mapuche son considerados contrarios al orden público, a los derechos humanos, y vistos como peligrosos para toda la población; es así como

---

[43] Entre otros podemos referir a: J. ANAYA, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,* s.l., 2009, Consejo de Derechos Humanos; C.I.D.H. (2006); C.I.D.H. (2010); Comisión Ética contra la Tortura (2010); Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010), Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012).

[44] Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, creada por medio de la Ley 19.253 del 5 de octubre de 1993.

[45] Véase: D. NAMONCURA, *Ralco ¿represa o pobreza?,* 1999*,* Santiago, 2000; J. MORAGA, *Aguas Turbias. La Central Ralco en el Alto Bio Bio*, Santiago, 2001; M. A., ILLANES, *"Por la Razón o el Dinero". Conflicto en la Sociedad Civil y Constitución del 80: El Caso Celco-Mehuín*, en J. BENITEZ & P. ROSAS, edits. *La República Inconclusa. Una Nueva Constitución para el Bicentenario,* 2009, Santiago, p. 285.

se justifica la aplicación de la ley 18.314 que sanciona conductas terroristas. Con el gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010), se dejó de utilizar esta herramienta jurídica en contra de los mapuche en conflicto, pero subsistían los procesos ya iniciados antes de su periodo presidencial [46]. En el actual gobierno de Sebastián Piñera se ha vuelto a invocar esta ley, en medio de importantes debates sobre su adecuación a los estándares de derechos humanos, según dará cuenta nuestra investigación [47].

5. — *La "criminalización de la demanda mapuche" ¿una crítica política o un problema de derecho?*

Para entrar en los ejes de la presente investigación, nos permitimos citar otros trabajos escritos en la primera etapa de la implementación de la reforma procesal penal (1999 a 2004), porque a esa fecha ya se daba cuenta de la vulneración de derechos fundamentales. Decíamos en 2004:

"…mientras la Reforma Procesal Penal avanza… se puede constatar una política criminal que lejos de abordar los conflictos en su complejidad social y política, exacerba la persecución y acentúa la acción penal en los casos de reivindicaciones territoriales, criminalizando los conflictos y al propio movimiento indígena, en búsqueda del control y la paz social… Esta mirada crítica de la implementación de la Reforma Procesal Penal, fue compartida por el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, cuando en abril de 2004, de conformidad con la resolución 2001/57, presentó en Ginebra a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, su informe referido a la visita oficial realizada a Chile los días 18 a 29 de julio de 2003. Stavenhagen… entre otros conceptos, concluyó: "el Relator Especial pudo constatar la existencia de algunos asuntos de derechos humanos

[46] Villegas (2006).

[47] En enero de 2012, las acciones radicales terminaron con el homicidio de un matrimonio de agricultores (quemados al interior de su domicilio). Es el caso más grave que se conoce con víctimas no indígenas, tras el cual la acción policial se incrementó aún más, con sucesivos allanamientos a comunidades y más denuncias de violencia policial, potenciando el espiral de violencia.

que preocupan gravemente a los pueblos indígenas de Chile y que están estrechamente relacionados con factores políticos, económicos y sociales… El clima de inseguridad se ve reforzado debido a la persistencia de algunas leyes establecidas por el régimen anterior y que en la práctica resultan ser un obstáculo en el avance en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los indígenas del país [...] Todos los hechos anteriormente citados encuentran su origen principal en el conflicto todavía no resuelto de la propiedad de la tierra y el acceso y explotación de recursos naturales... bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas. [...] No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amenaza terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas... El Relator Especial recomienda que sea revisado el caso de los lonkos Pascual Pichún de Temulemu y Aniceto Norín de Didaico (IX región de Araucanía), con estricto apego a las garantías de debido proceso establecidas en las normas internacionales de derechos humanos" [(48)].

Transcurrido una década, si bien algunas de estas problemáticas se incorporan al presente trabajo, en la actual investigación nos interesa corroborar bajo parámetros específicos la existencia de vulneraciones a los derechos fundamentales en los casos seleccionados, dados por el "estándar internacional" de derechos humanos en relación al "debido proceso". Buscamos comprobar que en estos casos referidos, efectivamente, el accionar de los órganos policiales, persecutores y jurisdiccionales, como sistema de justicia chileno ha operado por debajo el referido estándar, por tanto se han vulnerado los derechos fundamentales de las personas imputadas en estos casos, confirmando las denuncias indígenas y de diversos organismos de control y promoción de los derechos humanos. Una de las ventajas de esta constatación radica en que la vulneración puede ser demostrada, en derecho, por sobre los reclamos políticos o las meras denuncias. Pero, al mismo tiempo, de comprobarse la situación de vulneración de los derechos definidos en este estándar y considerando las diversas fuentes materiales descritas sobre

[(48)] J.J. Faundes Peñafiel, *La defensa de los mapuche en el nuevo sistema procesal penal*, en *Ciudadanía y derechos. Serie Acceso a la Justicia y Reforma Procesal Penal,* 2004 septiembre - octubre, 2(29), pp. 31-37.

el proceso de integración que da lugar a la Reforma Procesal Penal en Chile (2000), podremos concluir que esta reforma al sistema de justicia ha producido un efecto vulneratorio de derechos ("criminalizador") en relación con las acciones indígenas estudiadas. Asimismo, podremos afirmar que esta consecuencia responde, a lo menos en parte, a las consideraciones económicas y estratégicas que impulsaron la reforma, por sobre las aspiraciones de mejoramiento en derechos fundamentales lo que devela la aparente "paradoja" del sistema implementado. Esto es, si la reforma solo buscara mejoras en materia de derechos humanos, la paradoja es real, pero si el cambio de sistema de justicia también tiene fines económicos u otros referidos a su eficiencia, la paradoja es solo aparente porque el "control social" es un fin deseado y la "criminalización" solo corresponde a una consecuencia de dicho fin. Ahora bien, descartada la paradoja, el problema de "derechos fundamentales" queda a la vista y es susceptible de ser abordado, tanto en el plano jurídico como en el plano político para promover los necesarios ajustes institucionales.

6. — *Estándar internacional de derechos humanos.*

El concepto de "estándar internacional de derechos humanos corresponde a un sistema normativo aceptado internacionalmente a través del cual se entrega el debido respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en un marco de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, como un cuerpo – co*rpus juris* –, que permite prevenir y cautelar la plena vigencia de los derechos fundamentales [(49)]. De este modo, el cumplimiento de los deberes y obligaciones del estado en materia de derechos humanos se enmarca dentro del

[(49)] "Los sistemas normativos constitucionales, así como los sistemas normativos internacionales vinculados con derechos humanos, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas sobre modelos de reglas o principios puros; no afectan la seguridad jurídica, como ocurre en un sistema de principios puro y tampoco se presentan problemas de lagunas, como un modelo de reglas puro" (C. NASH, *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales,* 2008, Santiago, p.83).

mandato normativo contenido en los diversos instrumentos normativos (tratados internacionales) que consiste en las obligaciones de respeto, garantía, no discriminación y reparación. Esto es, la obligación de cumplir directamente la conducta establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una cierta prestación; la obligación de garantizar tales derechos, esto es, el deber del estado de promover los derechos humanos a través de su normativa interna, órganos o políticas públicas, de tal forma de garantizar la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y libertades reconocidos, considerando asimismo las implicancias de su actuar en atención al posible deber de reparación que se pueda llegar a generar producto de la consecuente responsabilidad por el no cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía [50]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo a las obligaciones que devienen del incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido que los estados tienen la obligación de no realizar nuevos actos de la misma naturaleza que aquellos por los cuales ha sido sancionado ("deber de no repetición") [51].

En definitiva, el planteamiento de un estándar normativo de derechos fundamentales, recogido por la jurisprudencia constitucional latinoamericana, implica "una visión compleja de la estructura de los estándares normativos sobre derechos fundamentales", sostenida en "una visión unitaria de las instancias nacionales e internacionales" que otorga "un contenido normativo concreto a principios constitucionales e internacionales en materia de derechos fundamentales que permite resolver los casos en el ámbito interno, cumpliendo las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, lo que redunda en potenciar la efectividad o vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito interno [52]. En concreto, bajo este estándar las decisiones de los tribunales nacionales serán objeto de revisión,

---

[50] "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (2006): CIDH, 26 septiembre 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 136; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 febrero 2012, párrs.241, 265, 267.

[51] Velásquez Rodríguez, párr. 26; Caso Fontevecchia y D`Amico, párr. 98, referidos en: "Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (2012): CIDH, 24 febrero 2012 (Fondo reparaciones y costas), párr. 241, 265-267.

[52] C. NASH, *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008, p. 74.

mediando la intervención de los órganos interamericanos de protección a los derechos humanos. Tal y como lo ha señalado Humberto Nogueira, "*en el ámbito interamericano, una vez agotada la jurisdicción interna, se abre la vía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la eventual intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional vinculante, cuyas sentencias deben ser implementadas por el Estado Parte, determinando éste último el procedimiento que asegure la obligación de resultado pertinente* [53]". Este estándar permite estatuir el denominado "control de convencionalidad", conforme el cual para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "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 esa 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" [54].

7. — *La interpretación evolutiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

En la construcción del estándar internacional en materia de derechos humanos, han sido fundamentales los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos que a la luz de la interpretación de la Convención Americana de Derechos humanos ha ido desarrollando progresivamente un *corpus jurídico* con categorías jurídicas propias de los sistemas especializados de derechos humanos y sus respectivos instrumentos jurídicos de base y, en especial, nuevas categorías de derechos relevados como "derechos implícitos" que han arrojado un nuevo marco de derechos humanos, de más alto estándar que se adecúa a los nuevos requerimientos normativos contextuales.

---

[53] H. Nogueira, *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*, en *Ius et Praxis,* 11(2), 2005, H. Nogueira, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia,. Ius el Praxis,* 2005, I(11), p. 221.

[54] Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006): CIDH, 26 septiembre 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha dicho que:

"Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales" (55).

"…un instrumento internacional deber ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar" (56).

"El artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (57).

8. — *El "debido proceso" como estándar normativo de derechos humanos.*

En nuestro marco de estudio revisaremos el estándar internacional de derechos humanos en torno a la garantía del debido proceso. Para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos las garantías del debido proceso, bajo la categoría de "debido proceso" – aceptada universalmente – o la de "proceso racional y justo" – por la cual optó el constituyente chileno –, incluye un conjunto de deberes mínimos algunos de los cuales revisaremos.

Rivera Morales señala que dentro de la denominación del debido proceso se engloba, al comenzar el siglo XXI, al conjunto de garantías que aseguran

(55) Opinión Consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, en C. NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos,* 2009, Ciudad de Mexico, p. 49.

(56) Caso Mapiripán, párr. 105, en C. NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos,* cit., p. 49.

(57) Caso Awas Tigni con Nicaragua (2001): CIDH, 31 agosto 2001 (Fondo, reparaciones y costas).

los derechos del ciudadano frente al poder judicial estableciendo los límites al poder jurisdiccional del Estado, en cuanto a la afectación de los derechos de las personas, siendo este el arma más importante para defender su vida, libertad, valores, bienes y derechos. Tal derecho al debido proceso se encuentra consagrado en diversos instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se trata pues, de normas que garantizan el resguardo de los derechos fundamentales de las personas dentro de un proceso penal y cuyo contenido no puede ser inobservado bajo excusa de la gravedad de los delitos cometidos, lo anterior debido al contenido esencial del derecho al debido proceso y al juicio justo, este contenido incluye el principio de legalidad, el principio de la presunción de inocencia, y los principios de proporcionalidad, racionabilidad y necesidad, con consideración debida al derecho a la igualdad y no discriminación [58].

En relación con el contenido de este derecho, es necesario tener presente que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene cinco numerales. Sus números 2 y 5 hacen referencia expresa al proceso penal; los demás numerales se refieren a toda clase de procedimiento. Sin embargo, la Corte Interamericana ha decidido interpretar en un sentido amplio los numerales 2 y 5, haciéndolos aplicables a toda clase de procesos, fundamentando su decisión en el artículo 29 c) de la Convención (Interpretación Evolutiva).

Respecto de su alcance y aplicación, la obligación de cumplimiento, protección y garantía obliga a todos los entes persecutores (fiscales del Ministerio Público, el juez de garantía en su labor de custodio de los derechos fundamentales, los sentenciadores que ejercen la labor jurisdiccional propiamente tal (en el caso chileno los jueces del Tribunal Oral en lo Penal y en algunos procedimientos especiales, el Juez de Garantía, como ocurre en el juicio simplificado y el procedimiento abreviado [59]). De la misma forma, en

---

[58] J. Aylwin, *Informe en Derecho: La aplicación de la Ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la pers.* 2010, [En línea] Available at: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf [Último acceso: mayo 2013, p. 12.

[59] Estas figuras procesales se consideran, respectivamente, para delitos de menor en-

la Justicia Militar la labor inquisitiva es desarrollada por un "fiscal militar" y la jurisdiccional por los "tribunales militares", bajo un procedimiento que no fue objeto de la reforma procesal penal pero que se alude en este trabajo. En particular al tratarse del "debido proceso" de una garantía "procesal", un derecho-garantía en relación con la labor policial, persecutoria y jurisdiccional del estado, son estos órganos del estado los que deben enmarcar su actuar a los derechos garantizados, con lo que la labor jurisdiccional pasa a ser una función controlada, de control y protección jurisdiccional respecto del debido proceso como derecho fundamental. A su respecto, veremos cómo los estándares normativos, desde la interpretación evolutiva referida, plantean un conjunto de obligaciones específicas para los estados relacionadas con los ejes de nuestra investigación [(60)].

El concepto de debido proceso no es una noción unitaria, comprensiva de una única clase de garantías constitucionales sino por el contrario, engloba dentro de sí, una serie de derechos de diversa índole que permiten al justiciable acceder a un procedimiento racional y justo. Dentro de tales derechos más acotados que la noción genérica de debido proceso encontramos: el derecho a la igualdad procesal; el derecho a la prueba; el derecho a una investigación racional y justa; el principio de presunción de inocencia; el principio de racionalidad y necesidad; principio de legalidad; principio de proporcionalidad.

Por ello no nos parece que sea conveniente hablar en bloque de un determinado estándar de respeto del derecho fundamental al debido proceso, sino que debe inquirirse acerca del respeto y tutela de cada uno de los ele-

---

tidad y para aquellos casos en que el imputado acepta los antecedentes de la investigación que presenta el Ministerio Público, lo que en la práctica acarrea aceptar la responsabilidad penal anticipadamente.

[(60)] El Código de Justicia Militar chileno ha sido fuertemente cuestionado porque mantiene vigente en democracia un conjunto de disposiciones aprobadas en la dictadura militar (1973-1990) que entre otras, establecía la competencia de la jurisdicción militar en caso de víctimas civiles y autores uniformados. En numerosas oportunidades la Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse y poner en duda la legitimidad de la justicia militar en tiempos de paz para el juzgamiento de civiles. Casos emblemáticos como *Genie Lacayo*, *Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi* entre otros. Recién tuvo algunos cambios relevantes con las modificaciones de la ley 20477 del 30 de diciembre de 2010, que introduce reformas al Código de Justicia Militar, en especial relativas a su competencia y otras normas adecuatorias. Esta ley se negoció políticamente tras una extensa huelga de hambre masiva realizada en 2011 por presos mapuche que llevó a la intervención de la Iglesia Católica y conmocionó al país.

mentos integrantes de éste. La cuestión se abordará de esta manera por sus evidentes implicancias prácticas dado que en ciertos casos, una de las garantías integrantes del debido proceso puede verse afectada, sin que la noción misma de debido proceso se afecte en bloque, lo que no excluirá, como resulta evidente, que exista una vulneración de tal derecho fundamental.

Para cumplir la labor que nos hemos propuesto, es decir, para establecer este estándar mínimo de respeto del derecho fundamental del debido proceso, nos abocaremos a establecer de forma precisa el núcleo esencial de algunos derechos y principios centrales que lo forman. En este sentido, los mínimos están dados por la imposibilidad de afectar el núcleo esencial de los derechos, pero autoriza ciertas restricciones en aspectos accesorios preservando dicho contenido esencial de los derechos [(61)]. La cuestión de mayor importancia radica en determinar qué debe entenderse por núcleo esencial de un determinado derecho, para efectos de establecer un límite no susceptible de afectación alguna por parte del legislador ni de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, consideramos que un derecho está configurado esencialmente por aquellas características que le dan su fisonomía propia, sin las cuales el derecho se desintegra, extingue o degenera en otro diverso. Luego, para abordar el amplio margen de apreciación que deja este criterio, definiremos categorías específicas asociadas al debido proceso aplicables a cada una de las materias seleccionadas en el presente estudio (ley 18.314, prisión preventiva, allanamientos e infancia indígena, sostenidas en algunos principios centrales (proporcionalidad, igualdad procesal e investigación racional y justa) y un conjunto de categorías específicas que corresponden al debido proceso y a los aspectos concretos que revisamos en esta investigación.

9. — *El principio de proporcionalidad.*

Cualquier limitación a los derechos fundamentales, afectación o intromisión en su esfera de protección "se encuentra bajo el mandato de pro-

---

[(61)] H. Nogueira, *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*, en *Ius et Praxis,* 11(2), 2005, H. Nogueira, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia,. Ius el Praxis,* 2005, I(11), pp. 221 - 241.

porcionalidad de los medios, mandato que emana de la esencia misma del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que como expresión genérica de libertad del ciudadano frente al Estado sólo pueden ser limitados por los poderes públicos en la estricta medida en que fuese inevitable para la protección de intereses generales. Medio elegido y objetivo perseguido han de tener en sí una relación razonable. Se trata de distinguir las actuaciones del legislador legítimas – justas o razonables – de las que son excesivas, abusivas e injustas para la libertad de las personas, en el seno de la sociedad organizada jurídicamente" [(62)]. En consecuencia, la proporcionalidad puede verse como una doble relación, en que, por una parte, debe atenderse al fin perseguido por el derecho y el medio empleado para conseguirlo y por otro, el resultado obtenido en relación a la afectación de un determinado derecho fundamental o bien jurídico de jerarquía constitucional. En efecto, el principio de proporcionalidad se verá infringido cada vez que no exista una relación jurídicamente admisible entre los medios y el resultado, es decir, no exista una proporción admisible entre beneficio perseguido y el daño causado con los medios empleados para la consecución de un determinado fin perseguido por el derecho. En síntesis, cada vez que el empleo de un instrumento jurídico de "control social", como la Ley 18.314, que los medios utilizados no sean pertinentes a los fines buscados y declarados, o bien que se cause mayor afectación de un derecho fundamental que los beneficios perseguidos, se vulnera el principio de proporcionalidad. En concreto, el ejercicio de ponderación responde a un conjunto de reglas, que escapan a este trabajo, aunque debieran ser seguidas por los jueces para resolver el "enfrentamiento" entre los fines perseguidos por el derecho y los derechos fundamentales o, en muchos casos, entre derechos fundamentales que no logran conciliarse [(63)].

[(62)] A. Bordalí, *Temas de Derecho Procesal Constitucional,* Santiago, 2002, p. 29.

[(63)] Al efecto véase: R. Alexi, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2011, Madrid, págs. 160-169, I. Díaz, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud en una restricción a derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 1er. semestre(XXXVI), 2011, pp. 167-206 y C. Nash, *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008, pp. 73-84.

10. — *Derecho a la igualdad procesal.*

La igualdad procesal no es sino una manifestación, en sede del proceso, de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República [64]. Un problema que puede suscitarse respecto de la igualdad procesal se aprecia desde una doble perspectiva:

1° En el régimen jurídico establecido para autores, cómplices y encubridores de delitos comunes v/s autores, cómplices o encubridores de delitos terroristas;

2° En el régimen jurídico establecido para los autores, cómplices y encubridores de delitos terroristas en relación a otros intervinientes en el procedimiento penal;

En cualquiera de los anteriores casos, el estándar de respecto al respectivo derecho fundamental consiste en tratar igual a aquellos aspectos referentes a la igualdad procesal, en términos cautelares fundamentales, sin perjuicio del trato diferenciado de valores o diferenciaciones acogidas por el derecho, como algunas consideraciones culturales para la aplicación de aminorantes penales o el trato carcelario [65], pero, por el contrario, no admiten el trato discriminatorio de estos grupos bajo razonamientos como la seguridad nacional u otros de dicha naturaleza, que no dicen relación a la valoración cultural, sino que constituyen la normalización de prejuicios sociales e incluso instituidos. Entonces, en el análisis de nuestros caso, deberemos verificar si existen diferencias desvaloradas presentes en la aplicación de la Ley 18.314..

11. — *Principio de investigación racional y justa.*

Como un tercer elemento del debido proceso se encuentra el llamado derecho a una investigación racional y justa, en la que se incluyen una serie de derechos que le caben al imputado, como la exclusión de la prueba ilícita,

---

[64] "Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (Decreto 100, 2005).

[65] Véase artículos 8,9 y 10 del Convenio N° 169 de la OIT.

las facultades autónomas o discrecionales de los entes persecutores y, principalmente, la obligación de fundamentar y fijar criterios para justificar la aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

La exigencia de racionalidad del debido proceso, se sostiene en el deber de fundamentar, desarrollar y explicitar los criterios en que se fundamente la "racionalidad" del proceso, como una obligación que recaerá en definitiva en los órgano a cargo de la investigación, su control y la resolución del caso en derecho. Precisamente, la ausencia de tales criterios, sustentará los cuestionamientos que se formulan en Chile al uso de instrumentos como la delación compensada, el uso de testigos y peritos protegidos, o la utilización de facultades intrusivas-investigativas. En sentido inverso, un uso no indiscriminado, fundado y excepcional de estos medios procesales es base del debido proceso y del respeto de los derechos fundamentales en materia judicial. Por ejemplo, más allá de necesarias restricciones fundadas en la naturaleza excepcional de ciertos delitos como aquellos de efectivo carácter terrorista y la importancia de asegurar la vida e integridad general de la población "La obligación de respeto a estas garantías está contenida también en estatutos jurídicos internacionales destinados a la sanción del delito terrorista. Así, la Convención Interamericana contra el Terrorismo (artículo 15.3) dispone que "[t]toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional". Como ha dicho el Instituto Nacional de Derechos Humanos, "La igualdad de medios procesales forma parte y dota de contenido al derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. "Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que importe ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado" [(66)].

[(66)] Informe anual Instituto Nacional de Derechos Humanos 2011. En el mismo sentido: Convención de la Naciones Unidas sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente (art. 9); Convención sobre el Terrorismo de 1971 (arts. 4 y 8). Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art. 14).

12. — *Las garantías judiciales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

La Corte Interamericana en el caso "Palamara Iribarne v. Chile" [67] sistematizó un conjunto de derechos que constituyen parte esencial del derecho al debido proceso de conformidad al artículo 8 de la CADH, incisos 1, 5, 2 c), 2 f) y 2 g), además del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma Convención, en estrecha concordancia con las obligaciones adquiridas por el Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 CADH. Así, la Corte definió como garantías judiciales básicas, los derechos a:

– Ser oído por un juez o tribunal competente [68];
– Ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial [69];
– La concesión de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa;
– Defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, con el cual pueda comunicarse libre y privadamente;
– Interrogar a los testigos y peritos de cargo, obtener su comparecencia y de procurarse sus propios medios de prueba;
– No ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
– La publicidad del proceso;
– La protección judicial;
– Ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal

---

[67] "Palamara Iribarne v. Chile" (2005): CIDH, 22 noviembre 2005 (reparaciones y costas), parrs. 124 y 189.

[68] "Derecho a ser oído". Todo individuo tiene, conforme lo señala la CADH, derecho a acceder a la justicia o "derecho a ser oído". Esto significa que no sólo han de existir los órganos competentes para dirimir los conflictos entre ciudadanos, o entre éstos y el Estado, sino también los procedimientos necesarios para atender a este derecho (artículos 7, 8 y 25 de la Convención, entre otros).

[69] Se entiende por tribunal" a "cualquier autoridad pública sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (…) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos de artículo 8° de la Convención Americana". Mismo alcance tiene el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de Chile al referirse a "un órgano que ejerza jurisdicción" y no a un tribunal propiamente tal.

– La comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
– No ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
– Recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

13. — *Principales conclusiones del estudio de casos en Chile.*

A continuación, presentamos los resultados de nuestro estudio de casos en dos ámbitos, para cada uno de los cuales fijamos criterios o parámetros específicos en relación con los estándares internacionales: a) procedencia de allanamientos a comunidades indígenas, su relación con el derecho a la inviolabilidad del hogar y el uso de la fuerza pública en los mismos; b) prisión preventiva, plazo razonable y presunción de inocencia bajo indicadores como la prolongación temporal de la prisión preventiva y los requisitos que la hacen excepcionalmente procedente en relación a la presunción de inocencia;

13.1. – *Allanamientos a comunidades mapuche y cumplimiento del estándar internacional de derechos humanos.*

En el siguiente apartado se pasará a desarrollar un estudio de la diligencia de "entrada y registro", conocida como "allanamiento", su regulación normativa en Chile, así como su relación con el derecho a la inviolabilidad del hogar y los parámetros establecidos a nivel internacional en virtud de los cuales se permite hacer "uso de la fuerza pública". En base a ello, en lo que sigue se definirá el estándar mínimo relacionado a los allanamientos, para luego realizar un análisis comparativo de dicho estándar, con allanamientos efectuados en Chile a comunidades indígenas en el contexto del "Conflicto Mapuche".

13.2. – *Allanamiento en el Código Procesal Penal.*

El allanamiento constituye una diligencia procesal en virtud de la cual se procede a la entrada y registro de un lugar cerrado. Al respecto, Benavente señala que dicha diligencia es aquella que, "limitando las garantías de libertad

individual respecto de los lugares cerrados, tiene por objeto la búsqueda en los mismos de los efectos, instrumentos y objetos del delito, o el hallazgo del propio delincuente" (2010, pág. 303).

Por su parte, el artículo 19 nº 5 de la Constitución Política de la República contempla el derecho a "la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley". Así, nuestro Código Procesal Penal regula en los artículos 204 y siguientes, la diligencia de entrada y registro tanto de lugares de libre acceso al público como de lugares cerrados, señalando que en este último caso se podrá ingresar al lugar cuando se presumiere que el imputado o los medios de comprobación del hecho que se investiga, estuvieren en el edificio o lugar cerrado, siempre y cuando su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia. En caso que no diere dicho consentimiento el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. Sin embargo, la policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando existieren signos evidentes que en el recinto se estuviere cometiendo un delito.

De este modo, el procedimiento contemplado en el Código Procesal Penal respecto de la diligencia de entrada y registro, se aboca esencialmente a las formalidades requeridas por ley para que pueda ser llevada a cabo, señalando además en su artículo 9 que "toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa", debiendo el Fiscal solicitar previamente dicha autorización al Juez de Garantía, pudiendo en casos urgentes ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro. Luego, en su artículo 212 señala que la resolución que autorice la entrada y registro a un lugar cerrado se notificará al dueño o encargado, a menos que el Juez de Garantía autorizare la omisión de esos trámites sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiere frustrar el éxito de la diligencia, pudiendo, en caso que se opusiere resistencia al ingreso o en caso que nadie respondiere al llamado, proceder a la diligencia haciendo uso de la fuerza pública.

13.3. – *Derecho a la inviolabilidad del hogar.*

La Constitución Política de la República contempla en su artículo 19 nº 5 el derecho a la inviolabilidad del hogar, el que sólo podrá ser afectado en los casos y formas determinados por ley. Así, el allanamiento solo procederá en los términos anteriormente señalados, esto es: i) Por consentimiento expreso del propietario o encargado del lugar; ii) Por orden judicial previa; y iii) En caso de delito flagrante. Luego, para efectos de comprender el derecho a la inviolabilidad del domicilio tendremos, en primer lugar, que precisar que se entiende por domicilio u hogar. Al respecto, habrá que distinguir si se trata de la noción civil o constitucional del concepto, ya que su nomenclatura diverge en relación a una u otra de las áreas del derecho. En materia civil el domicilio es entendido como el lugar físico habitado por una o más personas, o una familia, el que lleva implícita la idea de permanencia [(70)]. En cambio, su regulación constitucional sugiere una noción mucho más amplia que la concebida en materia civil y en términos íntimamente ligados a la protección de la vida privada como elemento de resguardo jurídico, porque el concepto de domicilio contenido a nivel constitucional "siempre se refiere a un espacio físico, un lugar. Pero este lugar debe ser apto para que en él se puedan desarrollar actividades personales o familiares, incluso de carácter íntimo. Y, además, debe contar con la posibilidad física y jurídica de excluir a terceros" [(71)].

De este modo, y siguiendo la idea del académico, constitucionalmente el concepto de domicilio es apto para incluir los hoteles, pensiones y cualquier lugar donde incluso las personas tengan una residencia temporal o accidental, ya que el bien jurídico protegido a través del numeral 5º del artículo 19 de nuestra Constitución es la vida privada, tanto es su ámbito familiar como personal. El derecho a la inviolabilidad del domicilio ha sido entendido como una expresión del derecho a la honra, la vida privada y la dignidad del ser humano. En este sentido, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que "Toda persona tiene derecho al

[(70)] Art. 59 Código Civil: "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

[(71)] I. Díaz, *Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal*, Madrid, 2009, p. 153.

respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", haciendo énfasis en su inciso segundo en que:

"no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo cuando ella esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros" [72].

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que:

"La inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública… a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" [73].

Por tanto, entenderemos el derecho a la inviolabilidad del hogar como una de las protecciones otorgadas constitucionalmente a la honra y vida privada de las personas y su familia, como derecho fundamental que emana de la naturaleza humana y de la protección internacional entregada a la esfera de privacidad de los seres humanos, la cual implica el libre actuar de las personas dentro de su intimidad y que sólo podrá ser afectada en los términos señalados expresamente por ley. De este modo, – y abocándonos a nuestro estudio – el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo podrá ser afectado cuando fuere procedente en los términos señalados en el Código Procesal Penal, esto es cuando la necesariedad de la diligencia de entrada y registro justifique dicha medida y siempre que se cumpla con las formalidades que la ley exige para su realización.

---

[72] En el mismo sentido el artículo 9 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 11 de la Convención Americana sobre derechos humanos, artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[73] Sentencia N° 22/ 1984 (1984).

13.4. – *Allanamiento y uso de la fuerza pública.*

El artículo 214 del Código Procesal Penal señala que en ciertos casos se podrá hacer uso de la fuerza pública para efectos de llevar a cabo la diligencia de entrada y registro, lo cual será procedente cuando se opusiere resistencia al ingreso al lugar a allanar, o bien, en caso que nadie respondiere al llamado en virtud del cual se busca lograr dicho ingreso. De este modo, y pese a que la legislación nacional hace expresa mención a la fuerza pública, normativamente nuestro ordenamiento jurídico no contempla los términos en que se debe hacer uso de la misma, ni hace mención a los límites o parámetros conductuales de la policía al momento de efectuar un allanamiento. En razón a ello, en lo que sigue se desarrollaran los tópicos en virtud de los cuales se podrá hacer uso de la fuerza pública, principalmente teniendo en cuenta su regulación a nivel internacional. En primer lugar, cabe indicar que dentro de los deberes institucionales de la policía se encuentra el de propender al orden público y a la seguridad de la ciudadanía, siendo parte de su mandato institucional el respeto a la vida, dignidad, derechos y libertades de las personas. Así, la fuerza pública – en virtud de dicho mandato institucional – es entendida como "el instrumento del Estado para la conservación del orden interno, por medio del cual se busca garantizar el funcionamiento de los poderes públicos dentro del orden Constitucional" [(74)]. En este contexto, la policía está facultada para hacer uso de la fuerza pública, sea por mandato judicial que lo ordena, por cumplimiento de sus deberes de protección, o en defensa de su persona o derechos propios o de derechos de terceros. Además, cabe destacar que la fuerza policial se encuentra ligada al principio de proporcionalidad, en virtud del cual se debe hacer uso de ella sólo cuando sea estrictamente necesaria para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior [(75)].

En materia internacional, los parámetros que hacen procedente el uso de la fuerza pública se encuentran contenidos en resoluciones de Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza. De entre ellas, las más relevantes son: el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la

[(74)] Contenido en el Manual de Doctrina de Carabineros de Chile.

[(75)] Artículo 6, Código de Ética Profesional de la Policía de Investigaciones de Chile.

ley [76] y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley [77]. Si bien, dichas resoluciones de Naciones Unidas no resultan ser vinculantes para los estados, son consideradas como orientadores del cumplimiento de sus obligaciones, es decir, constituyen derecho flexible o "*soft law*"[78]. Por su parte, el Código de Conducta señala en su artículo 3º que "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones". De igual modo, los Principios Básicos recalcan dicha noción de excepcionalidad del uso de la fuerza pública, en atención a que:

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto" [79].

Además, en su artículo 5º los Principios Básicos agregan que, en caso de ser procedente el uso del arma de fuego lo ejercerán con moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y el objeto legítimo que persiga, reduciendo al mínimo los daños y lesiones, respetando y protegiendo la vida humana por sobre todo. De igual forma, las disposiciones especiales de los Principios Básicos contemplan los casos en que es procedente el uso del arma de fuego, señalando que ésta procederá:

---

[76] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

[77] Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

[78] La expresión *soft law* "busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica" (M. Del Toro, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Volumen VI, 2006, p. 519). Así, el *soft law* está constituido por diversos acuerdos e instrumentos internacionales no constitutivos de tratado como: principios, programas, opiniones conjuntas, observaciones generales, códigos de conducta, etcétera.

[79] Artículo 4, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley.

i) Para la defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves;
ii) Con el propósito de evitar la comisión de un delito grave que entrañe una seria amenaza para la vida;
iii) Cuando se requiera su uso con el objeto de detener a una persona que represente una seria amenaza para la vida y oponga resistencia, o bien;
iv) Para impedir la fuga de esa persona y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que:

"El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales: a) debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control; b) el uso de la fuerza letal y las armas de fuego contra las personas debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, no siendo más que el "absolutamente necesario" en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler; c) debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida, y d) la legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma" [80].

De esta forma, la Corte Interamericana se ha pronunciado acerca de los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado, en virtud de los cuales se debe considerar la excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad del uso de la fuerza policial, la existencia de un marco normativo que regule su uso, la planificación del empleo de la fuerza –capacitación y entrenamiento a los

[80] Familia Barrios contra Venezuela (2011): CIDH, 24 noviembre 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas.

miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales-, y en definitiva, un control adecuado y una verificación de la legitimidad del uso de la fuerza [81].

Por tanto, entendemos que el uso de la fuerza pública implica la sujeción a parámetros establecidos internacionalmente que dicen relación con la excepcionalidad y necesariedad de su empleo, el cual debe ser limitado proporcionalmente por las autoridades, siendo un imperativo jurídico para los estados definir su regulación normativa a nivel interno, de manera clara y basta, de modo que contenga los parámetros en virtud de los cuales procederá el uso de la fuerza policial, y la forma en que ésta se enmarcará dentro del marco internacional legítimamente permitido, siempre y cuando procedan las razones y circunstancias que justifiquen el uso de la misma.

13.5 – *Definiendo un estandar para los allanamientos a comunidades.*

En nuestro país, la regulación normativa de la diligencia de allanamiento se ha enmarcado básicamente en las formalidades legales y cuestiones de forma relativas a la misma, abocándose a la necesariedad de una orden judicial previa y a las situaciones que la hacen procedente, dejando de lado cuestiones de fondo, como el modo en que deben actuar las fuerzas policiales al realizar una diligencia de entrada y registro y los lineamientos conductuales del uso de la fuerza al cual deben estricto apego. Así, siguiendo los parámetros internacionales en torno a la materia, buscaremos definir el estándar mínimo de protección de derechos, en virtud del cual se debe llevar a cabo la diligencia de allanamiento para efectos de que ésta no implique una transgresión al derecho a la inviolabilidad del hogar o a los derechos humanos reconocidos a nivel internacional. De este modo, la diligencia de entrada y registro sólo será procedente cuando:

– Se presumiere fundadamente que el imputado o los medios de comprobación del hecho que se investiga, se encontrare en el lugar a allanar, previo consentimiento del propietario o encargado del lugar;
– Cuando, tratándose del caso anterior, y sin existir consentimiento del pro-

[81] Zambrano Vélez y otros contra Ecuador (2007): CIDH, 4 julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

pietario o encargado del lugar, se contare con una orden judicial previa que decretare la realización del allanamiento;
– Cuando existieren signos evidentes que en el lugar se estuviere cometiendo un delito.

Además, el allanamiento deberá ser llevado a cabo con el mayor cuidado posible y procurando causar la menor molestia a quienes se encuentren en el lugar, con el sólo objeto de dar cumplimiento a la orden judicial, y con estricto apego a los motivos que hicieron procedente la diligencia de entrada y registro, incautando los objetos y documentos, si ello fuere procedente, o bien realizando la detención del imputado para efectos de ser puesto a la brevedad ante la autoridad que correspondiere. En caso que no fuere posible su realización, por no contestar nadie al llamado o por oponer resistencia a la ejecución de la diligencia, y siempre que ésta fuere procedente en los términos anteriormente señalados, los funcionarios policiales podrán hacer ingreso al lugar haciendo uso de la fuerza, pudiendo quebrar, romper, fracturar o descerrajar ventanas, puertas o sitios destinados al ingreso, procurando siempre causar el menor daño material al lugar e intimando la orden judicial a quien se encuentre en el mismo, individualizándose y entregando la información correspondiente de la diligencia a realizar a los ocupantes del lugar, de lo que se dejará constancia.

Excepcionalmente, en la realización de la diligencia de entrada y registro se podrá hacer uso de la fuerza pública dirigida contra los ocupantes del lugar con el sólo objeto de reducir a quienes se opongan a su realización, siempre que el empleo de la fuerza fuere procedente y con estricto apego a la normativa internacional. Al respecto, y en razón a lo prescrito en el artículo 3º del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley "podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones". Así, el uso de la fuerza sólo podrá enmarcarse dentro de un ámbito excepcional y en la medida en que sea razonablemente necesaria para dar cumplimiento a los objetivos de la diligencia. Por tanto, el empleo de la fuerza policial – dirigida contra las personas – sólo será procedente cuando se desarrolle conforme a los siguientes parámetros:
– La excepcionalidad de su empleo, en virtud de la cual se deberán agotar todos los medios no violentos de cumplimiento de la diligencia de allanamiento, antes de ser procedente el empleo de la fuerza;

– La necesariedad de su uso, la que supone que procederá sólo en aquellos casos en que no fuere posible la realización del allanamiento por otras vías que no impliquen sujeción al empleo de la fuerza policial contra los ocupantes del lugar;
– La proporcionalidad del empleo de la fuerza, en razón a la cual no se podrá lesionar o dañar físicamente a los ocupantes del lugar, sino en los términos que su uso permita reducir a quienes se opongan a la realización de la diligencia;
– La humanidad del uso de la fuerza policial, que implica que al momento de emplear medios violentos para llevar a cabo el allanamiento, se deberá procurar entregar un trato digno, respetando los derechos fundamentales de los ocupantes y sin lesionar la honra de la persona, su familia o de quienes se encuentren en el lugar.

Además, en la realización de los allanamientos no se podrá hacer uso de armas de fuego, sino cuando su uso fuere estrictamente necesario para:
i) La defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves;
ii) Cuando fuere necesario para evitar la comisión de un delito grave que entrañe una seria amenaza para la vida;
iii) Cuando se requiera su uso con el objeto de detener a una persona que represente una seria amenaza para la vida y oponga resistencia; o bien
iv) Para impedir la fuga de esa persona y sólo en los casos que resulte insuficiente el empleo de medidas menos extremas [82].

Por tanto, el uso de la fuerza policial sólo procederá en las diligencias de entrada y registro cuando su empleo sea estrictamente necesario para el cumplimiento de los objetivos precisos del allanamiento, pudiendo hacer uso de mecanismos disuasivos que permitan la realización de la diligencia siempre que ello fuere procedente en atención a lo anteriormente señalado, teniendo en consideración el carácter excepcional del uso de la fuerza pública en razón a la proporcionalidad, necesidad y humanidad del ataque que se pretende repeler, procurando causar el menor daño físico y síquico a las personas y evitando todo riesgo injustificado para éstas, su familia o su

[82] Artículo 9, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

entorno social. Por otro lado, en los allanamientos no se podrá hacer uso de armas de fuego, sino cuando procediere su empleo en los casos excepcionales a que nos referimos y siempre que su uso se ajuste a los parámetros internacionales que regulan la materia.

13.6. – *Resultado de estudio de casos de allanamientos a comunidades mapuche.*

En Chile se han realizado progresivamente gran cantidad de allanamientos a comunidades indígenas que se han enmarcado dentro del seguimiento de procesos penales desarrollados producto de la movilización social del Pueblo Mapuche, respecto de los cuales continuamente se ha denunciado, por parte de organismos de protección de derechos humanos, el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza policial, afectando la debida protección de miembros de comunidades indígenas, sus dirigentes y autoridades, afectando incluso a ancianos, mujeres, niños y niñas mapuche [(83)]. Así, cabe destacar que ha propósito de los allanamientos a la Comunidad Temucuicui ocurridos en abril de 2012, donde un adolescente de 16 años recibió disparos de perdigones, Unicef expresó "su preocupación frente a diversas denuncias sobre uso desproporcionado de la fuerza por parte de efectivos policiales, en procedimientos efectuados en comunidades mapuche, y por el impacto de los mismos sobre la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes". Posteriormente en agosto de 2012, producto de desalojos llevados a cabo en la misma comunidad, dos adolescentes de 12 y 16 años, fueron heridos con perdigones en la espalda y pierna respectivamente. Esto provocó una declaración pública de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, manifestando su preocupación por "las heridas sufridas por

[(83)] Se revisó la situación de víctimas indígenas (no imputados) niños, mujeres y ancianos, heridos por golpes y arma de fuego, torturados y numerosos daños a la propiedad, en allanamientos con gran contingente policial, grupos tácticos antiterroristas, helicópteros y otros medios, entre otros, en los siguientes casos: 29 de noviembre de 2006, Carabineros, comunidad Temucuicui, comuna de Ercilla; madrugada del 23 de noviembre de 2007, Carabineros, comunidad Temucuicui; enero de 2008, familias mapuche del sector Yeupeco; 29 de julio de 2008, Carabineros, comunidad Temucuicui; 7 de junio de 2012, Comunidad Wente Winkul Mapu, Comuna de Ercilla. Informes institucionales de la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011, 2012) y, en especial, trabajo de campo en tribunales, revisión de sentencias y entrevistas a víctimas y abogados patrocinantes de causas contra Carabineros.

niños y niñas del pueblo indígena Mapuche en Chile, durante un desalojo realizado por efectivos policiales de Carabineros. La CIDH insta al Estado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, y a adoptar medidas para evitar en el futuro el uso excesivo de la fuerza en estos operativos" [84]. El 5 de julio de 2012 la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de amparo presentado por la Defensoría Penal Pública especializada en causas de imputados Mapuche, a favor de los miembros del Lof Wente Winkul Mapu, en razón a los hechos ocurridos el 7 de junio del 2012. En el fallo, la Corte de Apelaciones señala que:

"Se hace lugar al recurso de amparo únicamente en cuanto se reitera, lo ya ordenado por este Iltmo. Tribunal con fecha 21 de Diciembre de 2011, en los autos Rol Nº 1136-2011, en cuanto a que la Prefectura de Carabineros Malleco deberá efectuar los procedimiento policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad" [85].

Por su parte, la Corte Suprema fue mucho más tajante al constatar:

"Un uso excesivo, por parte del contingente policial, de la fuerza de las armas para dar cumplimiento a lo ordenado y que derivó en que para la detención de la persona buscada, hayan sufrido el rigor de dicha fuerza excesiva un grupo de comuneros mapuches que, reaccionando frente a dicha actividad policial, incluyendo ancianos, mujeres y menores de edad, se opusieron a tal acto de autoridad, los que por tal conducta sufrieron numerosas lesiones y varios de ellos además fueron detenidos" [86].

En síntesis, a la luz de la evidencia referida y de los parámetros antes definidos, podemos concluir que en Chile no se ha seguido el estándar definido en torno a la diligencia de allanamiento, principalmente por el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza pública, mediante el empleo de gases lacrimógenos, utilización de armas de servicio, uso de escopetas antimotines, violencia física contra las personas o debido a los constantes tratos discriminatorios contra los miembros de las comunidades mapuche por parte

[84] Informe Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012).

[85] Comunidad Wente Winkul Mapu vs. Carabineros (2012): C.A. Temuco, 5 julio 2012, rol 449/2012 (Recurso de amparo).

[86] Comunidad Wente Winkul Mapu vs. Carabineros (2012): C.S., 20 julio 2012, Rol 5441-2012 (Recurso de amparo, apelación).

de Fuerzas Especiales. Todo lo sucintamente descrito, ha significado una transgresión continua a los derechos de seguridad individual, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y síquica de las personas, implicando además, un grave atentado al derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuando la diligencia de entrada y registro ha procedido indiscriminadamente y sin sujeción a los parámetros establecidos en nuestra legislación en virtud de los cuales es procedente su realización [87].

De igual modo, consideramos que se han vulnerado los parámetros o protocolos asegurados internacionalmente, en virtud de los cuales las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley deben estricta sujeción al marco normativo en relación a la excepcionalidad, necesariedad, proporcionalidad y humanidad del uso de la fuerza pública.

Los procedimientos de allanamiento deben buscar siempre alcanzar la adecuación al estándar descrito enmarcado en la excepcionalidad, necesariedad, proporcionalidad y humanidad del uso de la fuerza pública, de tal forma de asegurar la legitimidad de la diligencia de entrada y registro a través de un control adecuado de las fuerzas policiales por parte del Estado, así como la necesidad de regular por las distintas fuerzas y formar a los contingentes respetivos en torno a los parámetros reglamentarios que guíen el actuar policial y fijen los lineamientos conductuales necesarios para el eventual aunque excepcional uso de la fuerza pública en comunidades indígenas. En este sentido, estimamos del todo pertinente las recomendaciones realizadas en el Informe de la Sociedad Civil de Chile al Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, en virtud de las cuales se propone introducir reformas legislativas en relación al control de las actuaciones policiales, con el objeto de generar un sistema de rendición de cuentas tanto interno como externo, formando éstos parte del Código de Ética de las instituciones policiales, los que además deben considerar el establecimiento de una cadena de mando claramente definida al interior de las instituciones policiales y un sistema de supervisión efectivo para mantener la disciplina, el control y prevenir la impunidad, evitando de este modo

[87] Para efectos de nuestro estudio, con la finalidad de centrarnos en los aspectos básicos del debido proceso, no hemos incluido los derechos de los indígenas asegurados colectivamente, como miembros de los pueblos indígenas, a un tratamiento que respete sus dinámicas culturales, respeto a sus autoridades tradicionales u otros, igualmente obligatorios, en ningún caso respetados en los casos estudiados, lo que genera un doble ámbito de vulneración.

la violación de derechos humanos. Este informe también destaca la necesidad de crear mecanismos para la recepción de denuncias relativas a hechos de violencia, estableciendo puntos accesibles desde todas las regiones del país [88]. Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya, producto de una visita realizada a Chile en abril de 2009, hizo un llamado a que:

"las autoridades competentes investiguen las quejas de abusos y violencia contra las personas indígenas cometidas por miembros de la policía, a que sean enjuiciadas y sancionadas las personas responsables de dichos actos, y que se repare a las víctimas o a los familiares de las víctimas".

Además, el Relator Especial exhortó a las autoridades competentes a que tomen las medidas necesarias para prevenir dichos actos [89].

14. — *Prisión preventiva de imputados mapuche y cumplimiento del estándar internacional de derechos humanos.*

El principio de presunción de inocencia se encuentra contenido en diversos instrumentos, tanto de orden interno como internacional. Así, la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 N° 3 inciso 6º señala que "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Por su parte, el Código Procesal Penal en su artículo 4º establece que "Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme". En el ámbito internacional: la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 párrafo 1º, el artículo 25 de la Declaración Americana, el artículo 14 párrafo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 párrafo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coinciden en el reconocimiento normativo de la obligación estatal de tratar como inocente a todas aquellas personas a quienes se les impute la comisión de un delito, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Por su parte, la Corte Interamericana ha resuelto que:

---

[88] Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2009, p. 137).

[89] J. ANAYA, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,* s.l., 2009, p. 29.

"La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios de derecho universalmente reconocidos" [(90)].

En consecuencia, la imposición de la medida de prisión preventiva, en forma prolongada y desmedida, va implica una violación al imperativo contenido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón a que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". En igual sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del mismo modo conforme los artículos 9 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" y "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Todos estos instrumentos destacan la importancia del derecho a la libertad personal que será la razón fundante del carácter excepcional de la prisión preventiva y que, a su vez, exige tomar los resguardos necesarios para asegurar el principio de presunción de inocencia, con lo que se requerirá – tal como señala Antonio Magalhaes – "la adopción de una serie de precauciones, a través de las cuales se minimicen sus consecuencias" (1995, pág. 80). Al respecto, cabe tener presente que en ciertos casos la prolongación indefinida de la medida de prisión preventiva durante todo el proceso penal transgrede la presunción de inocencia, en atención al trato que se da al imputado quien aún no se encuentra condenado por sentencia ejecutoriada, teniendo en cuenta que el juez dictará sentencia condenatoria cuando se resuelvan los elementos de prueba que conducen a las respectivas conclusiones obtenidas y una vez generado el razonamiento a través del cual se ha llegado a

[(90)] Instituto de Reeducación del Menor con Paraguay (2004): CIDH, 2 septiembre 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

entender como probados los hechos constitutivos del delito y la participación culpable del imputado. Todo este razonamiento deberá resolverse con estricto apego a la prueba producida durante el juicio oral, ponderando su racionalidad y coherencia. Así, la presunción de inocencia, obliga a fundar el fallo, de forma que el tribunal en su sentencia logre romper con tal principio a través del razonamiento lógico que lo lleva a condenar a una persona, superando de este modo toda duda razonable en relación a su culpabilidad [91].

Por su parte, si bien, el Código Procesal Penal contiene normas tendientes a limitar la prolongación de la prisión preventiva, en atención a que solo será procedente mientras subsistiere la necesidad de su aplicación, claramente en la práctica la prolongación indebida de la medida cautelar viene a vulnerar el principio de presunción de inocencia, pudiendo llegar incluso, a una contradicción en caso que la duración de la misma exceda el tiempo de la pena establecida en la condena [92]. De ahí la importancia del establecimiento de un plazo razonable respecto del cual los Estados se encontrarían obligados a garantizar una limitación temporal a la prisión preventiva en atención a las circunstancias del caso concreto, es decir, definir un límite considerando las circunstancias de cada caso y no como un mínimo general aplicable a todos los procesos penales seguidos por nuestros Tribunales de Justicia. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha estipulado que toda persona:

"Tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" [93].

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas interpreta que la "prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve

---

[91] Artículo 297 del Código Procesal Penal contiene la valoración de la prueba, artículo 340 la formación de convicción del tribunal para condenar y el contenido de la sentencia definitiva en el artículo 342.

[92] C. Medina, J. Mera, *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos,* 1996, Santiago, p. 317.

[93] Numeral 3°, artículo 9, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

posible" [94]. En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumenta que:

"Aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados" [95].

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido criterios indiciarios, en virtud de los cuales se puede estimar transgredido o sobrepasado el "plazo razonable" por el cual ha sido decretada la prisión preventiva, señalando al efecto que:

"La Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente" (Informe No. 86/09, Caso 12.553, 2009).

Los problemas aparejados a la prisión preventiva como medida cautelar personal vienen dados principalmente en razón a la restricción de derechos fundamentales generada por la privación de libertad del imputado, que contradice ontológicamente la presunción de inocencia, pero que al mismo tiempo se justifica en razones de seguridad pública. Por ello, se vulnera la razonabilidad del plazo y el carácter excepcional de la misma cuando la prisión preventiva se extiende más allá de las circunstancias de hecho y de derecho que la hicieron procedente, en razón de los requisitos copulativos señalados

---

[94] Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General No. 8: Derecho a la libertad y seguridad de las personas* (Art. 9), Capítulo II, Párrafo 3, 30 de junio de 1982.

[95] Caso No. 11.245 (1996).

por ley que hacen posible la imposición de la medida, para efectos de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Bajo la noción de "plazo razonable": la prisión preventiva no podrá exceder más allá de los motivos por los cuales fue decretada por el juez, primando siempre durante la substanciación del proceso la idea de excepcionalidad de la medida, por lo cual ésta puede ser revisada durante todo el proceso, a petición de parte o de oficio por el tribunal, pudiendo, si ello fuere procedente, ser modificada por una medida cautelar menos lesiva al derecho a la libertad personal [96]. Para efectos de determinar el "plazo razonable" se deberá tener presente lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de "Genie Lacayo contra Nicaragua" [97] en el cual consideró tres elementos relevantes para determinar la racionalidad del mismo:

i) La complejidad del asunto;

ii) La actividad procesal del interesado; y

iii) La conducta de la autoridad judicial.

En concordancia con estos parámetros, más que la definición de un límite temporal objetivo (plazo) para la prisión preventiva [98], la procedencia de la medida cautelar deberá ser analizada en el caso concreto bajo los parámetros anteriormente indicados, es decir, ponderando la "complejidad del asunto", elemento que se establecerá en base a los antecedentes aportados por las partes en las alegaciones propias de la solicitud de prisión preventiva; en segundo lugar, la "actividad procesal del interesado", en atención a la conducta que ha guiado el actuar del órgano acusador durante el proceso penal; y por último "la conducta de la autoridad judicial", la que viene íntimamente relacionada al seguimiento de un proceso penal libre de dilaciones y seguido en aras al debido proceso. Además, para poder lograr establecer este plazo razonable se deberá tener presente la duración de la pena en caso que el imputado fuere declarado culpable – sólo en razón a estimar la proporcionalidad de la prisión preventiva – siempre y cuando ella fuere proce-

[96] Importante considerar lo estipulado en el artículo 145 del Código Procesal Penal en razón a la substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio de la medida.

[97] "Genie Lacayo contra Nicaragua" (1997), 29 enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 77).

[98] Un ejemplo de parámetros objetivos los contempla el Artículo 208 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

dente en virtud de lo señalado en el artículo 140 del Código Procesal Penal chileno, y considerando la presunción de inocencia de que goza el imputado mientras no se dicte sentencia condenatoria en su contra. Asimismo, la prisión preventiva sólo podrá ser decretada por resolución fundada, señalando de manera clara y precisa las circunstancias que la hacen procedente, en atención a los parámetros indicativos en virtud de los cuales se determina el plazo razonable de duración de la misma, los cuales podrán ser posteriormente revisados, para efectos de considerar el cese o modificación de la medida cautelar, en caso que ya no existan las circunstancias que la hicieron procedente, o bien, cuando el plazo se extienda en términos tales que implique una vulneración a la razonabilidad del mismo.

15. — *Situación mapuche en torno al estándar mínimo de prisión preventiva.*

En el contexto de movilización social generado en el último tiempo en nuestro país, y abocándonos al movimiento social mapuche, podemos identificar numerosos procesos penales seguidos en contra de miembros de comunidades y dirigentes del Pueblo Mapuche bajo la utilización de las herramientas procesales de orden penal, y, además en algunos casos, utilizando el estatuto "antiterrorista", producto de lo cual se han desarrollado prolongados juicios en los cuales se denuncia haber sido vulnerados ciertos derechos, en relación a la imposición por parte de los Tribunales de Justicia de la medida cautelar de prisión preventiva, principalmente debido a la prolongada duración de la misma. Por ello, en lo que sigue se analizaran algunos casos relevantes en la materia, seguidos desde el año 2000 a la fecha, para efectos de evaluar si dentro del contexto de las movilizaciones mapuche, y los procesos penales seguidos adelante producto de ellas, se ha cumplido o no con el estándar definido en nuestra investigación en torno a la prisión preventiva.

15.1. – *Caso Pascual Pichún y Aniceto Norín.*

El caso de Pascual Pichún y Aniceto Norín constituye uno de los casos emblemáticos seguidos bajo el nuevo sistema procesal penal, en 2002 la Corte Suprema anuló el juicio oral y el fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en

lo Penal de Angol en el que los imputados habían sido absueltos, ordenando proceder a un nuevo juicio, en el cual los comuneros resultaron condenados como autores del delito de amenaza terrorista. Más tarde el año 2003 Pascual Pichún y Aniceto Norín presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile, en la que se alega la violación de los artículos 8.1, 2, 4 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [99]. Hoy conoce del caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, en relación con el parámetro de "complejidad del asunto", el juez de garantía al decretar la medida cautelar sólo tomo en consideración la calificación terrorista que dio el Ministerio Público a los hechos objeto de la investigación, teniendo en consideración elementos del contexto que ocurrían a la fecha producto de la movilización mapuche, inculpado a Pichún y Norín en razón de su calidad de "Lonko" [100] de las comunidades aledañas a los lugares donde habían ocurrido los ilícitos, sin sujeción vinculante a las alegaciones realizadas por los abogados de los imputados, quienes a la fecha de formalización tampoco conocían en forma acabada las circunstancias específicas de la investigación, ya que en aplicación de las herramientas procesales contenidas en la Ley 18.314 (que sanciona conductas terroristas) se había decretado el secreto de la investigación por seis meses. Por otro lado, en atención a la "actividad procesal del interesado", el Ministerio Público hizo uso de todas las herramientas procesales de las que le ha dotado nuestro ordenamiento jurídico penal, entre las que destacan el secreto de la investigación, declaración de testigos con identidad reservada, aumento del plazo de detención, así como también el uso de recursos procesales para impugnar las resoluciones judiciales, entre los que se encuentra el recurso de nulidad producto del cual la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia y del juicio oral absolutorios. Por último, en relación a la "conducta de la autoridad judicial", el proceso penal seguido contra Pichún y Norín, si bien no se desarrolló con dilaciones forzadas, el mismo hecho de llevar adelante dos juicios con sin evidencia incriminatoria respecto de los delitos, es atentatoria contra el debido proceso, como lo señaló la Comisión Interamericana de De-

[99] Informe nº 89/06 Aniceto Norín y Pascual Pichún, Chile (2006).

[100] El *longko* es una autoridad indígena tradicional, que literalmente se traduce como "cabeza", en tanto es la máxima autoridad política y jurisdiccional de la comunidad.

rechos Humanos en su informe de 5 de noviembre de 2010 [101].

Pascual Pichún y Aniceto Norín permanecieron bajo prisión preventiva durante toda la substanciación del primer juicio, a pesar de las solicitudes presentadas por los defensores de los imputados en las cuales se requirió la substitución de la medida por alguna no privativa de libertad de las contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Así, la prolongación de la prisión preventiva se extendió por aproximadamente un año y tres meses, luego de lo cual se dictó sentencia absolutoria, con lo cual Pichún y Norín fueron puestos en libertad, para luego ser condenados en un segundo juicio seguido en su contra, en el que resultaron condenados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de amenaza terrorista.

15.2. – *Caso Comunidad Domingo Trangol.*

Si bien en el caso "Comunidad Domingo Trangol" no se aplicó la normativa "antiterrorista", el Ministerio Público calificó la procedencia de los delitos por los cuales formalizó a los imputados, en atención a hechos que no ameritaban tal calificación jurídica, con lo cual se logró conseguir que el Tribunal de Garantía decretare la prisión preventiva de los imputados, principalmente en atención al número de delitos por los cuales se les formalizó y a las circunstancias, carácter y gravedad de los mismos, de modo que la "complejidad del asunto" quedó determinada por el número de delitos y circunstancias agravantes del caso, pero sin tener en consideración los parámetros que hemos fijado en relación a la "actividad procesal del interesado" o a la "conducta de la autoridad judicial", ya que se requería la adecuación de los hechos materia de la formalización a los presupuestos necesarios para

[101] Al respecto, la Comisión señala que el Estado de Chile violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, establecido en el artículo 24 del mismo instrumento internacional, el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos establecidos en los artículos 13 y 23 de la Convención, el principio de responsabilidad penal individual y presunción de inocencia, bajo los artículos 8.1, 8.2 y 9 de la Convención Americana, el derecho de defensa de los Lonkos Aniceto Norín y Pascual Pichún, específicamente su derecho a interrogar los testigos presentes en el tribunal bajo el artículo 8.2.f de la Convención Americana, el derecho a recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención y el derecho a un juez imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento (Informe No. 176/10, 2010).

la configuración de los delitos por los cuales se les imputó. Así, a partir de los mismos hechos se formalizó por cinco delitos distintos, con el objeto de subsumirlos en figuras típicas, agravando las mismas, y particularmente preconstituyendo en forma unilateral – por parte del Ministerio Público – circunstancias tales que permitieren mantener la prisión preventiva [102]. En definitiva, los mapuche imputados en la causa no fueron condenados por los delitos en virtud de los cuales el órgano persecutor formalizó la investigación, permaneciendo aproximadamente tres meses bajo prisión preventiva.

15.3. – *Caso Poluco-Pidenco.*

El caso denominado "Poluco-Pidenco", seguido por el Ministerio Público en contra de varios comuneros mapuche por hechos ocurridos en diciembre de 2001, vino a constituir uno de los procesos penales más prolongados que se han seguido bajo la reforma procesal penal, respecto del cual se ha condenado a mapuche por delitos de connotación terrorista. Este caso es de interés en la materia, ya que una vez formalizada la investigación – iniciadas desde enero de 2003 – se decretó la medida cautelar de prisión preventiva a la mayoría de los comuneros que a juicio del Ministerio Público se encontraban implicados en los hechos –con excepción de aquellos que ya se encontraban en prisión preventiva por otras causas seguidas en su contra. Luego, el día 16 de febrero de 2004, transcurridos cerca de once meses desde que diez de los once comuneros procesados se encontraban en prisión preventiva y cumplidos cerca de siete meses desde que no se discutía su mantención o cese, se llevó a cabo una audiencia de revisión de medidas cautelares – por resolución de la Corte Suprema que ordenó su realización – en la cual la defensa de los imputados logró que se revocare dicha medida por no subsistir las circunstancias en virtud de las cuales había sido decretada la prisión preventiva, siendo substituida por otras medidas cautelares menos lesivas a los derechos de los imputados.

En consecuencia, en el caso en análisis, no se siguieron los parámetros establecidos en el estándar de prisión preventiva, en atención a que sólo se calificó la "complejidad del asunto" en base a la calificación de los delitos, sin sujeción

[102] J.J. Faundes Peñafiel, *La defensa de los mapuche en el nuevo sistema procesal penal*, en *Ciudadanía y derechos. Serie Acceso a la Justicia y Reforma Procesal Penal,* 2004 septiembre - octubre, 2(29), pp. 9-12.

a la excepcionalidad de la medida, en base a antecedentes certeros que digan relación con su necesariedad y provisionalidad, evidenciado por la falta de revisión oportuna de la prisión preventiva por parte del tribunal.

15.4. – *Caso Peaje Quino.*

El 29 de agosto de 2012 se dictó, por unanimidad del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, sentencia absolutoria contra los ocho imputados en el caso "Peaje Quino", alguno de los cuales permanecieron cerca de cuatro y seis meses en prisión preventiva, la que fue reemplazada por otras medidas cautelares en libertad tras una huelga de hambre realizada el año 2010 [(103)].

Respecto de los parámetros definidos para la prisión preventiva, corresponde señalar que la "complejidad del asunto" se justificó con la calificación terrorista de los delitos imputados a los supuestos responsables de los ilícitos, a través de la cual el Ministerio Público logró establecer la gravedad de los delitos, consiguiendo que se decretare la prisión preventiva. Sin embargo, respecto de la "actividad procesal del interesado", el Tribunal de Garantía consideró no presentada la acusación del Ministerio Público, pues sus abogados no corrigieron vicios formales ordenados por el tribunal. De ese modo, y pese a las apelaciones posteriores del ente persecutor, e incluso un recurso de queja que la Corte Suprema declaró inadmisible, la Fiscalía quedó fuera del caso quedando como querellante sólo el Ministerio del Interior, el cual sostuvo la acusación fiscal. Ya avanzado el caso, tal como lo acordó el gobierno durante las negociaciones políticas que permitieron poner fin a la larga huelga de hambre sostenida por los comuneros, no alegó la connotación terrorista de los delitos, lo que permitió dejar sin efecto la prisión preventiva. Por último, en atención a la "conducta de la autoridad judicial", entendemos que si bien el proceso penal siguió los plazos ordinarios, durante la substanciación del proceso el tribunal no consideró la provisionalidad de la medida cautelar, ni el cese de la misma, sino que ella se logró cuando se produjo la intervención de diversos actores sociales producto de una prolongada y mediática huelga de hambre sostenida por los comuneros imputados en la causa.

[(103)] Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Instituto de reeducación del menor con Paraguay", ha reconocido que la duración prolongada de la prisión preventiva más allá de un plazo razonable implica "anticipar una pena sin sentencia" (2004).

15.5. – *Caso Tur Bus.*

El caso conocido como "Tur Bus" [104] se mantuvo por extensos plazos en prisión preventiva a los imputados (varios de ellos dirigentes indígenas públicamente conocidos) Con fecha 28 de octubre de 2009, en audiencia de formalización de la investigación, se decretó la medida en contra de ocho de los nueve comuneros imputados, dos de los cuales recuperaron su libertad luego de diez meses en prisión preventiva y tras una prolongada huelga de hambre, luego de la cual se sustituyó la medida cautelar, ordenándose el pago de una fianza. Asimismo, con fecha 4 de abril de 2011, quedó en libertad el último de los imputados que se encontraba sujeto a prisión preventiva por el caso "Tur Bus", el cual permaneció cerca de dos años bajo la medida, principalmente por las declaraciones de un testigo con identidad protegida, quien lo señalaba como partícipe en los hechos objeto de la investigación. En los últimos días de agosto de 2013 se decretó la absolución de todos los imputados descartando el testimonio del testigo [105], aunque el caso aún puede ser objeto de recursos.

En este caso la "complejidad del asunto" quedó establecida por la calificación terrorista de los delitos por los cuales se formalizó a los imputados, calificación que formulada discrecionalmente por el Ministerio Público configura el requisito de gravedad que "auto" justifica la medida. Por otro lado, la "actividad procesal del interesado" se ha enmarcado por el uso de las herramientas procesales contempladas en la legislación terrorista, de modo que se ha ocultado prueba a la defensa que dice relación principalmente con registros de audios obtenidos de las intervenciones telefónicas. Además, en cuanto a la "conducta de la autoridad judicial", habrá que considerar que el proceso penal se ha seguido considerando antecedentes que le fueron desvirtuados a la Fiscalía en virtud de los cuales se pretendían obtener y mantener la medida cautelar de prisión preventiva.

Podemos concluir respecto de los procesos penales seguidos contra co-

---

[104] En 2009, en un sector rural cercano a Temuco, un grupo de desconocidos, presumiblemente mapuche, detuvo de madrugada un bus de pasajeros en carretera, amenazó a sus ocupantes y pintó consignas entre otros daños al vehículo.

[105] Solo fue condenado en este caso el testigo con identidad protegida que en juicio previo y abreviado fue condenado al asumir responsabilidad en los hechos.

muneros o dirigentes mapuche que la prisión preventiva a perdido su carácter excepcional [106], alcanzando esta medida cautelar, en la práctica, un carácter de aplicación general, en atención a la calificación de los delitos que realiza el órgano persecutor, logrando hacer coincidir los hechos que se describen en las formalizaciones con los requisitos necesarios para poder decretar la prisión preventiva, principalmente, en atención a la gravedad y complejidad de los delitos. Esta estrategia procesal se logra gracias a las facultades discrecionales que la Reforma Procesal Penal entregó al Ministerio Público, en base a la cual la responsabilidad inicial de definir los alcances de la persecución penal está a cargo del Fiscal de la causa, quien formula los cargos por los cuales se formaliza a un imputado teniendo en consideración la calificación jurídica que el órgano persecutor da a los hechos objeto de la investigación. La formulación de cargos es un acto jurídico unilateral del Ministerio Público, en razón a la facultad discrecional que el legislador le entrega al Fiscal en el seguimiento de la persecución penal [107] y, si bien cabe un control jurisdiccional a los jueces de garantía respecto de la necesidad de justificar la existencia del delito y la participación criminal para los solos efectos de esta medida cautelar, muchas veces los jueces han adoptado roles pasivos que han permitido el otorgamiento injustificado y/ o excesivamente prolongado de la medida. En consecuencia, la aplicación generalizada de la prisión preventiva ha significado una contravención al "derecho a la libertad personal" y al principio de "presunción de inocencia", sin atender a la excepcionalidad de la misma, significando una grave vulneración del principio

[106] Al respecto, el V Informe de la Comisión Ética contra la Tortura, del 10 de diciembre de 2002, indicó que: "De acuerdo a los antecedentes recabados de la Defensoría Penal Mapuche, al mes de agosto de 2002 el total de imputados mapuche alcanzaba a 91 personas. En cuanto a su situación procesal, el 88% se encontraba en libertad con medidas cautelares, el 10% se encontraba en prisión preventiva y el 2% libre con medida cautelar de arresto domiciliario. Ello significa que el 12% de los imputados mapuche tiene medidas privativas de libertad".
Luego, el año 2010, fueron 58 las personas procesadas bajo ley "antiterrorista" por reivindicación de tierras o derechos políticos. De ellas, cinco fueron condenadas, 42 en prisión preventiva y 11 cumpliendo medidas cautelares en libertad (Extracto del Informe de Derechos Humanos 2010, de la Comisión Ética contra la Tortura).

[107] J. J. Faundes Peñafiel, *Reforma Procesal Penal y Pueblo Mapuche*, en *Fund.Instituto Indígena*, 2001, p. 2.

de "igualdad ante la ley", dada su continua procedencia respecto de causas en la que actúan comuneros o dirigentes del Pueblo Mapuche.

No obstante, estimamos que la legislación nacional, correctamente interpretada, contempla los parámetros básicos en razón de los cuales se sostiene la excepcionalidad de la prisión preventiva, de modo que la disyuntiva en torno al carácter de la medida viene dada, esencialmente, por la aplicación de la ley dando cumplimiento a los parámetros básicos del estándar internacional en materia de prisión preventiva.

Finalmente, en atención a los casos estudiados respecto de procesos penales seguidos contra mapuche movilizados por demandas territoriales, sobre la base de las categorías y parámetros o criterios jurídicos definidos, podemos sostener que en Chile se ha visto vulnerado el derecho al "debido proceso" en las causas penales seguidas contra mapuche movilizados en razón de sus demandas, más a allá de la eventual comisión de delitos o de las justificaciones políticas de las demandas, cuestiones de fondo importantes, pero que no han sido objeto de examen casuístico en la presente la investigación.

Si bien, la tercera y cuarta parte del estudio han quedado pendientes en lo específico, desde ya es posible concluir, por una parte, que la aplicación de la legislación que persigue los delitos terroristas a las causas en estudio, especialmente a la luz de la formalización discrecional de las investigaciones, es una de las principales causas para la vulneración de las garantías procesales, como por ejemplo, el justificar el otorgamiento o la mantención de la medida de prisión preventiva en diversos casos correspondientes al período estudiado, lo que ha llevado a una infracción sustantiva de los derechos garantizados internacionalmente. Y, por otra, que las víctimas de las vulneraciones de derechos no solo los imputados mapuche, sino que menores de edad, mujeres y ancianos, las personas más vulnerables que han sufrido las consecuencias del accionar indiscriminado de las fuerzas policiales.

Luz Pacheco Zerga(*)

DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN

Sumario: 1. Introducción. — 2. Los derechos humanos de primera generación. — 3. Los derechos humanos de segunda generación. — 4. Los derechos sociales en la Comunidad Andina de Naciones. — 5. Los derechos de tercera generación en la CAN y en la UE. — 6. Los cánones de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de solidaridad en los procesos de integración. — 6.1. Respeto a la dignidad humana. — 6.2. Igualdad y no discriminación. — 6.3. Tolerancia. — 7. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

Los procesos de integración, como su nombre lo indica, se ordenan a lograr "que alguien o algo pase a formar parte de un todo" (1), lo cual sólo es posible si los elementos son homogéneos. En el caso de los procesos de integración de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y de la Unión Europea (UE) lo que hace posible recorrer no sólo un camino común sino aspirar a un destino común, con respeto a la diversidad, es – en palabras de los países sudamericanos: la conciencia de estar unidos **"**por un pasado y una geografía comunes y hermanados en la búsqueda de metas históricas que afirmen y proyecten las raíces y tradiciones propias de su identidad" (2). Y, en palabras de los países europeos, porque esa meta se traza "con la inspiración de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho" (3).

(*) Universidad de Piura.

(1) Real Academia de la Lengua Española (2003). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22a ed.). Madrid: Real Academia de la Lengua Española.

(2) Preámbulo de la Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos.

(3) Preámbulo de la Constitución para Europa.

Es la coincidencia en los valores universales que configuran los derechos inviolables e inalienables de la personahumana lo que permite crear un bloque de integración que supere los intereses económicos y centre sus esfuerzos en lograr por "la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad en bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos"; con apertura "a la cultura, al saber y al progreso social"; para "ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo" [4].

A la vez, la globalización de la sociedad ha impulsado la integración económica en muchas regiones del mundo. Y, la cultura de defensa y promoción de los derechos humanos, que empezó el siglo XX, con particular fuerza a partir de la Declaración Universal de los derechos humanos (1948), ha logrado que tanto las constituciones de los países occidentales como los tratados celebrados con motivo de un proceso de integración, se fundamenten en el respeto a los derechos inalienables de todo ser humano, que derivan de la igual dignidad. Lo cual, a su vez, ha permitido la evolución del Estado de Derecho, propio de los siglos XVIII y comienzos del XIX, a Estados constitucionales y sociales, comprometidos no ya en la protección pasiva de los derechos individuales sino, más bien, en lograr las condiciones reales para el efectivo goce de los derechos humanos.

Hay que destacar que los procesos de integración impulsan el desarrollo económico, como lo pone de manifiesto el último Informe sobre Desarrollo Humano (IDH) de las Naciones Unidas. Según proyecciones estimadas por ese organismo, "la producción económica combinada de tres de los principales países en desarrollo solamente (Brasil, China e India) superará la producción total de Canadá, Francia, Alemania, Italia, el Reino Unido y Estados Unidos. Gran parte de esta expansión es impulsada por nuevas asociaciones de comercio y tecnología en el interior mismo del Sur". A la vez, el documento insiste, como en anteriores oportunidades, en que "el crecimiento económico por sí solo no se traduce automáticamente en el progreso del desarrollo humano". Son necesarias "políticas a favor de los pobres e inversiones significativas en las capacidades de las personas (mediante un enfoque en educación, nutrición, salud y habilidades de empleo)"

[4] Ibid.

para así poder "expandir el acceso al trabajo digno y brindar un progreso sostenido" [5].

El presente trabajo desea aportar algunas luces sobre la relación entre el reconocimiento de los derechos humanos por el derecho constitucional o los tratados internacionales y la función que deben cumplir los poderes públicos frente a ellos, con particular énfasis en los derechos sociales y de solidaridad. Asimismo, analizaremos los cánones fundamentales o principios fundamentales para la interpretación y aplicación de esos derechos a fin de lograr los objetivos de los procesos de integración.

Para estos efectos nos ocuparemos en primer lugar de definir el concepto de derechos humanos y de las denominadas *generaciones* de derecho. Para los de primera generación haremos una síntesis global, mientras que para ilustrar los de segunda y tercera generación haremos una referencia a los reconocidos en la Comunidad Andina de Naciones y en la Unión Europea. Finalmente, culminaremos la investigación con el análisis de los principios basilares de los procesos de integración, que son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia.

2. — *Los derechos humanos de primera generación.*

Se ha criticado la ambigüedad conceptual de la expresión "derechos humanos", por existir una amplia discusión doctrinal al respecto [6]. Partimos, pues, por definirlos como unas exigencias de justicia que devienen de las necesidades y de los bienes propios de la dignidad de los seres humanos. No son simples preferencias ni elecciones arbitrarias sino conductas necesarias que responden a la naturaleza y al modo de ser propio de seres dotados de potencias físicas y espirituales. Son necesarios para "proteger al ser humano" [7]. Esta característica evidencia que la persona tiene una dignidad que es, a su vez, fundamento de los derechos que permiten, por un lado el

---

[5] NACIONES UNIDAS (2013). Informe sobre Desarrollo Humano 2013. Obtenido en http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013_ES_Summary.pdf.

[6] Cfr. por todos, A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (9a ed.), 2005, Madrid, pp. 223-224.

[7] E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit. p. 120.

desarrollo del ser humano y, por otro, impide que sea utilizado como medio u objeto. La dignidad humana constituye, en definitiva, el fundamento del carácter valioso de la libertad, del deber de proteger aquellos despliegues suyos en que consiste la mayoría de los derechos (…) actúa como dato que fundamenta la obligatoriedad moral o jurídica, de realizar aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en que consisten los derechos humanos" [8].

Esas exigencias son verdaderos derechos, porque "responden a un ajustamiento de la conducta que tiene en cuenta las exigencias de los otros, de acuerdo con un criterio de reciprocidad" [9]. Su carácter jurídico obliga a superar el individualismo, "que confunde los derechos con pretensiones ilimitadas que [se] pueden satisfacer siempre que se disponga de la solvencia económica" [10]. Los derechos humanos no son absolutos ya que la persona es interdependiente: requiere del auxilio de los demás para alcanzar la plenitud personal. Y se denominan fundamentales o constitucionales, en la medida en que son incorporados a los textos constitucionales. En la presente investigación se emplearán los términos derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimos, aún cuando no lo sean en todos los ordenamientos jurídicos occidentales.

Si bien es cierto todos los derechos emergen de la dignidad humana y tienen por eso un carácter unitario, no puede negarse que la dimensión histórica de la existencia humana ha permitido profundizar en el alcance de esos derechos, para positivarlos paulatinamente, lo que ha justificado la expresión de *generaciones de derechos,* que van de la primera a la tercera generación.

Los derechos humanos de *primera generación* son los civiles y políticos reconocidos a las élites del Antiguo Régimen, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), pretendió extender a todos los ciudadanos. Estos derechos, denominados también *liberales* tienen como prototipo al sujeto varón, propietario y burgués, que "excluye de su goce a quienes por su condición física (mujeres, niños, ancianos), por su condición social (no ser noble, ni pertenecer a la burguesía, al clero o al ejército), o por

---

[8] P. Serna Bermúdez, *La dignidad de la persona como principio del Derecho Público*, en *Derechos y Libertades*(4), 1995, p. 294.

[9] J. Ballesteros, *¿Derechos? ¿Humanos?*, en *Persona y Derecho*(48), 27-46, 2003, p. 28.

[10] J. Ballesteros, *¿Derechos? ¿Humanos?*, en *Persona y Derecho*(48), 27-46, 2003, p. 28.

su posición social de vulnerabilidad y fragilidad no poseen la titularidad, el ejercicio y el goce de dichos derechos" [11].

No obstante, la Revolución Francesa logró la ficción jurídica de hacer creer a las grandes mayorías que, conforme a "la promesa de emancipación ilustrada a través del Derecho, *lo racional es también real*" [12], todos tenían los mismos derechos. Sin embargo, la desigualdad real no fue corregida sino, más bien, incrementada porque se impuso a la actividad del Estado el principio liberal del *laissez faire*, según el cual, éste debía limitarse a ser un *vigilante nocturno*, que vigilase y castigase los posibles excesos [13]. El abstencionismo del Estado fue impuesto, paradójicamente, *por el mismo Estado a petición de los particulares*. Y, una vez establecido, fue necesario garantizar que no se produjese ninguna intervención exterior que alterase el equilibrio del mercado [14]. El pensamiento liberal considera esencial "la presencia de condiciones de libertad perfecta para la existencia de la libre competencia" [15], porque los beneficios no están garantizados, y quienes intervienen en el proceso económico, según ellos, deben lograr sus utilidades en base al solo juego de la oferta y la demanda. Se exige entonces que los precios *sean libres, que se fijen por sí mismos* para asegurar la utilidad económica del inversor. Pero, en definitiva, los precios no se fijan por una simple regla de azar, sino de acuerdo a los intereses de los agentes que dirigen el proceso económico, es decir, los empresarios y comerciantes, ya que el consumidor lo que busca, por regla

---

[11] E. VIDAL, *Los derechos de tercera generación*, en JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 121.

[12] *Ibidem*.

[13] Cfr. E. VIDAL, *Los derechos de tercera generación*, cit. p. 122..

[14] Termes considera que en la base del pensamiento económico liberal no se encuentra la negación del papel del Estado sino, más bien, "la defensa de la necesidad de crear y mantener un marco constitucional para que la economía encuentre sus propios objetivos y solvente por ella misma los conflictos que puedan existir". R. TERMES CARRERÓ, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad.*, 1984, Barcelona: Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, p. 115. Sin embargo, pretender que sea la economía la que resuelva los conflictos equivale a reducir el papel del Estado al de una mera estructura constitucional del mercado. Para conocer el pensamiento de Adam Smith en estas materias es interesante la síntesis que realiza Termes en la Segunda Parte de la obra antes citada.

[15] R. TERMES CARRERÓ, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad.*, cit., 1966.

general, es el producto de la mejor calidad al menor precio posible.

En este marco socio-económico los alemanes iniciaron una experiencia del Estado de Derecho, – que luego se extendió a otros países europeos y americanos – al buscar un ideal institucional o "una realidad espiritual (…) dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político, con el aporte indispensable de la teoría kantiana [16]. La libertad, entendida sobre todo como autodeterminación, legitima al Estado que debe actuar sobre la base del consenso de los ciudadanos, que a su vez, exige un actuar conforme a la razón. Se trata de un modelo formalista, en el que no interesa la experiencia histórica sino la condición *a priori* del Estado, de remitirse a la razón para una coexistencia libre a través del derecho, entendido, a su vez, como normativa racional. Lo cual es correcto pero insuficiente porque los derechos no son abstractos sino concretos, de acuerdo a las circunstancias socio-económicas de cada individuo.

En esta nueva cultura, la regulación jurídica del trabajo fue la expresión más clara de esta concepción de los derechos humanos en la civilización europea. Al someter el trabajo a las leyes de la oferta y demanda, como si fuera un elemento de producción económica similar a la materia prima, se mercantilizó la vida humana. El *salario* fue concebido como un precio, fijado de acuerdo al interés del empresario, sin tener en cuenta las necesidades ni circunstancias personales del trabajador. La utópica igualdad predicada por el liberalismo cristalizó en los Códigos civiles de la época, que proclamaron la *autonomía de la voluntad de las partes* en la realización de cualquier negocio jurídico, incluyendo el de la prestación de servicios dependientes y por cuenta ajena [17]. El resultado de esta forma de contratación fue una dolorosa *dislocación social*, manifestada en jornadas excesivas de trabajo, condiciones insalubres, hacinamiento de los obreros en las ciudades, destrucción de lazos familiares, salarios de hambre, etc., de la cual existe abundante y muy bien documentada bibliografía [18].

---

[16] A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 213.

[17] Cfr. por todos G. Bayón Chacón, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español.* Madrid, 1995.

[18] Cfr. por todos G. Bayón Chacón, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español.* Madrid, 1995, p. 280 y ss.

Era tal el *despojo social* que se padecía con el trabajo asalariado, que dio origen a una clase social: la *del asalariado.* Alguien se convertía en asalariado cuando "no era nada y no tenía nada para intercambiar, salvo la fuerza de su brazo. Se caía en el salariado como degradación del propio estado: las víctimas eran el artesano arruinado, el campesino feudal al que su tierra ya no le daba de comer, el "compañero" que había dejado de ser aprendiz y no podía convertirse en maestro.... Estar o caer en el salariado era instalarse en la dependencia, quedar condenado a vivir "al día", encontrarse en las manos de la necesidad" [19].

La mercantilización de las relaciones individuales trajo consigo la de la sociedad en general. Al considerar el trabajo y las relaciones que generaba, así como a la tierra como mercancías fue inevitable que se produjese un *desgarro en las relaciones humanas* y que se pusiera en peligro el *hábitat* natural de la persona [20].

El proyecto utópico del liberalismo económico, de crear y distribuir la riqueza por las solas fuerzas del mercado autorregulador, llevó a la sociedad del siglo XIX a fundar la vida social en el móvil de la ganancia, convirtiéndola en justificante suficiente para la acción y el comportamiento en la vida cotidiana. Éste es el último eslabón para que se realizase la transformación de una *sociedad con mercados* a *una sociedad de mercado autorregulado* [21].

Sin embargo, la ganancia siendo un móvil lícito, no puede convertirse en *el móvil de referencia* del actuar social porque pervierte la ética, la solidaridad y, en definitiva, la posibilidad de la convivencia pacífica y del auténtico desa-

---

[19] R. Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado* (Jorge Piatigorsky, Trans.), 1995, Buenos Aires, p.13. Esta baja consideración social perduró hasta el siglo XX: en el caso de Francia, el mismo autor señala que el principal partido de gobierno de la Tercera República, el Partido Radical, en el Congreso de Marsella de 1922 inscribió en su programa "la abolición del salariado, que es una supervivencia de la esclavitud".

[20] Cfr. K. Polanyi, *La gran transformación* (Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Trans.), 1989, Madrid., p. 82. Por esta razón en la concepción tradicional del Derecho, en concreto del Derecho romano, el trabajo no era objeto de compra-venta sino de arrendamiento: se podía "co-locare", es decir, ceder en arrendamiento, pero no «entregarse» con motivo de una compraventa. Cfr. G. Diéguez Cuervo, *Nueva función del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*(62), 1993, p. 843.

[21] K. Polanyi, *La gran transformación* (Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Trans.), 1989, Madrid, p. 66.

rrollo humano. Grimaldi, con acentos que pueden sonar dramáticos, denuncia el envilecimiento social que se sigue a esta mercantilización, iniciada en el siglo XIX: "donde todo tiene un precio, nada puede tener valor. Nada por nada en la sociedad capitalista. Todo se vende y se compra. Nada es gratis, ningún don, ninguna gracia. Quien no tiene nada que vender no tiene nada que esperar. Donde no hay nada que ganar, no hay nada que hacer" [(22)]. En cualquier caso, esta actitud no deja de ser antinatural porque la aspiración al acceder a un trabajo va más allá de la retribución económica ya que permite alcanzar una identidad social en referencia al propio desarrollo personal y a la inserción en un contexto de reconocimiento [(23)].

El liberalismo del siglo XIX pretendió olvidar que el trabajo es una actividad inseparablemente unida a la persona, que no actúa en función de la *venta*, es decir, por un móvil exclusivamente económico porque el trabajo cumple una función social cualitativa en el desarrollo personal y no sólo cuantitativa o de simple producción de riqueza. Y, precisamente por la indisoluble unidad entre la persona y su trabajo, éste no puede ser desgajado de la vida humana ni almacenado o puesto en circulación como se hace con las mercancías [(24)].

[(22)] N. Grimaldi, *El trabajo: comunión y excomunicación* (Ana Corzo Santamaría, Trans.), 2000, Pamplona, p. 201. Para graficar este fenómeno presenta dos ejemplos: el del joven médico a quien se le pide que visite a sus enfermos cada día, pero sin darle dinero o algún otro bien a cambio. Y el del joven profesor a quien se le dice que "su verdadero trabajo empieza cuando termina su clase, y que toda su vida apenas es suficiente para realizar esta tarea, sin guardarse ni retener nada de ella: ¿cómo es esto?, os responderá, ¿sabéis lo que me pagan? ¿En cuánto estimáis mi tiempo? … Podemos apostar sin riesgo alguno que estos jóvenes, médico y profesor, se horrorizan ante el mercantilismo. Pero, ya que el dinero se ha convertido en el único sistema de relaciones de los hombres entre sí, no pueden imaginarse su trabajo y su vida sino con relación a él". Se produce entonces una deshumanizante paradoja: no son capaces de dar su vida sin pedir nada a cambio porque equivaldría a decir: "¿es mi vida tan miserable que no puede venderse?".

[(23)] Cfr. A. Lucas Marín, P. García Ruiz, *Sociología de las organizaciones*. 2002, Madrid, p. 423.

[(24)] "El trabajo, en su sentido más pleno, supera ampliamente la pura actividad fisiológica o corporal, no se limita a lograr el sustento, sino que apunta a la tarea de descubrir el sentido de su vida, (...) La esencia del trabajo no viene de la dimensión corporal humana, de lo que tiene en común con los otros animales, sino de su espíritu, de lo que le distingue y que consiste en esa misteriosa capacidad de trascender la inmediatez de lo sensible", M. A. Martínez-Echevarria, *Repensar el trabajo*, 2004, Madrid, p. 183.

En definitiva, el Estado liberal, como había hecho antes el absolutista, centró su actividad en garantizar las esferas de libertad de sus ciudadanos con el menor intervencionismo posible. El derecho que se toma como modelo o patrón es el de la propiedad, de tal modo que el uso y disfrute se hace como si se fuese propietario y sin tener que dar cuenta a los demás. Se pueden resumir las características de los derechos de primera generación en las siguientes: *a)* son de titularidad individual y de carácter absoluto, ya que se predican del ser humano en abstracto, sin tener en cuenta sus circunstancias concretas y reales. b*)* son derechos de autonomía porque establecen límites a la actuación estatal en una doble vertiente: del Estado hacia el particular y del Estado en las relaciones entre los particulares. *c)* Su fundamento es la libertad en su vertiente negativa (ausencia de obligaciones) y positiva (participación en determinados ámbitos sociales y políticos), pero con particular énfasis en el primer aspecto. d*)* No implica mayores gastos para el Estado, pues no se trata de promocionar los derecho sino de permitir que se ejerzan [25].

Por eso, el poder pùblico favoreció la *dislocación* social y jurídica que originó, al finalizar el siglo XIX una reacción social similar en todos los países sometidos a la doctrina liberal: exigir al Estado proteger tanto al trabajo como a la tierra, para que tuviera el espacio vital indispensable para construir un hogar y tener una familia, que son el fundamento de la civilización [26]. La violencia de las revueltas sociales ante los sistemas de trabajo basados en la autonomía de las partes, fue una experiencia común en todos los países donde la inactividad del Estado desprotegía a las grandes mayorías oprimidas por sistemas de remuneración, trabajo y descanso indignos de la condición humana libre y civilizada [27].

---

[25] Cfr. F. Carpintero, *Los derechos de primera generación*., en José Justo Megías Quirós (Coordinador) (Ed.), *Manual de Derechos Humanos* (pp. 77.101). Elcano (Navarra), 2006, pp. 98-101.

[26] Por todos: "El Estado social (…) se constituyó en la intersección del mercado y el trabajo". R. Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado* (Jorge Piatigorsky, Trans.), 1995, Buenos Aires, p. 22. Sobre la función de la familia en la sociedad ver R. Alvira Domínguez, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. Pamplona, 1998.

[27] Cfr. M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo* (5a. ed.). 1994, Madrid p. 394 y ss.

Este movimiento no fue una acción concertada por los enemigos de las nuevas doctrinas: más bien, fue un contra-movimiento social para controlar la acción del mercado respecto al trabajo y a la tierra. Ésta fue la principal función del intervencionismo estatal. Y es así como surgen en países con ideologías tan diferentes como las de la Inglaterra victoriana, o la Prusia de Bismark o el Imperio de los Hasburgo, leyes sobre accidentes de trabajo, inspección en fábricas y comercio municipal, para extenderse luego a límites en las jornadas de trabajo, derecho a descansos diarios, semanales y anuales, etc. [28]. A partir de una normativa dispersa y variada orientada a garantizar una retribución y unas condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana y las exigencias del renuevo de las generaciones y del desarrollo de la civilidad, los países europeos tienen la experiencia – y formulan la doctrina – de los derechos de *segunda generación* [29] y emerge el Estado social de Derecho.

3. — *Los derechos humanos de segunda generación.*

Las nuevas exigencias sociales requerían de una acción estatal: es así como ocurre la transición del Estado de Derecho al Estado social de Derecho. Ni el individualismo ni la neutralidad del Estado liberal podían satisfacer las exigencias de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos de la sociedad. Surge el nuevo modelo bajo el influjo de tendencias ideológicas dispares con una fórmula que se difundió al finalizar la

[28] Cfr. B. Hepple, *La formación del derecho del trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945* (José Rodríguez de la Borbolla, Trans.), 1994, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; K. Polanyi, *La gran transformación*, cit.; M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit. p. 394 y ss. pp. 410, nota 323 y 349,) Para el caso de España ver: M. C. Palomeque López, *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, 1980, Madrid; A. Martín Valverde, La formación del Derecho del Trabajo en España *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936* (pp. XV-CXIV), 1987, Madrid, Congreso de los Diputados; A. Montoya Melgar, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* (1a ed.), 1992, Madrid, especialmente el primer capítulo.

[29] Para un estudio más detallado del marxismo y liberalismo, así como de la mercantilización del trabajo en el siglo XIX y la condición del trabajador asalariado, remito a lo publicado en L. Pacheco Zerga, *La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización*, en *Asesoría Laboral*(235), 2010, p. 19-30.

Segunda Guerra Mundial. Esa fórmula estaba compuesta, por un lado, por el triunfo del socialismo democrático y, por otra, por el pensamiento liberal más progresista, que concibe al Estado como un instrumento para adaptar el aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro [30].

De este modo se supera el agnosticismo axiológico y el formalismo positivista y se impone al Estado realizar determinados fines materiales para contribuir a la reforma social, a una más justa distribución de la riqueza que logre la justicia social en la convivencia. Los derechos sociales exigen políticas públicas que garanticen su ejercicio mediante prestaciones positivas y también por la eficiencia de los servicios públicos. Se trata, pues, de un Estado *socialmente* activo, comprometido en la lucha por superar las desigualdades, lo cual exige que controle el orden político y económico-social.

Se erige así un Estado social y democrático de derecho, que "requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social" [31].

En otras palabras, el Estado social reconoció los derechos de participación y de prestación, que son los denominados de *segunda generación* o derechos económicos, sociales y culturales, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 [32]. La DUDH recoge en sus primeros veintiún artículos los derechos civiles y políticos. Y, en los siguientes seis, individualiza los derechos económicos, sociales y culturales declarando que su satisfacción resulta indispensable para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Esos derechos son:

---

[30] Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (9a ed.), 2005, Madrid, pp. 223-224.

[31] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 008-2003-AA/TC, fundamento jurídico 12.

[32] Ver Anexo I. Sobre las críticas a la asimetría en el reconocimiento de las dos generaciones de derechos, ver el resumen realizado por Durán, P. Lalaguna, *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, 2007, Navarra, pp. 30-38.

a. En relación al trabajo:
   i. A su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
   ii. No discriminación, que se expresa en igual salario por igual trabajo.
   iii. Una remuneración equitativa y suficiente que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana.
   iv. A fundar sindicatos y a sindicalizarse.
   v. Al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

b. En relación al nivel de vida: que sea el adecuado para que pueda gozar, junto con su familia, de salud y bienestar en particular de:
   i. Alimentación.
   ii. Vestido.
   iii. Vivienda.
   iv. Asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
   v. Seguros que cubran los riesgos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

c. En relación a la educación:
   i. Gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental.
   ii. Obligatoria, al menos, la instrucción elemental.
   iii. Generalizada, la instrucción técnica y profesional.
   iv. Sin discriminación para el acceso a los estudios superiores, que deberá ser en función de los méritos respectivos.
   v. Su objeto debe ser:
      i. el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales;
      ii. favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos;
      iii. promover el desarrollo de las actividades para el mantenimiento de la paz.

Realizando una comparación entre las dos primeras generaciones de derechos se puede concluir que los derechos civiles y políticos son *negativos,* de *defensa* y de *abstención*, mientras que los derechos sociales son *positivos,* de *participación* y de *prestación*. "Por eso *cuesta* mucho el reconocerlos; mientras que las libertades individuales son *baratas,* los derechos sociales son *caros*, y exigen sacrificios costosos. Son derechos que conjugan la libertad individual con la igualdad no ya formal, sino material" [33], que requieren de *acciones afirmativas* y de realizar una *discriminación inversa*, que sería equivalente al actuar con equidad, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de los ciudadanos.

En este nuevo escenario la DUDH si bien cristalizaba los anhelos sociales no tenía fuerza vinculante para los Estados miembros de las Naciones Unidas que la elaboraron. No obstante, sirvió de falsilla a las constituciones occidentales y a los pactos internacionales, que se firmaron en 1966, el primero sobre los derechos civiles y políticos y el segundo, sobre los derechos económicos, sociales y culturales [34].

Estos últimos, que suelen denominarse en forma genérica como derechos sociales, tienen un doble sentido: objetivo y subjetivo. En sentido objetivo son "el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos" [35].

El Tribunal Constitucional peruano enriquece aún más esta definición al precisar que los derechos sociales son "facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes

---

[33] E. VIDAL, *Los derechos de tercera generación*, en JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 123.

[34] Cfr. el estudio sobre esta cuestión realizado por P. SERNA BERMÚDEZ, L*a dignidad humana en la Constitución Europea*, en *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. II, 2004, Valencia, pp. 192-239.

[35] A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 1993, Madrid, pp. 183-184.

con la dignidad humana" [36].

Sintetizando lo expresado hasta el momento se puede afirmar que los derechos sociales se caracterizan por ser, en su mayoría, prestacionales porque imponen al Estado o a otros grupos sociales o particulares una obligación correlativa positiva de dar o hacer, que protegen situaciones o condiciones del hombre contextualizado o situado y tienen una marcada dimensión objetiva frente a las titularidades subjetivas, que articulan las posibilidades de hablar de igualdad real o material [37]. Tienen una doble función: limitar la autonomía del mercado, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores, y corregir los resultados desigualitarios de la distribución de recursos que realiza el mercado, mediante un sistema de prestaciones y servicios públicos que deben garantizar las necesidades básicas [38].

El que los derechos materiales se inspiren en el valor de igualdad en su vertiente material es comúnmente aceptada, pero en lo que no hay unanimidad de criterio es en el concepto de igualdad material. En cualquier caso se trata de que exista un cierto equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales en términos de justicia distributiva [39]. Los criterios de reparto son múltiples pero se pueden reconducir a tres: de mera igualdad (dar a todos por igual), de mérito (según diversos parámetros) y de necesidad. La insuficiencia del primero de ellos es evidente: el igualitarismo radical es una utopía ya que las necesidades de las personas no son las mismas ni tampoco sus capacidades. Las claves para lograr una cierta nivelación de la riqueza y la reducción de las desigualdades sociales giran en torno a los criterios de mérito y de las necesidades, que deben ser satisfechas teniendo en cuenta la igual dignidad de los seres humanos y sus distintas circunstancias [40]. En

---

[36] Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 10, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima, 2005, pp. 119-120.

[37] Cfr. M.J. Añón Roig, J. García Roig, *Lecciones de derechos sociales*. Valencia, 2002, p. 120; E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 116.

[38] Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit.

[39] Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit., p. 105.

[40] Sobre las teorías en torno al mérito y a las necesidades ver E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 114-115.

este campo es necesario distinguir entre necesidades básicas y bienestar. El error del denominado Estado de bienestar fue confundir la protección de los derechos básicos con la satisfacción de deseos infinitos, ya que la tarea del Estado de Derecho no es proporcionar bienestar fisiológico sino procurar una justicia que satisfaga las necesidades básicas de diverso tipo, no sólo las biológicas, para que los seres humanos puedan tener la oportunidad de desarrollar una vida plena [41].

Una cuestión normalmente debatida es la exigibilidad de los derechos sociales. Se ha negado su carácter vinculante por considerar que se trata de simples aspiraciones sociales [42]. Sin embargo no es así, ya que se trata de "exigencias sociales propias de la naturaleza y consecuente dignidad humanas. El hombre no sólo es individuo sino que existe y se realiza en comunidad, es ahí donde puede alcanzar su pleno desarrollo como persona humana que es, fin supremo de la sociedad y del Estado" [43]. El Tribunal Constitucional del Perú ha declarado que "en puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí" [44]. Y que es, precisamente, la dignidad humana la que "irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada" [45]. Y que no se trata "de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia

---

[41] Cfr. A. CORTINA, *Por una ética del consumo. La ciudadanía del consumidor en un mundo global*, 2002, Madrid, pp. 166-167.

[42] Ver el resumen de estas posturas en M.J. AÑÓN ROIG, J. GARCÍA ROIG, *Lecciones de derechos sociales*. Valencia, 2002, p. 105)

[43] L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima, 2005, p. 140.

[44] Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 11, citado por L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit., p. 140.

[45] Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 19, citado por L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit. p. 140

inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente" [46]. En consecuencia, el Estado tiene que cumplir con estas obligaciones jurídicas exigidas por los derechos sociales, que le imponen una autolimitación presupuestaria ordenada a la inclusión social. Y, consecuentemente, le impiden parapetarse en la escasez de recursos para mantener situaciones de injusticia material.

Para finalizar este apartado es necesario resaltar que es en este marco de la nueva concepción del Estado y de los derechos sociales que surgen iniciativas de integración regional en diversas partes del mundo. Lo cual, a su vez, incoa el camino hacia los derechos de tercera generación, los de solidaridad, que en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se denominan derechos al desarrollo y en el de la Unión Europea, derechos de solidaridad.

4. — *Los derechos sociales en la Comunidad Andina de Naciones.*

Para comprender el impacto de la regulación de los derechos sociales en la CAN es necesario realizar una breve reseña histórica de la evolución de este proceso de integración, que se inició el 26 de mayo de 1969 cuando se reunieron en Bogotá (Colombia), los representantes de los gobiernos de Perú, Chile, Ecuador, Bolivia y Colombia para firmar el Acuerdo de Cartagena, que dio origen al denominado Pacto Andino. Venezuela había participado en todas las negociaciones pero no llegó a firmar el Acuerdo en ese momento: lo haría algunas décadas más tarde, pero dejó de ser miembro pleno en el 2006; mientras que Chile se retiraría en 1976. El 9 de julio de 1969 el Acuerdo fue declarado compatible con el Tratado de Montevideo y entró en vigencia el 16 de octubre de ese mismo año.

---

[46] Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 11, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit., p. 140.

La política de los países miembros en las dos primeras décadas fue la de un mercado cerrado, en el que se sustituyeron las importaciones por productos nacionales, sin tener en cuenta la calidad ni las necesidades de la población. Para conseguirlo impusieron altos aranceles a los productos importados. La economía, de corte estatista y centralista, no facilitó la inversión privada, que era presentada como la causante del subdesarrollo. El resultado, previsible, fue no alcanzar el desarrollo económico propuesto y, por eso, la "década de los ochenta fue tanto para los países andinos como para la integración andina, una década perdida. La crisis de la deuda afectó a todos los países de la región, desde México hasta Argentina y se reflejó en la integración, que sufrió un estancamiento" [47].

En 1989 los representantes, reunidos en Galápagos (Ecuador) deciden cambiar la política económica y dar prioridad al comercio y al libre mercado. En 1993 eliminaron los aranceles entre sí y formaron una zona de libre comercio, en donde las mercaderías circulaban libremente. Esto permitió que el comercio intracomunitario creciera y se generasen más empleos. Se liberalizaron también los servicios, especialmente de transporte en sus diferentes modalidades.

Paralelamente, a fin de favorecer la inversión privada, se puso en marcha la desregulación en materia laboral. Así se aprecia de las legislaciones de Chile, Panamá, Ecuador, Perú, Colombia y, con diversas modalidades, de Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela. La nueva política tuvo dos frentes: por un lado, se disminuyeron los beneficios laborales e instauró los denominados «contratos basura», (por tener nulos o escasos derechos, con una precarización de la relación de trabajo), la expulsión o cesión ilícita de trabajadores, para impedir que accedieran a mejores beneficios, a través de mecanismos como la tercerización, subcontratación, creación de falsas cooperativas, utilización inapropiada de ellas, empresas unipersonales, etc. El segundo frente fue la privatización de los regímenes de pensiones que se produjo en doce países latinoamericanos – Chile, Argentina, Colombia, Uruguay, México, Bolivia, El Salvador, Perú, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua y República

[47] Cfr. Comunidad Andina de Naciones (2012). Portal institucional Obtenido, 2013, de http://www.comunidadandina.org

Dominicana –, aunque no llegó a implementarse en todos ellos [48].

En medio de este agitado panorama socio laboral, fue adoptado el 10 de marzo de 1996, el Protocolo de Trujillo (Perú), que entró en vigor el 30 de diciembre de 1997. Este instrumento tiene particular importancia porque crea la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema Andino de Integración, más conocido como el SAI y saca del estancamiento el proceso de integración que, desde entonces, se ha fortalecido en sus instituciones y en su actividad.

El nuevo modelo económico, si bien permitió el crecimiento del comercio y el aumento de riqueza, no solucionó los problemas de pobreza y de desarrollo humano integral. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha declarado que las reformas para flexibilizar la contratación laboral no consiguieron mejorar el nivel de empleo [49]. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) acuñó el término de «trabajo decente» en 1999, a fin de superar el simple dato cuantitativo, centrado en la creación de cualquier tipo de empleo, sin tener en cuenta su calidad. También desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU), su secretario general adjunto José Antonio Ocampo, criticó en una conferencia dictada en Ginebra a fines de 2006, las políticas económicas implementadas en América Latina, precisamente por marginar las políticas sociales y laborales [50]. No se puede negar que el desarrollo para ser calificado como tal "necesita ser ante todo auténtico e integral. El salir del atraso económico, algo en sí mismo positivo, no soluciona la problemática compleja de la promoción del hombre, ni en los países protagonistas de estos adelantos, ni en los países económicamente ya desarrollados, ni en los que todavía son pobres, los cuales pueden sufrir, además de antiguas formas de explotación, las consecuencias negativas que se derivan de un crecimiento marcado por desviaciones y desequilibrios" [51].

---

[48] Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, 2007, p. 211. Obtenido en www.nuso.org

[49] Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, cit.

[50] Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, cit.

[51] Benedicto XVI *Caritas in veritate Ubicado* en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html, 2009, n. 23.

A la vista de estos resultados es recién en el 2003, que se incorporó la vertiente social al proceso de integración y se dispone por mandato presidencial (Quirama, 2003) el establecimiento de un Plan Integrado de Desarrollo Social, que recuperase los objetivos primigenios del proceso de integración. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la CAN en el año 2010, aprobó los principios que guían desde entonces el proceso de integración andino con una Agenda Estratégica para lograr un desarrollo conjunto. El año 2011 fue declarado el *Año Andino de la Integración Social*: se crearon Consejos, Mesas y Redes ciudadanas para lograr una mayor conciencia y participación cívica. Y se diseñaron dos rutas para lograrlo: el de la Estrategia Andina de Cohesión Económica y Social que es una propuesta para la igualdad; y el trabajo por lograr los Objetivos Andinos de Desarrollo Social (OANDES) para el 2019 (año del cincuentenario de la CAN), que recogen y complementan los del Desarrollo del Milenio propuestos por la ONU para el 2015 [52].

Coherente con las políticas económicas nacionales, los órganos de gobierno de la CAN no han establecido un código laboral uniforme ni promulgado normas de contenido social específico. Es significativo que desde 1983 existan los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial, que deberían emitir informes ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, pero su función sea, hasta la fecha, más bien ornamental.

El verdadero soporte de los derechos sociales en la CAN, al igual que ocurre en MERCOSUR [53], lo han constituido los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y los convenios internacionales de traba-

[52] Los Objetivos de Desarrollo del Milenio, también conocidos como Objetivos del Milenio (ODM), son los ocho indicadores de desarrollo humano fijados en el año 2000, que los 189 países miembros de las Naciones Unidas acordaron conseguir para el año 2015. Los ODM son: 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre. 2: Lograr la enseñanza primaria universal. 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer. 4: Reducir la mortalidad infantil. 5: Mejorar la salud materna. 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades. 7: Garantizar el sustento del medio ambiente. 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

[53] Cfr. O Ermida Uriarte, *Instituciones y relaciones laborales del MERCOSUR.*, *VIII*, 1997, 183-198 Obtenido en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501997000200012&script=sci_arttext

jo de la OIT, ratificados por los países miembros. Lo que ha permitido la reafirmación del compromiso social ha sido la magistratura ordinaria y la constitucional porque mientras que el Poder Ejecutivo desarticulaba el Derecho del Trabajo, los Tribunales Constitucionales elaboraron una doctrina jurisprudencial que cambió nuevamente el marco jurídico. A partir de la aplicación directa de los derechos laborales "previstos en las constituciones y en las normas internacionales (especialmente en los pactos y las declaraciones de derechos humanos), el Tribunal Constitucional de Colombia y el de Perú, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Suprema y algunos tribunales de apelaciones de Argentina han restablecido derechos que habían sido eliminados o disminuidos por leyes ordinarias. En otras palabras, estos tribunales «desaplican» la ley desreguladora o flexibilizadora y aplican directamente la norma constitucional o internacional más favorable. Lo mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos" [(54)].

A la vez, no puede silenciarse el compromiso que han adquirido los Estados miembros al firmar la Carta Andina para la protección y promoción de los derechos humanos hace poco más de un decenio [(55)]. En ella se declara que "todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y que, en consecuencia, debe prestarse igual y decidida atención a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo" (art. 3°).

La Carta, en la parte V identifica los siguientes derechos económicos, sociales y culturales [(56)]:

-A tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.
-A gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
-A fundar y afiliarse a sindicatos, y gozar de otros derechos laborales.
-A la seguridad social.
-A la protección y asistencia asequibles a la familia.

[(54)] O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, 2007, p. 211. Obtenido en www.nuso.org

[(55)] Firmada en Guayaquil el 26 de julio de 2002 por los cinco presidentes de la CAN.

[(56)] Cfr. Anexo II, arts. 22 a 27.

-A un nivel de vida adecuado para el individuo y las familias, incluidos los derechos a la alimentación, el vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de las condiciones de existencia.
-Al más alto nivel posible de salud física y mental.
-A la educación.
-A la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico y la producción intelectual.

El catalizador que permite que esta enumeración no se quede en un formalismo es haber establecido como instrumento para construir la identidad andina, la aplicación del principio de no discriminación, que asegura a los trabajadores migrantes y a las empresas, gozar de los mismos derechos que los nacionales en cada uno de los países miembros de la CAN. En el último apartado de esta investigación desarrollaremos el alcance de este principio y su importancia para lograr una efectiva integración y un desarrollo humano sostenible. Llegados a este punto es necesario referirnos a los derechos de tercera generación, previstos tanto en los instrumentos de la CAN como en los de la UE.

5. — *Los derechos de tercera generación en la CAN y en la UE.*

La UE y la CAN reconocen la tercera generación de derechos pero utilizan una terminología distinta para referirse a ellos. En la UE se les denominan derechos de solidaridad y en la CAN, de desarrollo. Sin embargo, en ambos casos tienen como valor de referencia la solidaridad y comparten el universalismo ético, la protección social y la conciencia ecológica, que los convierte en inescindibles respecto a los derechos civiles y a los sociales [57].

Esta conciencia social se desarrolla mientras somos testigos de que "el crecimiento económico ya no tiene relación directa con los grupos humanos. La producción es producción para el lucro, producción para el mercado: ya no es producción para cubrir las necesidades una comunidad que se organiza con el propósito de generar los recursos que realmente le hacen falta" [58].

---

[57] Cfr. E. VIDAL, *Los derechos de tercera generación*, cit., p. 123.

[58] A. LLANO CIFUENTES, *Humanismo cívico*, 1999, Barcelona, p. 124.

En América del Sur y en Europa el valor de la persona, de su actividad y de sus bienes tiende a ser reducida a la dimensión económica, y, en esa misma medida, se le despoja de su valor intrínseco, convirtiéndolo, más bien, en referencial respecto a su capacidad de crear riqueza. Las consecuencias de esta visión es debilitar los mecanismos de protección social para facilitar la producción de riqueza. De este modo, "el mercado ha estimulado nuevas formas de competencia entre los estados con el fin de atraer centros productivos de empresas extranjeras, adoptando diversas medidas, como una fiscalidad favorable y la falta de reglamentación del mundo del trabajo. Estos procesos han llevado a la *reducción de la red de seguridad social* a cambio de la búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global, con grave peligro para los derechos de los trabajadores, para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad en las tradicionales formas del Estado social" [(59)]. Inclusive, se ha denunciado que la globalización es "un proyecto histórico-social que opera según un *núcleo ideológico* introducido en la esfera internacional por los habitantes de las áreas más ricas y desarrolladas, que resultan ser los únicos beneficiados por la mundialización de la economía" [(60)]. No se trata de negarse al progreso pero sí de advertir que la calidad de vida no se puede medir sólo en términos del bienestar físico del individuo.

Probablemente, por estas razones, tanto el proceso de integración americano como el europeo han resaltado el objetivo de lograr el desarrollo social sin discriminaciones, en base a una convivencia pacífica y de solidaridad. Cito como ejemplo únicamente dos artículos de los respectivos instrumentos internacionales que son ilustrativos al respecto. Los países miembros de la CAN han declarado su compromiso para "contribuir a la construcción de un mundo solidario y respetuoso de la diversidad humana a partir de la promoción y protección de los derechos humanos, y en promover un desarrollo político, económico y social de sus países, que tenga como centro de referencia y fin último el bienestar del ser humano" (Preámbulo de la Carta Andina para la promoción y defensa de los derechos humanos). Por su parte los de la Unión Europea tienen como objetivo lograr el desarrollo sostenible de

---

[(59)] Bendicto XVI *Caritas in veritate Ubicado* en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html, 2009, p. 25.

[(60)] A. Llano Cifuentes, *Humanismo cívico*, cit., p. 124.

Europa, y combatir "la marginación 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. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros" (Constitución para Europa, Parte I, art. I.3.3).

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión, se encuentra en la segunda parte del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y se divide en cinco títulos: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia. El de Solidaridad recoge los siguientes derechos:

- Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa;
- Derecho de negociación y de acción colectiva,
- Derecho de acceso a los servicios de colocación;
- Protección en caso de despido injustificado;
- Condiciones de trabajo justas y equitativas;
- Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo;
- Vida familiar y vida profesional (medidas de conciliación);
- Seguridad social y ayuda social;
- Acceso a los servicios de interés económico general;
- Protección del medio ambiente;
- Protección de los consumidores.

De los once derechos que conforman esta enumeración, ocho de ellos se refieren a los trabajadores y sólo tres a los ciudadanos en general. En principio podría pensarse que siguen siendo derechos de segunda generación pero, tal como lo advierte la doctrina se trata de derechos de tercera generación, que son complementarios de los anteriores y "se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades" (*liberties´ pollution),* término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías" [(61)]. Se debe concordar este Capítulo con el anterior, denominado de Igualdad, en el que los países signatarios reafirman el compromiso por la no discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre

[(61)] A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 95.

hombre y mujeres, así como el respeto a los derechos de los menores, de las personas mayores y las discapacitadas.

Por su parte, la Carta Andina de la CAN bajo el título de Derecho al desarrollo consiga, entre otros, los siguientes en el art. 29:

– Mejorar progresivamente el bienestar social de la población andina, sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y con miras a la equitativa distribución de los beneficios de éste.
– La acción nacional y cooperación regional para eliminar los obstáculos al desarrollo y la lucha contra la pobreza, la pobreza extrema y la inequidad
– Lograr que: (a) Los organismos financieros internacionales y los países deudores contemplen mecanismos efectivos de alivio del servicio de la deuda externa, cuando así lo requiera la situación del país concernido y (b) Los países acreedores y deudores conciertan entendimientos para atender los impactos negativos que en determinadas circunstancias pudiera derivarse del servicio de la deuda externa en el derecho al desarrollo.
– La importancia de la preservación y protección del medio ambiente y de su utilización adecuada como factor de desarrollo sostenible, especialmente en lo relativo a la vinculación deuda externa-medio ambiente.

Y, a continuación reafirman el compromiso de lograr la consolidación de la unidad nacional de cada país sobre la base de la diversidad de sus sociedades y de promover programas a favor de la interculturalidad, entendida ésta como la preservación y desarrollo de las identidades ancestrales de pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes. Asimismo, califican como grupos que merecen especial protección los formados por mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, los migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos personas privadas de la libertad, así como los refugiados y apátridas (arts. 42 a 59).

En paralelo a esta tercera generación de derechos el poder político surge ya no sólo como un Estado de derecho y social, sino también, constitucional. Recibe este calificativo por que "consagra la primacía de la constitución, la reserva de la constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional" y constituye "el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía

de los derechos de la tercera generación" [62]. La razón de esta conectividad es que nos encontramos ante un nuevo pacto social orientado a garantizar la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente y la libertad informática, que son fundamentales para una sociedad auténticamente democrática [63]. Se puede concluir, entonces, que las distintas formas de Estado de derecho no han sido el resultado de elaboraciones doctrinales sino "la respuesta histórica a determinados problemas y demandas de la sociedad política. Los derechos humanos, en su dimensión de aspiraciones y necesidades básicas, representan, en definitiva, el horizonte teleológico de valores que los tres tipos históricos de Estado de derecho se han propuesta garantizar" [64].

Esta visión de los derechos y de la acción que compete a los poderes públicos se ha plasmado en los acuerdos de integración, en los que los países signatarios se comprometen a proteger y promover las tres generaciones de derechos, con un fuerte acento en los derechos humanos fundamentales y en unos principios hermenéuticos comunes: respeto a la dignidad, igualdad. no discriminación y tolerancia.

Podemos concluir este apartado poniendo de manifiesto que los derechos de tercera generación comparten con los derechos sociales la característica de tener una titularidad colectiva, porque afectan intereses o bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete su tutela y el ejercicio de su defensa. Asimismo, presuponen un *ethos* solidario-redistributivo, porque sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de cooperación y sacrificio de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática [65]. Lo decisivo no es ya ni el mercado ni

---

[62] A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit. p. 97.

[63] Cfr. A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit., p. 98, y ver también la relación de juristas que apoyan esta tesis.

[64] A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, Bogotá, pp. 97-98.

[65] Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 123 quien comparte la tesis de Pérez Luño, Antonio-Enrique.

el Estado, sino la responsabilidad personal y social, donde la solidaridad se opone a una concepción voluntarista e individualista y defiende los derechos de los que no son actualmente conscientes y libres, como es el caso de los niños y de las futuras generaciones [66].

6. — *Los cánones de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de solidaridad en los procesos de integración.*

Como ya hemos comentado, existen cuatro principios basilares que deben informar la interpretación y la aplicación de los derechos individuales en los procesos de integración para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y promover el desarrollo humano en relaciones de paz y solidaridad. Ellos son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia. Desarrollaremos a continuación, brevemente, cada uno de ellos.

6.1 – *Respeto a la dignidad humana.*

La centralidad del respeto a la dignidad para lograr un proyecto común de desarrollo social y económico exige definir qué se entiende por dignidad y qué consecuencias tiene este deber de respeto en las relaciones humanas. La definición de la dignidad y de los derechos inherentes a la naturaleza humana deben realizarse, tal como los firmantes del Tratado de la Constitución Europea y los de la Carta Andina la Promoción y Protección de los Derechos Humanos han precisado, a la luz de la herencia cultural de los países miembros, que es la que les confiere raíces axiológicas comunes dentro de la diversidad de los pueblos que forman los bloques de integración europea y americana.

Afirmar la dignidad de la persona implica un juicio sobre el valor del modo de ser y de actuar del ser humano. Se ha afirmado que no existe "prácticamente ningún otro concepto jurídico que sea tan difícil de aprehender,

[66] Cfr. Ballesteros, *Ecologismo personalista*, Madrid, 1995, pp. 86-87.

desde un punto de vista jurídico, como el de la dignidad humana" [67]. La dificultad procede de su carácter *axiomático* [68], que hace referencia a una cualidad indefinible y simple del ser humano [69], cuyo modo de *ser* es particularmente elevado o intenso por su capacidad de obrar libre y racionalmente.

La inteligencia es una potencia no sujeta necesariamente a los procesos de la naturaleza física, que permite elegir la conducta a seguir para satisfacer las necesidades, superando el recurso a la violencia, propio de los seres inferiores. Alcanzar esa madurez humana exige una educación ya que "aunque nacemos hombres, tenemos que aprender a ser humanos" [70]. La racionalidad y la libertad son características del obrar humano y una manifestación de su dignidad, pero no el índice que permite diferenciar entre individuos con o sin dignidad [71]. Ya que, de aceptar este baremo, la dignidad humana dejaría de ser un atributo que pertenece a todos los individuos de la familia humana y se abriría la puerta a una discriminación incompatible con el hecho de que los seres humanos nacemos libres e iguales, que es un principio del que parten los procesos de integración.

Hay unanimidad en la doctrina para reconocer que el concepto de dignidad de la persona se origina en una visión trascendente de la vida, más en concreto, en el cristianismo que enseña que el hombre ha sido creado a

---

[67] STIX-HACKL, "Conclusiones de la Abogado General en el asunto C-36/02", ap. 74. En el mismo sentido Benda concluye que "quien quiera definir qué es la dignidad no puede por menos de referise a aquello que distingue la naturaleza específica del hombre". (E. BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad* (Antonio López Pina, Trans.) *Manual de Derecho Constitucional* (2a ed., pp. 117-144), Madrid, 2001 p. 124.

[68] "Un axioma, una *dignitas* no es definible, no es demostrable (..) es más bien el principio de la demostración", A. M. GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad*, 1996, Pamplona, p. 45. Sobre el carácter axiomático de la dignidad, ver también J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (2a ed.), 1995, Pamplona, p. 449.

[69] Cfr. R. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana,* en *Persona y Derecho*(19), 1988, p. 16.

[70] A. M. GONZÁLEZ, L*a dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, 2004, Pamplona, p. 39.

[71] "Caracterizar la dignidad humana en términos de autonomía no pasa de ser una verdad o un error filosóficos si no pretende constituirse, a la vez, en criterio para determinar quién es un ser humano y quién no lo es, es decir, en criterio para el reconocimiento de la humanidad y de los derechos". P. SERNA BERMÚDEZ, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, en C.I. MASSINI Y P. SERNA (Ed.), en *El derecho a la vida*, 1998, Pamplona, pp. 44.

imagen y semejanza de Dios" [72]. Es una idea metafísico-religiosa [73], originada en la Teología católica que profundizó en el concepto de persona en Dios y en el ser humano, en cuanto creado a su imagen y semejanza [74]. Y es precisamente la densidad de la *presencia divina* lo que separa y divide lo sagrado de lo profano, imprimiéndole un cierto matiz de excepción y, sobre todo, de respeto [75], que lo convierte en una *res sacra* [76], solidariamente unido a los demás miembros de su especie, por la común vocación originaria. Por eso puede afirmarse que la dignidad del ser humano es "un trasunto de la dignidad de su origen" [77].

Para delimitar el contenido de la dignidad humana, y en consecuencia,

---

[72] E. Benda, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en. A. López Pina (Trans.), *Manual de Derecho Constitucional* (2a ed.), Madrid, 2001, p. 117.

[73] Cfr. R. Spaemann, *Sobre el concepto de dignidad humana,* en *Persona y Derecho*(19), 1988, p. 33. Ver también P. Serna Bermúdez, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, 1990, Pamplona, p. 373.

[74] "La traducción de que el hombre es imagen de Dios a la idea de una igual dignidad de todos los hombres que hay que respetar incondicionalmente es una de esas traducciones salvadoras (que salvan el contenido religioso traduciéndolo a filosofía). Es una de esas traducciones que, allende los límites de una determinada comunidad religiosa, abre el contenido de los conceptos bíblicos al público universal de quienes profesan otras creencias o de quienes simplemente no son creyentes", J. Habermas, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal,* paper presented at the *Tarde de discusión*, 2004, Munich.

[75] Cfr. J. Pieper, *¿Qué significa "sagrado"? Un intento de clarificación*, 1990, Madrid, p. 21. En la fe cristiana reconocer "la imagen de Dios" en los demás exige, por tanto, promover una vida acorde con esa dignidad, que sólo se consigue en base al "respeto de los derechos y de las necesidades de todos, especialmente de los pobres, los marginados y los indefensos". (Benedicto XVI, *Deus caritas est*, Madrid, 2006. p. n. 30)

[76] Cfr. P. Serna Bermúdez, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, cit., p. 67.

[77] A. Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, 1976, Madrid, p. 101. Precisa este autor, que "la dignidad de la persona humana, justo por ser radicalmente teocéntrica, es, también de una manera radical, exigencia de libertad. Lo que el propio origen trascendente de la facticidad del libre albedrío humano ha querido al querer este libre albedrío es que en efecto sea libre. La misma facticidad de la libertad humana es "voluntad de Dios'y, por ende, no una falsa voluntad, ni tampoco una mera veleidad que juega consigo misma. (…) La libertad fundante que dialoga con la libertad fundada no es un «genio maligno», que me engañe con la falsa apariencia de mi libertad. La posibilidad del ateísmo es la imposibilidad de tal engaño. El ateo testifica, a su manera, la sinceridad de la volición divina del libre albedrío humano".

aquellos derechos que son irrenunciables, es necesario realizar un juicio moral, que remite a una antropología, a una concepción del hombre [78]. Y, en este caso, precisamente por tratarse de una cuestión jurídica de máxima importancia para la vida social es necesario realizar una opción moral, aún cuando la Moral y el Derecho no se identifiquen [79]. Lo cual a su vez, remite a la importancia de las religiones en la construcción del *ethos* social. En armonía con la tradición cultural y espiritual de los países que forman los bloques de integración de la Unión Europea y de la Comunidad Andina deben realizar esa opción en base a sus raíces cristianas, que proclaman la igual dignidad y el deber de normar la convivencia civil por la justicia y la solidaridad.

6.2. – *Igualdad y no discriminación*.

La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación [80]. Ahora precisamos que también son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, "el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada" **[81]**. Por tanto, la correcta aplicación del Derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde*. Por

[78] Cfr. A. Ollero, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, 2005, Pamplona, p. 59.

[79] "La moral pretende hacer al hombre lo más perfecto posible; por tanto es maximalista en sus exigencias. El derecho se conforma con que los hombres convivan humanamente", A. Ollero, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, cit., p.28.

[80] Cfr. Apartado 1 ut supra.

[81] Exp. 05652-2007-PA/TC, f.j. 19.

tanto, no equivale a *uniformizar* sino a *discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad*[82]. De allí que la igualdad – exigida por la justicia – imponga tratar "igual a los iguales" y "desigual a los desiguales".

Hemos demostrado que los derechos sociales se ordenan a lograr la igualdad material, que no implica un igualitarismo [83]. Este criterio debe también aplicarse a las relaciones entre los distintos individuos y en particular en las relaciones entre varón y mujer porque "si la mujer cumple con una función natural propia – la de la maternidad-, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo" [84].

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de éste. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Sólo cuando se acepte – en la práctica – que "la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser *su correspondencia perfecta*" y que "la mujer es otro tipo de "yo" en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer" [85], la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el "genio femenino", que se ha sintetizado como "la capacidad para acoger, para atender al hom-

---

[82] "Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente – pero *proporcional,* esta es la clave- en lo que son diferentes J. Hervada, J. Andrés Muñoz, *Guía de los estudios universitarios. Derecho*, Pamplona, 1984, p. 146.

[83] Cfr. n. 2 ut supra.

[84] L. Pacheco Zerga, *La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano*, en *Gaceta Jurídica*(120), 2003, p. 19.

[85] Juan Pablo II (1999, 15.IX.12). Compromiso por la promoción de la mujer. *Audiencia general, 24 de noviembre de 1999* Obtenido el 30.I., 2012, de http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html JUAN PABLO II, (1999, 6.VIII) *El esplendor de la verdad,* Carta encíclica. Obtenida el 30.VI.12 de http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html

bre, para generar la vida" [86], que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

Finalmente, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer se acepta que los Estados puedan "aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades" [87]. En esta línea se considera que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa". Esta acción estatal debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. Por eso, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia sólo por razones históricas, sin tener en cuenta la calificación de la candidata. Cuestión distinta es, si en igualdad de méritos entre varones y mujeres, se prefiere a estas últimas a fin de corregir la discriminación histórica. Lo contrario – elegir a una mujer sólo por el hecho de serlo, aún cuando tenga menor preparación o méritos que un varón – crea una nueva discriminación injusta, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones de equidad es factible lograr la justicia y con ella el desarrollo y la paz social.

6.3 – *Tolerancia.*

La democracia y la tolerancia deberían ser dos caras de la misma moneda, pero no siempre es así. La historia enseña lo que ocurre cuando las instituciones democráticas se reducen a los aspectos formales: se les priva de su auténtico sentido y se convierten en intolerantes y vejatorias de los dere-

---

[86] Juan Pablo Ii (1999, 15.IX.12). Compromiso por la promoción de la mujer. *Audiencia general, 24 de noviembre de 1999* Obtenido el 30.I., 2012, cit.

[87] CEDM, art. 4º.

chos de los más débiles. Uno de los ejemplos más patéticos es el Hitler, que llegó al poder democráticamente y fueron el Parlamento y los organismos del Estado los que ejecutaron unas leyes promulgadas en nombre de la democracia. Esa experiencia del siglo pasado, y otras más recientes, confirman que cuando la verdad sobre el ser humano es sustituida por un consenso que niega la existencia de una realidad anterior a la norma positiva, que es la que funda el orden jurídico y la dignidad de la persona, se da carta de ciudadanía a un individualismo que proyecta "órbitas de arbitrariedad", poco respetuosas de lo auténticamente humano [88]. De allí la importancia de precisar el contenido de la tolerancia para lograr una verdadera integración social.

La tolerancia hace referencia a situaciones de excepción, como puede ser la objeción de conciencia, pero no a la promoción de derechos. En sentido estricto, el mal y el error se toleran, mientras que el bien y la verdad, requieren una adhesión personal [89]. Por eso, dentro del dualismo teórico verdad-error, la tolerancia supone "dejar en suspenso una exigencia ética que se considera objetivamente razonable, en razón de la dignidad subjetiva del discrepante al que no duda en considerar errado" [90].

Por tanto, en temas de derechos humanos no cabe hablar de tolerancia sino de justicia: de dar a cada quien lo *suyo*. Dar lo *suyo* a los demás equivale a *reconocer* que *el otro* aspira y tiene derechos a los mismos bienes a los que aspiro *yo,* bienes que no se fijan arbitrariamente, sino que responden a una naturaleza determinada [91].

La intolerancia, en cambio, lleva a adoptar actitudes dogmáticas y fundamentalistas, en nombre de una ideología científica o religiosa, por las que se imponen a los demás los concepto de verdad y bien, así como su proyección práctica en la vida social. Lo cual es distinto a tener convicciones, que son fundamentales para defender la democracia y progresar en la protección de los derechos humanos. A la vez, el convencimiento de la verdad de esas

---

[88] A. Ollero, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, p. 199.

[89] Un estudio en profundidad del tema en F. Ocáriz, *Delimitación del concepto de tolerancia*, en *Scripta Tehologica*(27), 1995, p. 865-884.

[90] A. Ollero, *Tolerancia y verdad*, en *Scripta Tehologica*(27), 1995, p. 897.

[91] Sobre los equívocos de la "falacia naturalista" y de la congruencia de poder deducir el *deber ser*, a partir de la experiencia de las necesidades humanas ver, por todos, (Pérez Luño, 2005, pp. 183-184,)

convicciones no puede llevar a imponerlas por la fuerza, sino a *exponerlas*, para que *el esplendor de esas verdades* [92] penetre la conciencia de los individuos y configure así una sociedad auténticamente plural y solidaria [93].

En definitiva, todos tenemos convicciones, pero no se puede tener convicciones y, a la vez, negar a los demás el derecho a tenerlas, porque equivaldría a negar *la igual dignidad*. Tener convicciones no es señal de intolerancia sino de compromiso personal con la verdad [94], que lleva, precisamente, a tolerar el error por respeto a la dignidad del equivocado. En cambio, elevar la tolerancia a valor supremo, sustituyéndola por el compromiso con la verdad y con el de las convicciones personales, desemboca en el dogma intolerante del relativismo, que pone a la sociedad por debajo de los mínimos exigidos para una convivencia propiamente humana [95].

Un ejemplo de cómo la invocación al respeto a la dignidad puede hacer perder de vista los derechos auténticamente humanos es la pretensión de establecer el derecho a morir, inclusive cuando no le sea posible al interesado quitarse la vida por estar privado de fuerzas para hacerlo. En estos casos, se dice, existiría el deber de quitársela, por respeto a la dignidad. Analizar este

---

[92] Para profundizar sobre el resplandor de la verdad remito a

[93] Uno de los más notables filósofos contemporáneos, ha afirmado que "la comprensión de la tolerancia por parte de las sociedades pluralistas articuladas por una constitución liberal, no solamente exige de los creyentes que en el trato con los no creyentes y con los que creen de otra manera se hagan a la evidencia de que razonablemente habrán de contar con la persistencia indefinida de un disenso: sino que por el otro lado, en el marco de una cultura política liberal también se exige de los no creyentes que se hagan asimismo a esa evidencia en el trato con los creyentes", J. HABERMAS, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal,* paper presented at the *Tarde de discusión*, 2004, Munich.

[94] "Todos valoramos, pero los relativistas occidentales enseguida ponen su valoraciones entre paréntesis. Y lo que permanece fuera del paréntesis es precisamente el relativismo, que confunden con la tolerancia y mediante este truco lo proclaman como valor supremo. Pero dado que al que tiene determinadas convicciones (…) se le considera intolerante y puesto que con la intolerancia no parece haber tolerancia, el postulado de tolerancia se anula a si mismo. Sólo es válido en un contexto relativista", R. SPAEMANN, *Comunidad de valores u orden jurídico*, en *Europa: ¿Comunidad de valores u ordenamiento jurídico?*, 2004, Madrid, p. 27.

[95] "El derecho no es sólo un dique infranqueable sino cauce para el tráfico social. El juego del derecho obliga a trazar fronteras concéntricas (lo inconstitucional, lo punible, lo legalmente sancionado) cuya delimitación va acompañada de inevitables juicios éticos sin neutralidad posible", A. OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, 1991, Madrid, p. 105.

supuesto exige tratar cuestiones metajurídicas, pero que son las que estructuran y fundamentan el derecho, como es el sentido de la vida y del dolor. El dolor es una realidad misteriosa que el sentido trascendente de la vida, desde una perspectiva cristiana permite enriquecer a quien lo sufre, además de estrechar los lazos de afecto y solidaridad que mueven a aliviar los sufrimientos ajenos, a ayudar al enfermo a encontrar el sentido y la utilidad de su propia vida y no a suprimirla. Por el contrario, tergiversar el sentido de la piedad al punto de que sea un justificante para privar a otro ser humano de la vida, como si fuéramos dueños de ella, lleva a la descomposición social pues la naturaleza y la relación entre las personas ha dejado de tener un rostro legible y normativo para la convivencia humana.

7. — *Conclusiones.*

-El crecimiento económico por sí solo no se traduce automáticamente en el progreso del desarrollo humano. Son necesarias políticas a favor de los pobres e inversiones significativas en las capacidades de las personas (mediante un enfoque en educación, nutrición, salud y habilidades de empleo) para así poder expandir el acceso al trabajo digno y brindar un progreso sostenido a las naciones.

-Los derechos humanos son exigencias de justicia que devienen de las necesidades y de los bienes propios de la dignidad de los seres humanos. No son simples preferencias ni elecciones arbitrarias sino conductas necesarias que responden a la naturaleza y al modo de ser propio de seres dotados de potencias físicas y espirituales. Son verdaderos derechos, porque responden a un ajustamiento de la conducta que tiene en cuenta las exigencias de los otros, de acuerdo con un criterio de reciprocidad por la igual dignidad.

-Los derechos humanos de *primera generación* son los civiles y políticos reconocidos a las élites del Antiguo Régimen, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), pretendió extender a todos los ciudadanos. Se denomina *liberales* y tienen como prototipo al sujeto varón, propietario y burgués, que excluye de su goce a quienes por su condición física (mujeres, niños, ancianos), por su condición social (no ser noble, ni pertenecer a la burguesía, al clero o al ejército), o por su posición social de

vulnerabilidad y fragilidad no poseen la titularidad, el ejercicio y el goce de dichos derechos.

-El Estado liberal centró su actividad en garantizar las esferas de libertad de sus ciudadanos con el menor intervencionismo posible. El derecho que se toma como modelo o patrón es el de la propiedad, de tal modo que el uso y disfrute se hace como si se fuese propietario y sin tener que dar cuenta a los demás. Rigen los principios de dejar hacer para el Estado y de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares.

-Los derechos de *primera generación* se caracterizan porque: *a)* son de titularidad individual y de carácter absoluto, ya que se predican del ser humano en abstracto, sin tener en cuenta sus circunstancias concretas y reales. b*)* son derechos de autonomía porque establecen límites a la actuación estatal en una doble vertiente: del Estado hacia el particular y del Estado en las relaciones entre los particulares. *c)* Su fundamento es la libertad en su vertiente negativa (ausencia de obligaciones) y positiva (participación en determinados ámbitos sociales y políticos), pero con particular énfasis en el primer aspecto. d*)* No implica mayores gastos para el Estado, pues no se trata de promocionar los derechos sino de permitir que se ejerzan.

-Después de la Segunda Guerra Mundial se supera el agnosticismo axiológico y el formalismo positivista y se impone al Estado realizar determinados fines materiales para contribuir a la reforma social, a una más justa distribución de la riqueza que logre la justicia social en la convivencia. El poder político se convierte en un Estado social de derecho, en el que se requiere su presencia activa y comprometida para corregir las desigualdades sociales y lograr una igualdad material y no sólo formal.

-Los derechos de segunda generación o sociales son de prestación y de participación. Tienen una doble función: limitan la autonomía del mercado, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores, y corrigen los resultados desigualitarios de la distribución de recursos que realiza el mercado, mediante un sistema de prestaciones y servicios públicos que deben garantizar las necesidades básicas. Los principales son: derecho al trabajo, a la familia, vivienda, salud, seguridad social y educación. No se agostan en un bienestar biológico sino que exigen las condiciones necesarias para alcanzar una vida plenamen-

te humana, que comprende el desarrollo de las potencias espirituales.

-Los derechos de tercera generación son complementarios de los anteriores y se presentan como una respuesta al fenómeno de la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. Surgen, lo mismo que el Estado constitucional, por un nuevo pacto social orientado a garantizar la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente, así como de la garantía de la libertad informática, que exigen el consenso de los ciudadanos y de los poderes públicos para que la sociedad sea auténticamente democrática. Se denominan de *desarrollo* en la CAN y de *solidaridad* en la UE.

-Se caracterizan por tener una titularidad colectiva porque afectan intereses o bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete su tutela y el ejercicio de su defensa. Presuponen un *ethos* solidario-redistributivo, porque sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de cooperación y sacrificio de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática. Lo decisivo no es ya ni el mercado ni el Estado, sino la responsabilidad personal y social, donde la solidaridad se opone a una concepción voluntarista e individualista y defiende los derechos de los que no son actualmente conscientes y libres, como de los más débiles y de las futuras generaciones.

-Tanto los países de la CAN como los de la Unión Europea han hecho referencia explícita al deber de evitar cualquier forma de discriminación y de promover la tutela de grupos considerados más vulnerables, entre los que se cuentan: mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, los migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos personas privadas de la libertad, así como los refugiados y apátridas.

-Existen cuatro principios basilares que deben informar la interpretación y la aplicación de los derechos individuales en los procesos de integración para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y la promoción del desarrollo humano en relaciones de paz y solidaridad. Ellos son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia.

-La definición de la dignidad y de los derechos inherentes a la naturaleza humana deben realizarse, tal como los firmantes del Tratado de la Constitución Europea y los de la Carta Andina la Promoción y Protección de los Derechos Humanos han precisado, a la luz de la herencia cultural de los países miembros, que es la que les confiere raíces axiológicas comunes dentro de la diversidad de los pueblos que forman los bloques de integración europea y americana.

-Afirmar la dignidad de la persona implica un juicio sobre el valor del modo de ser y de actuar del ser humano, cuyo modo de *ser* es particularmente elevado o intenso por su capacidad de obrar libre y racionalmente. La racionalidad y la libertad son características del obrar humano y una manifestación de su dignidad, pero no el índice que permite diferenciar entre individuos con o sin dignidad. Ya que, de aceptar este baremo, la dignidad humana dejaría de ser un atributo que pertenece a todos los individuos de la familia humana y se abriría la puerta a una discriminación incompatible con el hecho de que los seres humanos nacemos libres e iguales, que es un principio del que parten los procesos de integración.

-Hay unanimidad en la doctrina para reconocer que el concepto de dignidad de la persona se origina en la visión trascendente de la vida propia del cristianismo, que enseña que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Es una idea metafísico-religiosa, originada en la Teología católica que profundizó en el concepto de persona en Dios y en el ser humano, en cuanto creado a su imagen y semejanza. Y es precisamente la densidad de la *presencia divina* lo que separa y divide lo sagrado de lo profano, imprimiéndole un cierto matiz de excepción y, sobre todo, de respeto, que lo convierte en una *res sacra*, solidariamente unido a los demás miembros de su especie, por la común vocación originaria. Por eso puede afirmarse que la dignidad del ser humano es un trasunto de la dignidad de su origen.

-La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación. La correcta aplicación del Derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde.* Por tanto, no equivale a *uniformiza*r sino a *discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad.* De allí que la

igualdad – exigida por la justicia – imponga tratar "igual a los iguales" y "desigual a los desiguales". En las relaciones varón y mujer ha de haber igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

-La tolerancia hace referencia a situaciones de excepción, como puede ser la objeción de conciencia, pero no a la promoción de derechos. En sentido estricto, el mal y el error se toleran, mientras que el bien y la verdad, requieren una adhesión personal. Por tanto, en temas de derechos humanos no cabe hablar de tolerancia sino de justicia: de dar a cada quien lo *suyo*. Dar lo *suyo* a los demás equivale a *reconocer* que *el otro* aspira y tiene derechos a los mismos bienes a los que aspiro *yo,* bienes que no se fijan arbitrariamente, sino que responden a una naturaleza determinada.

-La auténtica tolerancia exige tener convicciones, que no se imponen, sino que se exponen para que sea la fuerza de verdad de esas convicciones la que penetre la conciencia social de los individuos. Tener convicciones no es señal de intolerancia sino de compromiso personal con la verdad, que lleva, a tolerar el error, por respeto a la dignidad del equivocado. En cambio, cuando la tolerancia se eleva a valor supremo y se la sustituye por el compromiso con la verdad y con el de las convicciones personales, se incurre en el dogma intolerante del relativismo, que pone a la sociedad por debajo de los mínimos exigidos para una convivencia propiamente humana.

Iliana Rodríguez Santibáñez(*)

LAS PATENTES EN MEDICINA Y SU VÍNCULO CON EL DERECHO A LA SALUD COMO UN DERECHO HUMANO INTEGRAL

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Del origen de la propiedad al concepto de la propiedad industrial. — 3. El régimen jurídico de las patentes en el ámbito internacional. — 4. Disposiciones internacionales que generan correlación del binomio propiedad industrial y derechos humanos en la sociedad del conocimiento. — 5. La diferencia de criterios entre países desarrollados y menos desarrollados. — 6. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

En años recientes se ha incrementado el número de invenciones en el mundo, producto de la necesidad de competitividad de los mercados globales, que han retomado la productividad a partir de las innovaciones, dejando poco a poco aquellas viejas políticas de países en desarrollo distantes de la armonización entre la estructura de gobierno, la estructura científico tecnológica y la estructura productiva (1) que en muchas ocasiones no solo no promueve la innovación, sino que además carece de importaciones de tecnología o recurre a la compra de tecnología obsoleta o en paquetes sin contratar la asistencia técnica adecuada. La competitividad en mancuerna de la tecnología, implica un empoderamiento de la industria, que se origina de este binomio a través de la propiedad industrial, en particular de las patentes que en el campo farmacéutico no pueden crear escenarios de desarrollo para los sistemas de salud, al no lograr cubrir la demanda de médicos y pacientes en determinados medicamentos por lo excesivo de su costo.

Esta paradoja impacta directamente en la calidad de vida de las personas

(*) Tecnológico de Monterrey Campus México.

(1) Sábato, J. y N. Botana, *La Ciencia y la Tecnología en el Desarrollo Futuro de América Latina*, 1967. Disponible en: http://respaldo.fcs.edu.uy/enz/licenciaturas/sociologia/cts/Sabato-Botana.pdf *consultado el 24 de febrero de 2012.*

fundamentalmente protegidas a través de diversos instrumentos internacionales elevando el acceso a la salud en un derecho humano, como se desprende de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y por la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986.

Los descubrimientos en el campo de la ciencia son atraídos evidentemente de manera inmediata por la industria farmacéutica pues es en esta donde mayor investigación existe orientada a la innovación atractiva de las grandes inversiones. En México por ejemplo, este sector de acuerdo a la Cámara Nacional de la Industria farmacéutica (CANIFARMA) se considera como uno de los principales mercados de insumos para la salud en el mundo, catalogada como una industria sólida y altamente competitiva a nivel regional. La CANIFARMA que representa a 173 laboratorios que producen el 90% del PIB farmacéutico en México, señala que el valor del mercado farmacéutico en nuestro país representa poco más del 7.8% del PIB manufacturero y alrededor del 1.3% del PIB total [(2)].

Aún y con todas estas cifras, surge el antagonismo entre el empoderamiento de esta industria y el acceso a la salud que es un Derecho Humano que promueve el Estado. En México se creo bajo el sexenio del Presidente Felipe Calderón Hinojosa el *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 que* propuso en materia de salud; la universalidad en el acceso a servicios médicos de calidad a través de una integración funcional y programática de las instituciones públicas bajo la rectoría de la Secretaría de Salud mediante cinco ejes orientados a la obtención política social como lo son; 1) mejorar las condiciones de salud de la población; 2) brindar servicios de salud eficientes, con calidad, calidez y seguridad para el paciente; 3) reducir las desigualdades en salud mediante intervenciones focalizadas en comunidades marginadas y grupos vulnerables; 4) evitar el empobrecimiento de la población por motivos de salud mediante el aseguramiento médico universal, y 5) garantizar que la salud contribuya a la superación de la pobreza y al desarrollo humano

[(2)] Datos Económicos Agregados de la Industria Farmacéutica en: http://www.canifarma.org.mx/01_datosEco.html consultado el 10 de mayo del 2012.

en México [3]. Como se observa la carga queda en el Estado, la contradicción en el estado liberal es precisamente éste, por un lado su adelgazamiento, mientras que en el otro mantiene políticas paternalistas que no involucran lo suficiente el quehacer de los particulares mediante políticas públicas promotoras de una verdadera justicia distributiva que mantenga el respeto a los derechos derivados de la propiedad industrial en este caso el de las patentes, pero incentivando a la vez su alcance en el derecho a la salud de la población.

Con lo anterior se rompe la premisa del modelo teórico del "triangulo de Sabato" [4], donde los principales actores son el gobierno, el sistema productivo y la academia, el gobierno teniendo el cargo de administrar los esfuerzos de la comunidad científica y tecnológica para responder a las necesidades de la industria no se vincula lo suficiente con el resto de sectores involucrados, privilegiando la explotación de patentes sin buscar el equilibrio entre ésta y su alcance en materia de salud. Pues sin duda el incentivo económico promueve la investigación en ciencia y tecnología en el sector privado, su abolición desincentivaría ésta y en consecuencia el deterioro en la salud como parte integral de la política pública del estado como garante del derecho humano a la salud. En este caso, las organizaciones e instituciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Indus-

[3] Secretaría de Salud "Programa Nacional de Salud 2007-2012.Por un México sano: Construyendo alianzas para una mejor salud" en: http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/programas/pns_version_completa.pdf consultado el 12 de diciembre del 2011.

[4] En materia de "Ciencia, Tecnología y Sociedad" existe literatura desde la década de los sesenta siendo hoy propiamente una disciplina científica, para su desarrollo han surgido teóricos en la construcción de una política científica como Marcos Kaplan quien en los ochentas definiría ésta como un conjunto de medidas o decisiones, intervenciones o actividades que realizan distintas instituciones de una sociedad determinada y cuyo objetivo principal y último es favorecer, estimular o inhibir el progreso de la investigación como la aplicación de productos con fines socioeconómicos, políticos, culturales o militares, delimitando qué, quiénes y para qué. En esta definición Kaplan se remonta a las ideas de Joseph Sabato y su teoría del "triangulo de desarrollo" bautizada con posterioridad como teoría de la "triple hélice" por Henry Etzkowitz que precisamente vincula al gobierno, las universidades y la industria a través de la inversión en este campo, específicamente en la investigación científica y el desarrollo tecnológico que son generadores de ganancia y cambios en diverso ordenes sin duda alguna como establecería luego en La Tercera Ola Alvin Toffler, en relación a la transferencia del poder y la sociedad del conocimiento como se conoce en actualidad a través del valor de la información que se posee.

trial (OMPI) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), realizan esfuerzos para crear un marco normativo internacional que de certidumbre no solo en el tema de la propiedad industrial, sino en el estándar de vida de las personas [5].

El interés del presente trabajo es establecer el origen de la propiedad industrial y el vínculo que nace entre patentes médicas y el derecho a la salud como un derecho humano, para luego analizar las posturas divergentes en la materia desde la perspectiva del derecho internacional que busca conciliarlas no sólo a través de tratados, sino a través del andamiaje de las organizaciones internacionales y las declaraciones que de este ámbito emanan, a fin de encontrar el equilibrio de posturas que generen beneficios a la humanidad.

Destacan en este estudio, dos conceptos fundamentales como lo son los Derechos Humanos y las invenciones a través de la patentes como generadoras de cambio sustancial en la forma de vida de los ciudadanos, considerando el ámbito internacional para desde ahí desarrollar la regulación que luego adopten los estados, cada vez más orientados hacia la llamada *sociedad del conocimiento*.

El referente teórico parte en principio de la sociedad del conocimiento como aquella que parte del quehacer estratégico que tiene el conocimiento científico en una economía basada en la información y el conocimiento [6] típicos de la sociedad contemporánea [7], constituyendo una fuente de bienestar y de riqueza de la mayoría de los países más desarrollados que abandona cualquier aproximación filosófica de la antigua Grecia sobre la ciencia de manera contemplativa, hacia una interpretación de valor del conocimiento y sus aplicaciones prácticas a partir de la innovación científica, que se convierten en instrumento vital para el fomento del desarrollo económico y social,

---

[5] Puede abundarse en este tema a través del estudio del Índice de Desarrollo Humano (IDH) del PNUD.

[6] Cfr. M. Castells, P. Himanen, *The Information Society and the Welfare State. The Finnish Model*, Oxford, 2002, p.1 cita sobre el tema: "We are living in a time characterized by the rise of the information society in its diverse reality. The foundation of this society is informationalism, which means that the defining activities in all realms of human practice are based on information technology, organized (globally) in information networks, and centered around information (symbol) processing."

[7] Entendida como la posterior a la Segunda Guerra Mundial

para algunos autores considerado como el triángulo de la innovación [8].

Además de esta connotación de sociedad del conocimiento, se sigue en este trabajo la teoría de la interdependencia, para anclar el grado de vinculación de nuestro país en este tema, con respecto de nuestro mayor socio comercial e inversionista en la industria farmacéutica como lo es Estados Unidos.

2. — *Del origen de la propiedad al concepto de la propiedad industrial.*

Resulta necesario definir qué es *la propiedad* para determinar el origen y valor de una patente a través de un derecho que en este caso queda referido como de la Propiedad Industrial y la viabilidad de su transformación hacia un monopolio exclusivo de explotación regulado ampliamente por el Estado liberal, para garantizar suministros médicos que den mayor acceso a la salud y permitan la tutela efectiva de este derecho.

Si bien es cierto que una patente confiere derechos exclusivos de explotación reconocidos por el Estado, también es cierto que con ese reconocimiento, se obtiene el derecho a una ganancia legítima por los beneficios que derivan de ella, sea por una persona física, jurídica o moral.

La connotación de propiedad tiene entonces un impacto trascendental que se remonta a diferentes concepciones que nos permiten comprender por qué el Estado la regula.

Desde la obra de J.J. Rousseau de El Contrato Social, los individuos pierden su libertad natural [9], a cambio de una libertad civil limitada por la voluntad general, aún en la propiedad, pero no en el sentido físico de la posesión como se connota en el derecho civil, no como efecto del derecho que surge por el

---

[8] A. Pulido, E. Fontela, *Innovación y política científica*, p.36 consultado el 2 de abril del 2012 en http://www.antoniopulido.es/documentos/con050615.pdf

[9] Hay que recordar que desde el jusnaturalismo de la escuela hispana en el estudio del Derecho Internacional, con Francisco Vitoria, Francisco Suárez, Fernández de Menchaca y otros pensadores de la escuela del iusnaturalismo laico representado por Hugo Grocio, la libertad como la igualdad se desprenden inicialmente del derecho natural propio de los hombres y que en estas corrientes destaca una ley eterna que es infinita, perenne y perpetua; donde siendo el derecho natural inmutable en esencia, lo que cambia es el contenido por el cambio de las circunstancias que rodean al hombre.

simple hecho de ocupar algo por un lapso de tiempo determinado, sino entendida en términos de adquisición a través de un título legal [10].

La transición entre la sociedad feudal y la formación del Estado moderno en Europa está caracterizada – como todos los grandes procesos históricos – por la convergencia de factores económicos, políticos y sociales que alteraron las relaciones humanas y provocaron la paulatina delimitación de territorios donde el poder se centralizó y moldeó poco a poco una identidad nacional. La organización social fue profundamente afectada por el surgimiento de la burguesía y el debilitamiento de la figura del señor feudal. La organización política se consolida alrededor de la figura del monarca, legitimado por el derecho divino a gobernar, mientras el poder político de la Iglesia comienza a diluirse, particularmente frente a la Reforma de Lutero; la formación de los ejércitos nacionales refuerza la unidad territorial. En el plano económico, surge el concepto de la *propiedad individual* y con ello el liberalismo, transitando así del mercantilismo al capitalismo; las nuevas rutas comerciales, el desarrollo de las finanzas internacionales y el progreso tanto científico como tecnológico, transforman radicalmente el mercado de bienes y servicios en el mundo occidental [11].

Hoy la globalización en su naturaleza económica se mueve en el concepto de propiedad que surge del concepto de capital, pues es en el capitalismo donde adquiere su máxima expresión; la velocidad con que se pueden hacer transacciones de capital y su conducente transnacionalización impacta positiva o negativamente a una sociedad. La propiedad entonces se presenta necesariamente bajo una forma históricamente determinada, su forma es afectada por el modo dominante de la producción. Por ello para desentrañar su origen se debe remontar al pensamiento de Karl Marx, quien en el capítulo de *La acumulación originaria* de su máxima obra *El Capital*, expresa que "la acumulación originaria es aquella que no es resultado, sino punto de partida del régimen capitalista de producción" [12], mismo que definirá el concepto de propiedad.

---

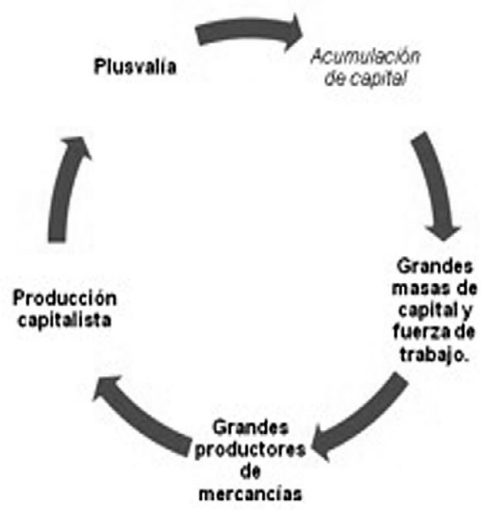
[10] En su obra Rousseau señala que el estado a través del contrato social, asegura a los particulares la legítima posesión de sus bienes, cambiando la usurpación en verdadero derecho y el goce en propiedad, sin que por ello se niegue la subordinación de ese bien al interés de la comunidad, pues de no ser así, no habría solidez en el ejercicio de la soberanía.

[11] C. Pierson, *The modern state,* Londres, 1996, p. 215.

[12] C. Marx, *La llamada acumulación originaria*, Capítulo XXIV de *El capital: Crítica de la economía política*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 607

Marx enuncia una teoría que establece un paralelismo entre la acumulación originaria y el pecado original para comenzar con sus argumentos. Según ésta, en las sociedades primitivas había un pequeño grupo de hombres que trabajaba y ahorraba en lo que conocemos como acumulación de la riqueza, mientras que el resto despilfarraba. Esto es lo que dio origen a las minorías ricas y a las mayorías pobres que prevalecen actualmente, lo que también marca el concepto de la división por élites y que en la actualidad sufren diversas categorizaciones no sólo por factores económicos sino de interés, por lo que para Marx la acumulación originaria no está libre de injusticias. Su mérito fue separar de los medios de producción al productor señalando que:

"El proceso que engendra el capitalismo sólo puede ser uno: el proceso de disociación entre el obrero y la propiedad sobre las condiciones de su trabajo, convirtiendo en capital los medios sociales de vida y de producción, y transformando a los productores directos en obreros asalariados. La llamada acumulación originaria no es, pues, más que el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción" [13]. La acumulación originaria es aquella que no es resultado, sino punto de partida del régimen capitalista de producción [14].



[13] C. Marx, *La llamada acumulación originaria*, p. 608.

[14] C. Marx, *La llamada acumulación originaria,* p. 607.

Para el siglo XIV ya no había servidumbre y la mayoría de la gente trabajaba libremente la tierra. Incluso a los jornaleros, que eran lo más parecido a un trabajador asalariado, se les daba casa y pequeñas porciones de tierra para cultivar, podían usar terrenos comunales.

En el último tercio del siglo XV la humanidad se alisto para la etapa capitalista con el *"licenciamiento de las huestes feudales",* las cuales provocaron el despojo de los campesinos de sus medios de subsistencia, convirtiéndolos en proletarios. Marx cita a Bacon entonces, para señalar que la ineficacia de las medidas políticas reside en el hecho de que "pusieron el arado en manos de propietarios y no de gentes a sueldo", por lo que no estaban en consonancia con las necesidades de un sistema capitalista.

La Reforma potenció este proceso de expropiación de la masa del pueblo; los moradores de la Iglesia fueron convertidos en proletarios; los labradores empobrecidos se vieron privados de su derecho a una porción del diezmo que les daba la Iglesia. Ante una situación de extrema pauperización, el gobierno inglés crea el impuesto de pobreza sin exponer sus motivos. "El patrimonio eclesiástico era el baluarte religioso detrás del cual se atrincheraba el viejo régimen de propiedad territorial. Al derrumbarse aquel, éste tampoco podría mantenerse en pie" [(15)].

Durante la restauración de la dinastía Estuardo, la usurpación continuó: los terratenientes abolieron el régimen feudal del suelo, "indemnizando" al Estado con los impuestos sobre los campesinos; dictaron también las *leyes de residencia*. La expropiación violenta por métodos crueles de productores directos promovió la llamada acumulación originaria del capital.

El siglo XVIII se diferencia de los anteriores porque es entonces cuando "la propia ley se convierte en vehículo de esta depredación de los bienes del pueblo" [(16)]. La concentración de la tierra, provoca que los campesinos expropiados tengan que trabajar para otros y recurrir al mercado para sobrevivir. La usurpación de los bienes comunales provoca que el sueldo de los obreros agrícolas caiga vertiginosamente. Los defensores del incipiente sistema argumentaban que este proceso motivaba la reasignación eficiente de los recursos, ya que la industria era la nueva mina de oro para el país. Marx

---

[(15)] C. Marx, *La llamada acumulación originaria*, cit., p. 615

[(16)] *Idem*, p. 616

señala que aparentemente estos economistas no dudaron en sacrificar el más alto de los derechos económicos, *el de la propiedad*, con tal de lograr establecer los cimientos del régimen capitalista.

El Estado sigue subsistiendo para conceder las bases de ingresos o salarios y el establecimiento legal de jornadas laborables, subsiste, sí pero dando servicio a quienes sustentan la propiedad de los medios de producción, que no son precisamente la clase trabajadora.

Después de la revolución agrícola a finales del siglo XV que favoreció al arrendatario y empobreció al campesino, permitiendo al primero usurpar pastos comunales, y con la depreciación en el siglo XVI de los metales preciosos que respaldaban la moneda, el costo de vida se elevó en exceso.

A pesar de que la tierra era cultivada por menor cantidad de personas, rendía igual o más que antes porque el trabajo se había organizado mejor, los métodos se perfeccionaron, los medios de producción se habían concentrado, etc. Los antiguos medios de subsistencia de los campesinos que habían sido expropiados se convierten en *capital variable*; ahora el campesino tenía que *comprar* para sobrevivir – creando el *mercado interior* –, y ello implicó trabajar para la industria.

Mirabeau [17] establece una clara diferencia entre las fábricas reunidas y las separadas; las primeras enriquecen a uno o dos empresarios, mientras que las segundas no enriquecen a alguien, pero proveen bienestar a gran cantidad de obreros, son más libres porque en ellas el obrero se siente más capaz de mejorar su situación. Así, la agricultura de subsistencia es desplazada; las materias primas que eran consumidas por las mismas familias que las elaboraban, pasan a ser mercancías vendidas por los dueños de los medios de producción en el mercado de manufacturas, un "*gran mercado atendido por el capital industrial*… sólo la destrucción de la industria doméstica rural puede dar al mercado interior de un país las proporciones y la firmeza que necesita el régimen capitalista de producción" [18].

El capitalista industrial se forma más rápidamente. Hubo maestros artesanos (e incluso obreros asalariados) que poco a poco explotaron trabajo

---

[17] H.G. R. Mirabeau, *De la Monarchie Prudienne,* t.III, pp. 20-109 ss, citado en C. Marx, *La llamada acumulación originaria*, cit., p. 635.

[18] *Ídem*, p. 636.

asalariado y acumularon capital, convirtiéndose en capitalistas.

El capital no es una cosa, sino la expresión de la relación social entre quien posee los medios de producción y la clase obrera que carece de ellos, subsistiendo mediante la venta de la mano de obra, de su fuerza de trabajo a los capitalistas que se enriquecen con ella, es pues la principal categoría económica del modo capitalista de producción, su valor trasciende en dinero, que es mercancía, que al comercializarse como toda mercancía, acrecienta en más dinero.

La Edad Media dio origen a dos formas de capital, el *capital usurario* y el *capital comercial* [19]. Este último el invertido en la esfera de la circulación, su función primordial es obtener ganancias mediante la compra y venta de mercancías. Este tipo de capital contribuyó en las relaciones monetario-mercantiles, al deterioro de los pequeños comerciantes o productores, y al fomento de la acumulación de enormes recursos en dinero en manos de unos cuantos, llamados por Marx y la historia marxista como *explotadore* lo que acelero la llegada del modo capitalista de producción.

El descubrimiento de América y grandes yacimientos mineros, los viajes a África para comerciar esclavos marcan el comienzo de la era de producción capitalista, son "*factores fundamentales* en el movimiento de la *acumulación originaria*" [20].

En el periodo manufacturero la deuda pública – o la enajenación del Estado – era la única parte "colectiva" de los recursos que fluían hacia los países; se dice que mientras más se endeuda un Estado, más rico es el pueblo: "El crédito público se convierte en el credo del capitalista." [21] Esta herramienta convierte dinero improductivo en capital sin exponerse a los riesgos de la inversión y la producción… esta deuda pública por un lado enriquece a los negociadores financieros, y también da origen a la bancocracia y a los corredores de bolsa. Los bancos se convirtieron en administradores del crédito comercial, y surge a su vez un sistema de crédito internacional, una de las fuentes de la acumulación originaria.

---

[19] *Idem*., p. 637.

[20] *Idem*., p. 638.

[21] H.G. R. Mirabeau, *De la Monarchie Prudienne,* t.III, pp. 20-109 ss, citado en C. Marx, *La llamada acumulación originaria*, cit., p. 641.

Los países europeos emplearon cuanto método encontraron para aumentar la acumulación de capital. Las ciudades inglesas crecieron gracias al comercio de esclavos africanos, y se jactan de ello: "Si el *dinero,* según Augier, 'nace con manchas naturales de sangre en un carrillo', el *capital* viene al mundo chorreando sangre y lodo por todos los poros, desde los pies a la cabeza" [22].

Marx concluye afirmando que la acumulación originaria se refiere entonces a "la expropiación del productor directo, o lo que es lo mismo, la destrucción de la propiedad privada basada en el trabajo" [23]. La propiedad privada tiene como condición la apropiación de los medios de producción por parte de un particular; antes ése particular era el que producía (ahora es el que no trabaja), formando la pequeña industria que contribuía a la producción social y a la independencia del trabajador, pues él fija las condiciones de su trabajo. Bajo este régimen los medios de producción están dispersos, no hay división de trabajo ni regulación social sobre la naturaleza, las fuerzas sociales productivas se desarrollan libremente [24].

Ésta es la historia del capital y sus métodos de apropiación; "La *propiedad privada fruto del propio trabajo* y basada, por así decirlo, en la compenetración del *obrero individual e independiente con sus condiciones de trabajo*, es devorada por la *propiedad privada capitalista*, basada en la explotación de trabajo ajeno, aunque formalmente libre" [25]. La propiedad confiere exclusividad para usar, gozar o disponer de un bien, y el capitalismo vino a exponer esto a través del concepto de trabajo, que para Marx se dividía en físico y abstracto, como sería en el último caso el origen de las patentes como resultado del proceso creativo dirigido a la invención y su utilidad a la humanidad.

El origen de la propiedad a la fecha, es un categórico tanto para los ordenamientos jurídicos interno como internacional, de manera que para el Derecho Internacional al estudiar ésta desde cualquiera de sus ramas, podría cuestionar los cambios en la forma de administrar o adquirir la misma, pero nunca negar la forma en que se originó. Así por ejemplo, en el sistema

[22] *Ídem*, p. 646.

[23] *Ídem*, p. 647.

[24] *Ibídem*.

[25] *Ídem*, p. 648.

socialista y capitalista, la propiedad difiere respecto de quien la sustenta de acuerdo al modo de producción, pero no de su conformación histórica.

Por ello, el Derecho Internacional si bien es cierto que no puede regular la propiedad privada en la sociedad del conocimiento, también es cierto que a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la propiedad industrial, puede específicamente a través de las patentes en materia de medicina, buscar el equilibrio de los efectos de ésta.

3. — *El régimen jurídico de las patentes en el ámbito internacional.*

El origen de la propiedad en el ámbito de la propiedad intelectual, específicamente en la de origen industrial como la patentes, el registro confiere su explotación exclusiva como reconocimiento del estado al inventor. Hoy sigue siendo difícil fijar el monto o la retribución de los inventores, situación que el derecho trata de resolver más allá de las leyes de la oferta y la demanda, en el hecho de a quién se le debe conceder primero este derecho, "en el mundo, y en un mismo país, es probable que más de un científico, o más de un equipo de investigadores, esté abordando el mismo problema y desarrollando líneas de investigación similares para su solución." [(26)] Para impedir esta pugna entre creadores de invenciones, los estados a través del derecho internacional, generan mecanismos a través de diversas figuras para promover este reconocimiento de forma originaria, evitando que diversos inventores obtuvieran los mismos derechos sobre una invención en países distintos, pues sabido es que el derecho de exclusividad como principio en la materia, obliga en individualizar a uno sólo este beneficio. Este principio es aceptado por la mayoría de las legislaciones en el mundo y se brinda al que primero registra este nuevo conocimiento.

La posibilidad de que sólo se reconozca al primero que registre el invento requiere de un marco jurídico internacional que establezca que permita dilucidar quién es el inventor, y los derechos y deberes que derivan del otorgamiento del título.

[(26)] J. R. MIRANDA PÉREZ, *Derecho de la Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, México, 2002, p. 29.

Durante más de un siglo, el Convenio de París (1883), administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a partir de 1967, fue la fuente más importante del derecho internacional en materia de propiedad industrial. Las nuevas tecnologías y el proceso de globalización económica impulsaron nuevos tratados, unos de carácter regional (Tratado de Libre Comercio para América del Norte) y otros de carácter universal (Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). administrado por la Organización Mundial del Comercio, OMC).

Actualmente se han adherido a la OMPI 186 países. En materia de patentes este organismo administra los siguientes tratados internacionales: el *Convenio de París* y el *Tratado sobre el Derecho de las Patentes*.

-Convenio de París

En el año de 1883, once países suscribieron el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, con la finalidad de proteger a sus nacionales. Actualmente cuenta con 174 miembros [(27)].

El convenio supone que los países miembros se obligan a adaptar en sus legislaciones internas las pautas generales que lo informan, quedando facultados solamente para prever sus aspectos de detalle y reglamentarios. Reposa sobre un principio fundamental: toda invención registrada obtiene protección mediante la patente, documento que confiere a su titular derecho exclusivo para su explotación [(28)]

En consecuencia, la exclusividad es la base de la mayoría de las disposiciones del Convenio de París, destacando además:

-El llamado "trato nacional", en cuya virtud cada Estado contratante debe otorgar a los nacionales de los restantes miembros los mismos derechos que a sus ciudadanos; ese beneficio se extiende no sólo a los nacionales, sino también a los extranjeros con domicilio en uno de los países adheridos, o que tengan establecimientos comerciales o industriales en ellos.

[(27)] Para conocer a los países miembros de este tratado internacional se puede consultar el siguiente sitio: http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=2

[(28)] J. R. MIRANDA PÉREZ, *Derecho de la Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, cit., 2002, p. 35

-El principio de "prioridad" [29] según el cual, quien solicita una patente en alguno de los países contratantes, goza de prioridad durante un plazo de un año para efectuar el registro.

-El principio de "independencia", en virtud del cual la concesión de una patente en un país, no da derecho a exigir patentamiento en los otros. Asimismo, la denegación o caducidad de la patente en un país no será argumento suficiente para rechazar la petición en otro.

-El principio de "agotamiento del derecho de patente", en virtud del cual la introducción de un producto fabricado con un procedimiento patentado en el país otorga al titular de la patente los mismos derechos que él tiene sobre los productos fabricados en ese país. La importación de un producto patentado que realice el titular de la patente no implica su caducidad.

-El abuso en el ejercicio del derecho de patente, como la no explotación, sólo puede ser sancionado con el otorgamiento de licencias obligatorias, no exclusivas ni cedibles, luego de un plazo de cuatro años a partir del depósito de la solicitud o de tres años a partir del otorgamiento del derecho, el que venza más tarde; y solo si el titular hubiera comenzado la explotación dos años después de otorgada la primera licencia obligatoria, se podrá decretar la caducidad [30].

-Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT)

Este tratado se adoptó en Washington D.C. (EE.UU) en junio de 1970 y entró en vigor en 1978. Actualmente tiene 146 miembros.

Establece un sistema que hace más fácil la presentación de solicitudes de patente en varios países, por una parte, y permite una primera investigación sobre la existencia de solicitudes anteriores de inventos iguales o similares en los mismos; en cierta medida, es un complemento del derecho de prioridad establecido en el Convenio de París, reconocido por todos los países a él adheridos. El inventor tiene derecho a presentar una solicitud internacional

---

[29] Para mayor información sobre estos principios (prioridad [art. 4]; independencia [art. 4 bis]; agotamiento del derecho de patente [art. 5 quarter]) se recomienda consultar el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial: http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf

[30] J. R. MIRANDA PÉREZ, *Derecho de la Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, cit., p. 36.

de patente ante la OMPI o ante la oficina de patentes de un país miembro del Tratado, siempre y cuando sea nacional o residente de un país miembro.

En el art. 4 del presente tratado se señalan, los requisitos formales que debe contener la solicitud de la patente:

-la designación del Estado o Estados contratantes en los que se desea protección de la invención sobre la base de la solicitud internacional («Estados designados»); si el solicitante puede y desea obtener en cualquiera de los Estados designados una patente regional en lugar de una patente nacional, deberá indicarlo en el petitorio; si, en virtud de un tratado relativo a una patente regional, el solicitante no puede limitar su solicitud a algunos de los Estados parte en dicho tratado, la designación de uno de esos Estados y la indicación del deseo de obtener una patente regional se considerarán equivalentes a la designación de todos esos Estados; si, en virtud de la legislación nacional del Estado designado, la designación de ese Estado surte el efecto de una solicitud de patente regional, se considerará esa designación como indicación del deseo de obtener una patente regional; iii) el nombre y demás datos prescritos relativos al solicitante y al mandatario (si lo hubiere);

-el título de la invención;

-el nombre y demás datos prescritos relativos al inventor, siempre que la legislación nacional de uno de los Estados designados, por lo menos, exija que se proporcionen esas indicaciones en el momento de la presentación de una solicitud nacional. En los demás casos, dichas indicaciones podrán proporcionarse en el petitorio o en notificaciones por separado dirigidas a cada Oficina designada cuya legislación nacional las exija y permita que se proporcionen después de la presentación de la solicitud nacional [31].

Esta solicitud se enviara a una de las oficinas autorizadas a realizar búsquedas internacionales (generalmente los inventores seleccionan a la de Estados Unidos, a la de Japón, o a la Oficina Europea de Patentes); el inventor puede solicitar una búsqueda preliminar internacional.

Este tratado ofrece grandes ventajas a los inventores, entre otras la am-

[31] Tratado de Cooperación en materia de Patentes. Consultado el 9 de marzo de 2013 en: http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct.pdf

pliación del plazo para la presentación de la solicitud de patente en cada uno de los países designados, que pasa de un año en el Convenio de París a 20 meses, si no se hubiera solicitado una investigación preliminar, y a 28 meses, si se hubiera solicitado. Además de ello, la búsqueda internacional le informará sobre la existencia de otras solicitudes que pueden hacerlo desistir de presentar la solicitud formalmente, ahorrando tiempo y dinero [32].

- El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC)

En la reunión de Punta del Este de 1986, que dio inicio a la denominada Ronda de Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se decidió incorporar como tema de negociación los servicios, las inversiones y la propiedad intelectual.

Rafael Pérez Miranda señala que el motivo por el cual se trasladó al seno del GATT el debate sobre las normas internacionales en materia de patentes fue el hecho de que el *Convenio de París* favorecía sólo a los países industrializados.

La inclusión de estas normas en el debate sobre la reforma del Convenio de París hubiera autorizado a los países en desarrollo a demandar que se atiendan sus reclamos de que se les permita una mayor flexibilidad en sus legislaciones nacionales (…): que se exploten las patentes, que en su defecto se autorice el otorgamiento de las licencias exclusivas, flexibilidad en la aplicación del principio de trato nacional y de independencia de las patentes, exclusión del patentamiento en ciertas áreas estratégicas; es decir, las concesiones en ciertos temas de propiedad industrial se cambian por concesiones a otros puntos de la misma materia. Por el contrario, la inclusión de la mesa de negociaciones del GATT permite a los países desarrollados intercambiar concesiones en materia de propiedad intelectual, que serán de importancia en el mediano y largo plazo, indispensables para los países en desarrollo [33].

Si bien la OMPI continua realizando actividades orientadoras a la armonización de las legislaciones nacionales sobre derechos de autor y propiedad industrial, las reformas realizadas en el seno del GATT son, indudablemen-

---

[32] *Ibídem*., p. 55

[33] Tratado de Cooperación en materia de Patentes. Consultado el 9 de marzo de 2013 en: http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/es/texts/pdf/pct.pdf., p. 40.

te, las más trascendentes que se han realizado en estas materias.

El resultado de estas negociaciones dio origen al Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). Éste es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Actualmente esta organización cuenta con 159 miembros.

Este acuerdo "establece la aplicación de los principios generales del Convenio de París en materia de propiedad industrial, pero realiza las precisiones que no se habían logrado, todas ellas orientadas a una mayor protección del derecho de la propiedad intelectual (…) Al igual que el Convenio de París, establece la aplicación del principio de trato nacional, pero agrega además el de trato de nación más favorecida, es decir, que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un miembro a los nacionales de otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás miembros" [(34)].

A diferencia del Convenio de París, precisa las invenciones que deberán considerarse patentables:

Art. 27.

1. (…) las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (…) las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

[(34)] *Ibídem*., p. 42.

a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos (…) [35]

Se señalan en el art. 28 los derechos que confiere la titularidad de una patente:

1. Una patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos:

a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente;

b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

2. Los titulares de patentes tendrán asimismo el derecho de cederlas o transferirlas por sucesión y de concertar contratos de licencia.

Ahora bien, el otorgamiento de dichas facultades se encuentra condicionado:

Art. 29

1. Los Miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención (…), y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud o, si se reivindica la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada en la solicitud.

2. Los Miembros podrán exigir al solicitante de una patente que facilite información relativa a sus solicitudes y las correspondientes concesiones de patentes en el extranjero.

De igual forma, "se fija como plazo mínimo de las patentes veinte años a partir de la presentación de la solicitud, así como la obligación de los

[35] Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Consultado el 9 de marzo de 2013 en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

países miembros de obligar al demandado, cuando existe una probabilidad sustancial de que un producto idéntico haya sido fabricado mediante un procedimiento patentado, a que se pruebe que el procedimiento utilizado para obtener un producto es diferente." [36]

La solución de controversias en el acuerdo ADPIC es una de las diferencias sustanciales respecto al sistema internacional de la propiedad intelectual. Ahora los países parte que estuvieran inconformes con la protección que otorga a sus nacionales o residentes otro país parte, pueden recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC.

El esquema actual de este sistema es el siguiente:

1. Se formula una solicitud de consulta, que debe ser contestada dentro de los diez primeros días.

2. Mecanismo de consultas: Se inician en los primeros treinta días y deben finalizar en los primeros sesenta días, a partir de que se comunicó a solicitud de consultas. El Acuerdo incluye la posibilidad de que puedan asociarse a las consultas terceras partes que no participen en ellas, pero que consideren que tienen un interés comercial sustancial. Cuando las consultas fracasan se acude a otros medios que pueden ser de carácter diplomático (buenos oficios, mediación y conciliación) como jurisdiccionales (arbitraje).

3. Grupo Especial o Panel: A pesar de la diversidad de medios de arreglo de diferencias puestos a disposición de las partes, éstas suelen emplear el sistema de paneles.

4. El establecimiento de un panel se efectúa por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a petición de un miembro de la OMC. Están formados por tres personas. Sin embargo, su composición puede aumentar a cinco miembros dentro de los diez días siguientes al establecimiento de un panel cuando las partes así lo dispongan. Es la Secretaría quien propone a los integrantes del panel.

5. Si no se logrará esa solución convenida, el panel realizará un examen objetivo de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad de éstos, y formulará sus conclusiones en un informe que debe ser adoptado por el OSD (mediante *consenso negativo*) en un

[36] Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Consultado el 9 de marzo de 2013 en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf, cit..

plazo de 60 días desde la fecha de distribución a los miembros de la OMC, salvo que una parte en la diferencia notifique formalmente al OSD su decisión de recurrirla ante el OA.

6. Órgano de Apelación (OA)*:* A diferencia del panel, el OA tiene una composición permanente. Los miembros del OA duran 4 años en su cargo, renovables una vez. Está compuesto por 7 personas nombradas por el OSD. Sus decisiones necesitan ser aprobadas, validadas, por el OSD. Se prevé que en cada caso actúen tres de sus componentes elegidos por rotación, si bien hay un intercambio de puntos de vista con el resto de sus miembros antes de la adopción de su decisión final con el objeto de garantizar la colegialidad del órgano y la coherencia con otros informes anteriormente emitidos.

7. El derecho de recurrir en apelación contra la decisión de un panel queda restringido a las partes en la diferencia. Los terceros que hayan notificado al OSD un interés sustancial en el asunto sólo pueden presentar comunicaciones por escrito al OA que puede darles la oportunidad de ser oídos. Corresponde a la parte que afirma un determinado derecho en apelación, sea el demandante (en apoyo de sus alegaciones) o el demandado (p.ej. cuando invoca una excepción), la carga de la prueba. Se desarrolla en un plazo entre 60 y 90 días.

8. El alcance de la revisión efectuada por el OA está limitado en un doble sentido. En primer lugar, su función queda restringida a la revisión de las cuestiones de derecho examinadas por los paneles. En segundo lugar, está restringido a las cuestiones que fueron planteadas por el apelante y no se extiende, por tanto, automáticamente al conjunto de alegaciones planteadas inicialmente ante el panel. La decisión final no se trata de una sentencia que confirmará o modificará las constataciones efectuadas por el panel. Dicho informe tiene un efecto declarativo.

9. Ejecución de las decisiones adoptadas y la posibilidad de aplicar contramedidas: Una vez adoptado el informe (del panel o del OA) por el OSD, el miembro afectado dispone de un plazo de 30 días para aplicar sus recomendaciones y resoluciones. Si no es posible cumplir inmediatamente las recomendaciones o resoluciones. Si no es posible cumplir inmediatamente las recomendaciones o resoluciones, el miembro afectado dispone de un plazo prudencial para hacerlo, generalmente, mediante arbitraje.

10. En teoría pueden darse tres situaciones que deberían ser resueltas siguiendo esta secuencia lógica: 1) Que la parte que perdió el asunto adopte

medidas (destinadas a cumplir dichas recomendaciones o resoluciones del OSD) que sean consideradas adecuadas por la otra parte, con lo que el procedimiento se daría por concluido; 2) Que adopte medidas que no se consideren adecuadas para la parte agraviada, lo que permitiría a ésta solicitar que se establezca un pale que se pronuncie sobre esta cuestión, o 3) Que no aplique en un plazo prudencial las recomendaciones o resoluciones adoptadas, en cuyo caso se abriría la vía para que sea alcanzado entre ambas partes un acuerdo de compensación o para que la parte agraviada solicite al OSD la imposición de contramedidas consistentes en la suspensión de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados [37].

-Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

El TLCAN es un acuerdo comercial celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México que fue firmado en 1993, pero que entró en vigor el 1 de enero de 1994

De acuerdo a lo establecido en el capítulo XVII sobre Propiedad Intelectual de este tratado, las partes deberán adherirse al Convenio de París (arreglo de Estocolmo de 1967) y al Tratado de Berna (1971) en materia de propiedad industrial y derechos de autor respectivamente; al Convenio de Ginebra sobre fonogramas (1971) y al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales o al Convenio internacional para la protección de nuevas variedades de plantas (1991).

Este tratado como la mayoría de los ya abordados no define lo que se entiende por patente. En su artículo 1709 se indica lo que es materia patentable y los derechos del titular de una patente, sin embargo, su redacción no difiere en sustancia de lo ya señalado en el art. 28 y 29 del ADPIC a excepción de lo siguiente:

Si una Parte no ha dispuesto el otorgamiento de patentes para dar protección a los productos farmacéuticos y agroquímicos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1: (a) al 1º de enero de 1992, para la materia relacionada con sustancias que se generen de manera natural, las cuales sean preparadas o producidas por procesos microbiológicos o derivadas significativamente de los mismos y que se destinen a constituir alimento o medicina;

[37] L. M. Hinojosa Martínez,J. Roldán Barbero, (coord.) C. López-Jurado Romero de la Cruz, *La solución de diferencias en la OMC*, en *Derecho Económico Internacional*, Cap. VIII. España, 2010, pp. 187-206.

y (b) al 1º de julio de 1991, para cualquier otra materia; esa Parte otorgará al inventor de cualquiera de esos productos, o a su causahabiente, los medios para obtener protección por patente para dicho producto, por el periodo en que siga vigente la patente concedida en otra Parte, siempre que el producto no se haya comercializado en la Parte que otorga la protección de conformidad con este párrafo, y que la persona que solicite esa protección presente una solicitud oportunamente [38].

En este mismo precepto se señala que una Parte podrá revocar una patente solamente cuando: "(a) existan motivos que habrían justificado la negativa de otorgarla; o (b) el otorgamiento de una licencia obligatoria no haya corregido la falta de explotación de la patente." [39]

Más adelante se indica que cuando la legislación de una de las Partes permita el uso de la materia objeto de una patente sin la autorización del titular del derecho, incluido el uso por el gobierno o por otras personas que el gobierno autorice, la Parte respetará las siguientes disposiciones:

(a) la autorización de tal uso se considerará en función del fondo del asunto particular del que se trate;

(b) sólo podrá permitirse tal uso si, con anterioridad al mismo, el usuario potencial hubiera hecho esfuerzos por obtener la autorización del titular del derecho en términos y condiciones comerciales sensatas y tales esfuerzos no hubiesen tenido éxito en un plazo razonable. Cada una de las Partes podrá soslayar este requisito en casos de emergencia nacional, en circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público sin fines comerciales. No obstante, en situaciones de emergencia nacional o en circunstancias de extrema urgencia, se notificará al titular del derecho tan pronto como sea razonable. En el caso de uso público sin fines comerciales, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga bases comprobables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará con prontitud al titular del derecho;

(c) el ámbito y duración de dicho uso se limitarán a los fines para el que haya sido autorizado;

---

[38] Art. 1709 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Consultado el 9 de marzo de 2013 en: http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=149

[39] *Ídem.*

(d) dicho uso será no exclusivo;

(e) dicho uso no podrá cederse, excepto junto con la parte de la empresa o negocio que goce ese uso;

(f) cualquier uso de esta naturaleza se autorizará principalmente para abastecer el mercado interno de la Parte que lo autorice;

(g) a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas así autorizadas, podrá revocarse la autorización de dicho uso, siempre y cuando las circunstancias que lo motivaron dejen de existir y sea improbable que se susciten nuevamente. La autoridad competente estará facultada para revisar, previa solicitud motivada, si estas circunstancias siguen existiendo;

(h) al titular del derecho se le pagará una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización;

(i) la validez jurídica de cualquier resolución relacionada con la autorización, estará sujeta a revisión judicial o a una revisión independiente por una autoridad superior distinta;

(j) cualquier resolución relativa a la remuneración otorgada para dicho uso estará sujeta a revisión judicial o a una revisión independiente por una autoridad superior distinta;

(k) la Parte no estará obligada a aplicar las condiciones establecidas en los incisos (b) y (f) cuando dicho uso se permita para corregir una práctica que, en virtud de un procedimiento judicial o administrativo, se haya juzgado contraria a la competencia. La determinación del monto de la remuneración podrá tomar en cuenta, en su caso, la necesidad de corregir las prácticas contrarias a la competencia. Las autoridades competentes estarán facultadas para rechazar la terminación de la autorización siempre y cuando resulte probable que las condiciones que la motivaron se susciten nuevamente; y

(l) la Parte no autorizará el uso de la materia objeto de una patente para permitir la explotación de otra, salvo para corregir una infracción que hubiere sido sancionada en un procedimiento relativo a las leyes internas sobre prácticas contrarias a la competencia.

El TLCAN establece diversos tipos de solución de diferencias; en lo que se refiere a la Propiedad Industrial:

Se establece un sistema para el caso en que los países parte no realicen

las reformas legales internas, caso en el cual el o los países quejosos podrán recurrir a un sistema de paneles que resolverán la cuestión, aplicando similar sistema para sanciones en caso de que no se cumpla con lo resuelto por el primer panel, si la resolución de este fuera contra el país demandado. Diferente es el sistema arbitral previsto para el caso de que se trate de la protección de un particular porque su derecho de propiedad fue afectado [40].

4. — *Disposiciones internacionales que generan correlación del binomio propiedad industrial y derechos humanos.*

La relación de la Propiedad Industrial en el tema que nos ocupa, toma forma contundente a partir de la Resolución de agosto del 2005 emitida por la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que tuvo como consideraciones "las contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC [41] y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas con respecto a los obstáculos a la transferencia de tecnología a los países en desarrollo. Las consecuencias para el disfrute del derecho a la alimentación de los derechos a desarrollar variedades vegetales y a patentar organismos genéticamente modificados, la "biopiratería" y la reducción del control por las comunidades (especialmente las comunidades indígenas) de sus propios recursos genéticos y naturales y de sus valores culturales, y las restricciones al acceso a productos farmacéuticos patentados y sus consecuencias para el disfrute del derecho a la salud, consideró (…) el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que es autora como un derecho humano, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

[40] J. R. MIranda Pérez, *Derecho de la Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, cit., p. 47.

[41] El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Sociales y Culturales, con sujeción a las limitaciones en el interés del público; declarando que indistintamente de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no se reflejaba adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los derechos humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la libre determinación, existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra parte" [(42)].

De esta resolución se infiere la necesidad de proteger derechos humanos de los que derivan de la propiedad intelectual, particularmente si como acotamos en el apartado anterior, el capitalismo desata un monopolio de explotación exclusiva que es filosófica y prácticamente egoísta. Esta apreciación en la resolución parte también de recoger aquellas voces altermundistas que intentan frenar el aparente daño que esto conlleva respecto de los derechos humanos, pasando del plano jurídico al político. Un ejemplo es precisamente en el derecho a la salud donde en pocas ocasiones existe diálogo entre operadores políticos e inventores para conocer acerca de la propiedad industrial en este caso las patentes, y su impacto en los derechos humanos.

El derecho a la salud es considerado como un derecho humano y como otros de su especie, mantiene las características de: a)Universalidad; referido a que la titularidad de dichos derechos se encuentran en todos los hombres y los beneficia a todos; su posesión no puede estar restringida a una clase determinada de individuos, b)Incondicionalidad; esto es que no están sujetos a condición alguna, sino únicamente a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de dichos derechos; c)Inalienabilidad; referido a que no pueden perderse ni transferirse por su propia voluntad, porque son inherentes a la idea de dignidad del hombre; en todo caso al disponer la persona

[(42)] Véase ponencia de R. WILDER, *Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales – la propiedad intelectual y los derechos humanos,* documento presentado en el Foro sobre Creatividad e Invenciones: un mejor futuro para la humanidad en el siglo XXI, organizado por la Oficina Nacional de Patentes y Registros de Finlandia y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Helsinki, del 5 a 7 de octubre de 2000. Documento recuperado en marzo 12 del 2012 en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/innovation/es/wipo_ip_hel_00/wipo_ip_hel_00_17.pdf

de sus propios derechos la norma jurídica establecerá las condiciones para salvaguardarlos, d) Internacionalización: que ha sido originada por la gran repercusión que las doctrinas están teniendo en todos los países, ya sea por voluntad propia o por la presión de la comunidad internacional, y e) Progresividad; en donde se debe de considerar las necesidades tanto del individuo como de la sociedad, además de no perder de vista el carácter dinámico y cambiante de dichas necesidades.

En la actualidad los derechos humanos son de características universales toda vez que para estos derechos no existen limitaciones por cuestión de fronteras políticas, ni de creencias o de razas; su esencia los lleva a un plano de validez universal, siendo hoy una de las variables de limitación de la Soberanía de los Estados, que hoy son observados bajo el paradigma del respeto a esta clase de derechos esenciales para el desarrollo óptimo y armonioso del ser humano en sociedad.

En el ámbito internacional la universalización de los Derechos Humanos aconteció tras los siguientes eventos: 1. La Carta del Atlántico y el discurso sobre las Cuatro Libertades del presidente Roosevelt ante su Congreso en 1941, en un esfuerzo por codificar en un texto aquellos derechos que todos los Estados debían de proteger; 2. Por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que se debió en gran medida a la determinación de organizaciones no gubernamentales, conjuntamente con un número de países pequeños particularmente Latinoamericanos, que lucharon por un sólido compromiso en la Carta de Naciones Unidas por los Derechos Humanos. Y es en una conferencia Panamericana realizada en México, en Febrero y Marzo de 1945 en donde se consolida la determinación latinoamericana por ver a los Derechos Humanos incluidos en la Carta de Naciones Unidas, quedando inscrita en ésta, el otorgar a los Derechos Humanos un nuevo estatus legal internacional que acotaría su universalización como derechos:

Artículo 1. – Los propósitos de las Naciones Unidas son: (…)3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural, o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Este sentido universal aunque se atribuye a la inspiración que promoverían las revoluciones liberales del siglo XVIII, es el pensamiento de uno

de los autores claves de la filosofía jurídico-política de la Ilustración que es Immanuel Kant, que sitúa en el centro de su filosofía moral la idea de la universalidad; su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universales.

Así, Kant apuntaba que lo que la razón desvela como rasgos informadores básicos del género humano, aquello que permite considerar a todos los hombres como miembros de una gran familia ideal, es la sociabilidad; dicha sociabilidad se manifiesta en cada persona como una tendencia racional hacia el cosmopolitismo. La tesis sería desarrollada por el propio Kant en la Paz Perpetua de 1795, en donde abogaría por una ciudadanía universal y una hospitalidad cosmopolita como fundamento de una paz sólida entre los hombres y los pueblos. A esta idea hoy vemos que la interdependencia supone la defensa de estos derechos a partir de una concepción más radical de sus propias necesidades e interpretaciones, sujetando a los derechos humanos a escenarios de tal particularidad que suelen fragmentar este sentido de universalidad, en la defensa de ideas societarias y comunitarias específicas, donde se refuta el sentido abstracto de tal universalidad, sobre todo en ausencia de un marco económico social que permita satisfacer plenamente todos los derechos humanos de forma universal o en su totalidad, dejando a un lado el pluralismo cultural, o el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, que no debe confundirse con el relativismo cultural, y que subyacen en la comunidad internacional permitiendo la creación de mecanismos internacionales para la coexistencia pacífica de los Estados.

En el Derecho internacional el marco regulatorio para el derecho a la salud en el tema que se trata, y al margen de la costumbre internacional y otras fuentes propias de este derecho, se ciñe fundamentalmente a las siguientes convenciones internacionales: 1) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fechada en 1948, de los derechos establecidos en esta Declaración fueron ampliados aún más en 2) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos adoptados en 1966) y 4) la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) que tuvo como propósito principal disminuir la separación entre los citados Pactos de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Específicamente de estos instrumentos se encuentran en concreto relacionadas con la propiedad intelectual en sentido general, y particularmente en el tema de la propiedad industrial en el rubro de las patentes, las siguientes disposiciones normativas:

-En el artículo articulo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se indica que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente" y "nadie será privado arbitrariamente de su propiedad." El artículo 27 se cita que: "toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" [(43)].

-En el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales párrafos primero y segundo se sigue el tono de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señalando: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:a) Participar en la vida cultural;b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales." [(44)]

En ambos artículos hay ya una aparente contradicción entre el categórico

---

[(43)] Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos consultada el 2 de enero del 2012 en: http://www.un.org/es/documents/udhr/.

[(44)] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966,consultado en enero 2 del 2012 en: http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm

que pareciera absoluto del derecho a la cultura, pero también al reconocimiento a los beneficios que provienen de ello; "…la tensión tiene lugar entre las normas que garantizan el uso y la difusión de la información -el derecho "a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten"- y las normas destinadas a proteger a los creadores de la información -el derecho a la protección de "los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" (45).

5. — *La diferencia de criterios entre países desarrollados y menos desarrollados.*

Esta contradicción dentro del sistema capitalista parece congruente con las reglas de la libre competencia, pero contrarias a la visión y necesidad de extender los derechos humanos en el rubro de las patentes de medicinas respecto del derecho a la salud en el ámbito internacional. La conciliación de ambos parámetros es complejo por la secrecía en el sector farmacéutico y su desarrollo a través de las patentes en el ramo, así como por otros factores que obstaculizan la disponibilidad de los medicamentos. Al respecto la Organización Mundial de la Salud (OMS), señala que parte de estas barreras en la "disponibilidad de medicamentos" se evalúa "en función de a) su disponibilidad física, y b) su disponibilidad económica o asequibilidad. Además, la disponibilidad física implica que se cumplan los criterios relativos a la calidad, la eficacia y la seguridad del suministro de medicamentos a los consumidores. La asequibilidad está relacionada con la regulación de los precios en el marco del sistema estatal y con el sistema que condiciona la demanda de medicamentos." (46)

La misma OMS sugiere a las legislaciones nacionales para atenuar estas

(45) R. Wilder, *Los derechos de los inventores y creadores como derechos humanos fundamentales – la propiedad intelectual y los derechos humanos*, cit., p.4.

(46) Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoctava sesión Ginebra, 21 A 25 de mayo de 2012,Las Patentes y la Salud: comentarios recibidos de los miembros y observadores del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes scp/18/INF/3 del 11 de abril de 2012, consultado en http://www.wipo.int/tools/es/gsearch.html

barreras lo siguiente: "mejorar el marco reglamentario sobre la circulación de medicamentos (establecer reglas que garanticen la calidad exigida para los medicamentos disponibles en el mercado, e impedir el uso de medicamentos falsificados); mejorar la coordinación de las actividades de todos los ministerios y las entidades pertinentes; reforzar el control de la importación de medicamentos, fomentar la responsabilidad personal de los empleados de la red de distribución; movilizar la cooperación internacional en torno al control de la calidad de los medicamentos; proporcionar información sobre los adelantos relacionados con los medicamentos y prever medidas de apoyo a los fabricantes farmacéuticos." [47]

La problemática actual ha llevado a la proliferación de los llamados productos milagros, en el mejor de los casos a los productos genéricos, y en el peor de los casos a la falsificación de medicamentos para satisfacer la demanda a bajo costo, lo cual es contraproducente a los sistemas de salud que suelen saturarse en dimensión y costo por los daños colaterales de este tipo de medicamentos y productos poco regulados en muchas de las legislaciones [48]. En todo caso los preceptos señalados pese a la problemática a la que se enfrentan, orientan hacia una verdadera correlación entre los derechos de la propiedad industrial y los derechos humanos, específicamente a través de las patentes en el ramo de la medicina y el derecho a la salud, ambos como parte de los derechos humanos.

En la sociedad del conocimiento esta afirmación resulta efectiva, pues países como Suiza con pocos recursos naturales, pero con enorme potencial científico y tecnológico, muestra una sociedad con los estándares más importantes en el cumplimiento de derechos humanos y servicios de salud, muestran en sí, que las patentes en medicina aparecen como un instrumento

[47] Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoctava sesión Ginebra, 21 A 25 de mayo de 2012, Las Patentes y la Salud: comentarios recibidos de los miembros y observadores del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes scp/18/INF/3 del 11 de abril de 2012, cit.

[48] Se requiere no sólo la regulación para evitar este tipo de prácticas que configuran delitos ya en algunas legislaciones, sino armonizar estas con la legislación internacional en el tema para realizar el combate efectivo a su proliferación y comercialización a nivel internacional hoy ya en manos de verdaderas organizaciones criminales.

para la realización de un derecho humano como lo es la salud [49].

Sin embargo el debate entre países en desarrollo y desarrollados, o pobres y ricos, expone un debate entre los intereses de unos y otros por abrir el acceso a patentes de medicinas, mientras que por el otro esta el proteger a los inventores y abrirse pero con cautela.

Esta pugna de intereses y posturas quedo evidenciada durante la decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP) [50], con Sudáfrica, los Grupo Africano y del Grupo de la Agenda para el Desarrollo (DAG) que presentaron una propuesta sobre le tema de las patentes y la salud (SCP/16/7), cuyo programa de trabajo planteó: "1. Fortalecer la capacidad de los Estados miembros, y en particular, la de los que son países en desarrollo y países menos adelantados (PMA) de modo que adapten sus sistemas de patentes y puedan utilizar plenamente las flexibilidades que ofrece el sistema internacional de patentes para fomentar las prioridades de política pública en el ámbito de la salud. El programa de trabajo se divide en tres elementos interrelacionados que deben ponerse en práctica de forma simultánea, y 2. Se trata, respectivamente, de los tres elemento siguientes: i) elaboración de estudios que sean solicitados por la Secretaría de la OMPI a raíz de las consultas que se realicen con los Estados miembros en el marco del SCP, y a cargo de eminentes expertos independientes; ii) intercambio de información entre los Estados miembros y suministro de datos por parte de los principales expertos en ese ámbito; y iii) prestación de asistencia técnica a los Estados miembros, en particular, a los que son países en desarrollo y países menos adelantados (PMA) en determinados campos

[49] En el índice de Desarrollo Humano(IDH) del 2011 publicado por el PNUD, Suiza ocupa el lugar número 11 de entre 187 países y territorios, con estándares muy altos en materia de salud medida por indicadores tales como tasa de mortalidad de niños menores de 5 años(por cada 1.000 nacidos vivos, el valor fue de 4, mientras que la esperanza de vida al nacer (en años) fue de 82.3, el índice de salud (esperanza de vida al nacer) tuvo como valor el 0.983, claro que el gasto público en salud (%del PIB) fue determinante con estas cifras, el valor fue del 6.4. México ocupo en el IDH la posición 56, y la esperanza de vida fue de 77, otros indicadores en los mismos rubros que Suiza mostraron en la tasa de mortalidad el valor de 17, mientras que el gasto público en salud por % del PIB fue del 2.7. La información puede consultarse en http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/CHE.htm

[50] Cfr. Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes Decimoctava sesión, Ginebra, 21 a 25 de mayo de 2012

y sobre la base de la labor ya realizada en los dos primeros elementos del programa de trabajo." [51]

Esta postura que parecía loable y beneficiaba a gran parte de la comunidad internacional compuesta por países menos adelantados o menos desarrollados, encontró contradicción respecto de la propuesta de los Estados Unidos(SCP/17/11), que criticó las debilidades de la propuesta Sudafricana con una visión no solo liberal sino real respecto a la defensa de los creadores de patentes, sin descuidar el derecho a la salud, a través de una propuesta más equitativa de acuerdo a sus políticas y a la forma en que hoy día se desarrolla la ciencia, y por la cual se señaló que:"Debilitar la protección por patente para los medicamentos innovadores no es un enfoque productivo para mejorar la disponibilidad de asistencia sanitaria, debido a muchos otros factores, además de las patentes, que inciden de manera más directa en la disponibilidad de medicamentos. Es sabido que la protección por patente ha expirado o nunca se solicitó para la gran mayoría de los medicamentos de la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Según declaró la propia OMS [52], en muchos países, especialmente los PMA, no hay indicios de actividad de patentamiento relativa a los medicamentos incluidos en dicha lista, y para los países en los que se han hallado patentes, es posible que éstas no sean válidas, hayan expirado o no sean pertinentes. De hecho, únicamente el 4% de los medicamentos de la lista de medicamentos esenciales están protegidos actualmente por patente. Muchos de los medicamentos incluidos en dicha lista estuvieron protegidos por patente y, en gran medida, fueron creados originalmente gracias a la protección concedida a sus creadores por el sistema de patentes. Este hecho contribuye a destacar la gran cantidad de medicamentos importantes creados bajo la protección de la propiedad intelectual y que, posteriormente, pasaron a disposición de otros fabricantes tras la expiración de las patentes correspondientes(…)Si se analizan los motivos por los cuales hay medicamentos no

[51] SCP/16/7 Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimosexta sesión,Ginebra, 16 a 20 de mayo de 2011,propuesta presentada por la delegación de Sudáfrica en nombre del Grupo Africano y del Grupo de la Agenda para el Desarrollo.

[52] Citado dentro de la propuesta SCP/17/11 "The patent status of medicines on the WHO model list ofessential medicines", Richard Laing,Simposio Técnico OMS/OMC/OMPI, febrero de 2011.

patentados que no llegan a los pacientes para los que han sido creados, es posible determinar cuáles son los elementos no relacionados con las patentes que frenan su disponibilidad. Esos elementos afectarían naturalmente la disponibilidad de todos los medicamentos" [53].

La propuesta estadounidense se centró en tres puntos bajo la consideración de la disponibilidad de los medicamentos al derredor del mundo para satisfacer el binomio de las patentes y el derecho a la salud. Estos fueron: "1)Invitar a la OMS a que presente una ponencia ante el SCP sobre la disponibilidad de los medicamentos genéricos en los países en desarrollo y PMA, las barreras distintas de las de las patentes que hacen difícil disponer de medicamentos seguros y eficaces en numerosos países y el efecto de los medicamentos falsificados, genéricos y patentados, en la disponibilidad de medicamentos adecuados. Esta exposición contribuirá a situar en su contexto el efecto que pueden tener las patentes en la disponibilidad de los medicamentos, en comparación con el que tienen otros factores.2)Realizar un estudio exhaustivo sobre la incidencia positiva de los sistemas de patentes en el suministro a los países en desarrollo de medicamentos que salvan vidas. En el estudio se evaluará la función de la protección por patente a la hora de proporcionar incentivos a la investigación y al desarrollo que den lugar a medicamentos innovadores y de fomentar la tecnología necesaria para poner los medicamentos genéricos patentados a disposición de los países en desarrollo y los PMA. Y 3) Realizar un estudio exhaustivo para examinar la disponibilidad de medicamentos que salvan vidas y que no están protegidos por patentes, y las razones de que no estén disponibles" [54]. Este punto para determinar no solo la disponibilidad de medicamentos en los mercados, sino para detectar incluso aquellos medicamentos falsificados, que no solo evaden a las legislaciones locales, sino que ponen en riesgo la salud de las personas.

Sin embargo, organizaciones como la Knowledge Ecology International

---

[53] SCP/17/11 Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoséptima sesión, Ginebra, 5 a 9 de diciembre de 2011, Las patentes y la salud: Propuesta de la delegación de los Estados Unidos de América.

[54] SCP/17/11 Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoséptima sesión, Ginebra, 5 a 9 de diciembre de 2011, Las patentes y la salud: Propuesta de la delegación de los Estados Unidos de América, cit.

(KEI) [55] criticó la propuesta de los Estados Unidos, señalando que es necesario realizar estudios y ponencias sobre las barreras distintas de las patentes, y en su caso "documentar la incidencia positiva del sistema de patentes y los factores que influyen en el acceso a los medicamentos distintos de las patentes con miras a determinar qué efecto, si lo hubiere, tienen las patentes en la disponibilidad de los medicamentos" [56]. El KEI estableció el carácter monopólico del sistema de patentes de medicinas, que son los que determinan el incremento de su precio, exponiendo la preminencia de estos respecto del acceso a los medicamentos y en consecuencia al derecho a la salud.

Las propuestas anteriores presentadas en el SCP se enmarcan en el derecho internacional público, no solo por el tema de las negociaciones internacionales en general, sino específicamente por los tratados internacionales que confieren obligaciones en la materia. Por ejemplo y mencionado en este trabajo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdos ADPIC) que crean estándares jurídicos para la protección de la propiedad intelectual.

Además de éstos y con motivo de dar alcance al derecho a la salud como parte integral de las políticas públicas actuales, esta la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre el ADPIC y la salud pública, y que no sólo recoge las posturas anteriores, sino que señala en el Acuerdo sobre los ADPIC su alcance para miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en temas de salud pública y acceso a los medicamentos, igual que se cita en la Estrategia mundial y el plan de acción sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual de la Organización Mundial de la Salud de 2008 [57].

La propuesta de los Estados Unidos mostró las hondas diferencias de intereses entre estados pobres y ricos, donde el acceso a la salud para todos

---

[55] Ver página http://keionline.org/node/1260. Informe SCP/18/INF/3 del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoctava sesión en Ginebra, 21 a 25 de mayo de 2012,Las Patentes y la Salud: Comentarios recibidos de los miembros y observadores del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP).

[56] *Ibídem*.

[57] SCP/18/inf/3,Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, Decimoctava sesión, Ginebra, 21 a 25 de mayo de 2012, Patentes y la Salud: Comentarios recibidos de los Miembros y Observadores del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP), 11 de abril 2012.

debe buscar el modelo justo y equitativo que reivindique a los creadores de patentes, y que en la búsqueda de ampliar la lista de medicamentos vitales en ciertas enfermedades no se inhiba el proceso de creación de patentes, pero que tampoco se ignore la necesidad de dicho acceso. Ampliar la lista, como buscar los estímulos fiscales y otras estrategias para fomentar la invención mediante patentes en medicina, no ha sido a la fecha una búsqueda satisfactoria, sin embargo el derecho internacional tiende sus recursos a través de la voluntad de todos los sujetos de éste derecho.

6. — *Conclusiones.*

En pleno siglo XXI subsiste el interés de que los derechos de propiedad intelectual se incrementen en la misma medida que lo hace la economía basada en el conocimiento. El avance científico y tecnológico suponen cambios en las legislaciones, pero el modelo debe ser a través de la pauta que marque el derecho internacional, para luego adoptarse por las legislaciones locales, esto siguiendo la estandarización internacional de los derechos humanos que van requiriendo otros tipos de derechos para su realización, como lo son el derecho a la educación para el avance de la ciencia, el derecho a la alimentación, a la asistencia médica, el trabajo, etc. La tendencia debe ser hacia el fomento de la investigación y desarrollo científico y tecnológico, sumando la innovación, sin descuidar buscar el equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y la garantía del acceso de los individuos a los medicamentos en el caso del derecho a la salud como un derecho humano. Pues si bien es cierto se deben respetar los derechos de los inventores de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta por otra parte la Declaración Universal de Derechos Humanos, tan valiosa una como la otra.

En tiempos donde la interdependencia estrecha las economías del mundo, y se marca una nueva era con la globalización, el sistema internacional no puede funcionar sin la existencia de organizaciones internacionales capaces de forjar la convivencia entre estados, la OMPI tiene un papel fundamental para impulsar un derecho de la propiedad intelectual, capaz de conciliar intereses y necesidades humanas, tal como el Acuerdo sobre los ADPIC, que en todo caso deberían buscar el enfoque global que se requiere bajo las nuevas

circunstancias que supone el modelo de la sociedad del conocimiento a la que se dirige el mundo.

Los estados aún fallan en el respeto a la propiedad intelectual y aún mucho más al respeto a los derechos humanos, por lo que se requiere su observancia desde el plano local e internacional, a través de un sistema educativo sólido. Las capacidades de los seres humanos descansan en los derechos humanos, por lo que se debe otorgar mayor opción a los individuos, en todas sus posibilidades, y especialmente en el derecho a la salud que es requisito sine qua non para su realización óptima.

La propiedad intelectual tiene un origen en realidad antiguo desde el punto de vista del estudio del origen de la propiedad, crea valor, mismo que dinamiza a la economía sea a nivel micro o macro en el plano nacional como internacional como lo representa la industria farmacéutica, que puede verse ampliada, pero no en la proporción que debería ampliarse el acceso a las medicinas. La meta para el derecho internacional es conciliar los derechos humanos con aquellas políticas que aún privilegian lo económico sobre lo humano.

Hedley Christ[*]

THE INTEGRATION OF RELIGION WITHIN THE EUROPEAN UNION

Summary: 1. Introduction. — 2. The Meaning of Religion and Religious Bodies. — 3. A Dialogue Between Religious Bodies and the European Union. — 4. Religious freedom. — 5. *Laïcité* Positive et *Laïcité* Neutre. — 6. EU Position Concerning Third Countries. — 7. Conclusion.

1. — *Introduction.*

Whether one holds a religious belief or not, religion has become part of the Europeanization [1] process of the European Union. Not that you will find a specific policy on religion or that the Union has religion as part of its competences [2]. But religion, or religious bodies play a significant role in many of the Union's activities; sometimes activity as part of the Union's governance strategies or within its fields of shared competence such as employment [3], ed-

[*] University of Brighton.

[1] By Europeanization I mean the bring into the European Union institutional structure issues deemed relevant or important to the European Union's idea, particularly at the policy level.

[2] In Article 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union the competences are given as (a) custom union; (b) competition rules for the internal market; (c) monetary policy in respect of the Euro; (d) marine biological resources under the common fisheries policy; and (e) common commercial policy. However, under Article 4(2) the Union has shared competences with its Member States under a number of areas in which religion or religious bodies have activity. In fact it is part of my contention that religion weaves its way through much of the Union's activities.

[3] Council Directive 76/207 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Article 2(2) allows Member States to exclude certain occupations where the sex of the worker can be determined due to the nature of the occupation, such as clergy.

ucation [4], or healthcare [5] or in that the Union treats religion as a fundamental right. Furthermore the Union considers that an open dialogue with religious bodies can make a significant contribution to the Union's policies. In fact Declaration 11 attached to the Amsterdam treaty recognizes this contribution, now forming Article 17(3) of the Treaty of the Functioning of the European Union (hereafter TFEU) which states the Union recognizes religious organizations "and their specific contribution, the Union shall maintain an open transparent and regular dialogue with those Churches and organizations". Religion, in its many facets, therefore, weaves through the European Union, sometimes perceptibly but often less perceptibly as part of the background structure of the Union [6].

2. — *The Meaning of Religion and Religious Bodies.*

If then, religion plays a significant role within the European Union one might expect to find a Union definition of religion. However, there is none. The closest one comes to a definition is Council Directive 2004/83, Article 10(b) which notes that the concept of religion does include the "holding of theistic, non-theistic and atheistic beliefs, the participation in, or abstention from, formal worship in private or public, either alone or in community with others, other religious acts or expressions of view, or forms

---

[4] The charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 14(3) provides for the freedom "of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with religious, philosophical and pedagogical conviction..."

[5] Regulation 1905/2006 establishing a financing instrument for development, Article 5(2) promotes health care services for lower income groups/marginalized groups including "persons belonging to groups suffering religious discrimination".

[6] A.J. Menendez, *A Pious Europe? Why should not define itself as Christian*, in *European Law Review*, 2005, 30(1), 133-148, p 138 in discussing Joseph Weiler's *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal* 100, 1993, p. 2403, and *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, notes "The constitutional argument is further supported by a historical argument. Weiler claims that the identity of Europeans and of Europe as a Union, keeps on being heavily influenced by Christian values...Given that European history can simply not be explained without reference to Christianity, the identity of Europeans is bound to be marked by christianism". Furthermore a religious principle such as the Roman Catholic principle of subsidiary has had a profound effect on Union governance.

of personal or communal conduct based on or mandated by any religious belief" [7]. The directive clearly tries to be inclusive however there is an expectation that a belief is held in participation with others and involves some aspect of worship or communal conduct. There must be then some external expression.

If the European Union does not define religion as such, then does it rely upon the definitions of religion given by Member States? The Member States of the European Union, however, tend not to define religion either. Within the United Kingdom the concept of religion is not defined; rather there is some form of recognition of religion. In Halsbury [8] "Recognition necessarily presupposes that individual persons can express their religious beliefs in some recognisable form, that such expression may reasonably be taken to be characteristic of them as individuals, and that a society of persons having some religious tenets in common, expressed in some recognisable form...It therefore presupposes a statement or other outward expression of the common faith..." Furthermore at paragraph 132 Halsbury notes that "All religious bodies enjoy the same recognition by law". What constitutes a religious body is left to the courts, however, that "any relevant question as to the identity of the Church (that is as to its principles or standards as expressed in its doctrines, creeds, formularies, confessions and tests...) is to be determined by that court". This would suggest that to be considered as a religious body it should be possible to identity its doctrines, creeds, formularies, and confessions *inter alia.* What is clear is that there must be some form of belief, faith and manifestation thereof by individuals of a religious body. As stated in the German Constitutional Court "The mere claim and self-understanding that a community professes a religion...cannot justify for it and its members [religious freedom]; rather there must actually be a religion and religious community in terms of spiritual content and external appearance" [9]. Furthermore, as Doe, N. Points out "the key point is that

[7] Council Directive 2004/83/EC on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

[8] Halsbury's Laws of England, Ecclesiastical Law (1975, 4th edition), London: Butterworths, paragraph 130.

[9] German Constitutional Court BVerfGE 84, 341.

for the EU the regulation of religion is primarily a matter for member states at national level" [10].

The difficulty of defining religion was noted by Lord Walker, in a UK case, when he held that "it is certainly not necessary, and is probably not useful...to try to reach a precise definition [of religion]. Courts in different jurisdictions...have almost always remarked on its difficulty...The trend of authority (unsurprisingly in an age of increasingly multicultural societies and increasing respect for human rights) is towards a newer, more expansive, reading of religion" [11]. In fact, there seems to be more of a sense of self-determination and autonomy [12], that a religious body defines itself and then it is up to the Member States' courts or tribunals to determine whether this self definition represents a religious body or not. However, the importance of identifying a religious body becomes particularly acute, when such bodies wish to become legal persons. Doe, N. notes that religious groups may become foundations, trusts, non-profit-making bodies, friendly societies, companies, or other types of association [13]. In determining whether a body is a religious body, in order to confer legal personality, reference to the doctrine, rituals, internal regulatory instruments, and institutional structure including its membership must be made. This too then, must be left to the Member states' own administrative bodies and courts of law to determine [14]. It is possible to argue, however, that there is an identifiable belief which is held and that there is some form of manifestation of that belief. The concept of

---

[10] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford, 2001, p. 241.

[11] UK: *R v Secretary of state for Education, ex p Williamson*, 2005, UKHL 15, para. 54.

[12] For example Article 8(2) of the Italian Constitution grants all other denominations (excluding the Catholic Church) the right to organize themselves. The Irish Constitution at Article 44(5) states "Every religious denomination shall have the right to manage its own affairs...". The German Constitution, GG Article 140 states that religious organizations are autonomous "within the limits of the laws that applies to all".

[13] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p. 92.

[14] Within certain member States religious organizations have to be registered. For example in Finland religious communities (other than Lutheran and Orthodox Churches) are private law subjects and may be registered by the National Board of Patents and Registration and thereby enjoy full legal capacity. In Sweden, all religious communities are now subject to the Religious Communities Act 1998, which provides a registration scheme enabling them to be recognized as a legal person.

religion, therefore, revolves around the notion of belief and its manifestation, the nature of this religious belief is then left to the Member states to determine. Article 17 TFEU states "The Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States".

3. — *A Dialogue Between Religious Bodies and the European Union.*

The notion of religion is not therefore readily identifiable as far as the European Union or its Member States are concerned, being, in fact, an issue left for the Member states to determine for themselves, when necessary [15]. But, however defined, it is clear that the European Union values religion. In the preamble to the Treaty on European Union (hereafter TEU) it states that the Union draws "inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person...". Article 17(3) TFEU recognizes the "specific contribution" of the churches of Europe. In the preamble to the Charter of Fundamental Rights of the European Union it states that the Union is "conscious of its spiritual and moral heritage". The value placed upon religion is transformed into one of dialogue, in that, "the Union shall maintain an open, transparent and regular dialogue with these churches..." [16]

---

[15] There are a number of models regarding the church-state relationship which can be found in a number of texts. G. Davie, *Europe: the Exceptional Case. Parameters of faith in the Modern World*, Darton, 2002 considers these to be:

-State church systems where there are links between the state executive and church, e.g. England, Denmark, Greece, Finland, Malta, Bulgaria and historically Sweden.

-Separation systems where church and state are separate, i.e. there is usually a constitutional barrier that forbids intervention by the state in church affairs, e.g. France (with exception of three Eastern Départements), The Netherlands and Ireland.

-Hybrid systems, or co-cooperationist systems (sometimes concordatrian systems) with separation coupled with recognition of the common tasks that link church and state, e.g. Spain, Italy, Germany, Belgium, Austria, Hungary, Portugal and the Baltic states.

[16] Article 17(3) TFEU.

In fact, the idea of maintaining a dialogue with the Churches began with a speech, in 1972 by Jacques Delors, the then President of the European Commission which gave rise to "A Soul for Europe" the purpose of which was to involve religious communities in dialogue with European Institutions [17]. He established the Forward Studies Unit (FSU), one role being a dialogue between the European institutions and faith communities. According to Rivers, J. there are several topics of debate including the debate regarding the religious nature of the European Union; the debate on the external relational relations of the European Union regarding religious liberty and non-discrimination; and the debate concerning the contribution of religious associations to the governance of Europe [18]. The responsibility for this dialogue is now with the Bureau of European Policy Advisors (BEPA) which reports directly to the President of the European Commission.

As Leustean, L.N. notes the reference to "the soul of Europe resonated among churches and would become a leitmotif in the mobilisation of religious communities towards the construction of the European Union" [19]. At a meeting on 5th November 1990 with Protestant and Anglican churches Jacques Delors noted that there was not only a national identity of these churches but also there needs to be a Community [now Union] identity. Delors wanted the Churches to know that the Commission was at their disposal for contact. In fact the Commission had already designated civil servants for this dialogue process with the European Ecumenical Commission for the Church and Society (EECCS). In March 1992 Jacques Delors met with the

---

[17] Delors said that "If in the next ten years we haven't managed to give a soul to Europe, to give it spirituality and meaning, the game will be up". A Soul of Europe programme is composed of;
- Commission of the bishops' Conferences of the European Community;
- Church and Society Commission of the Conference of European Churches;
- Orthodox Liaison Office;
- Conference of European Rabbis;
- European Humanist Federation; and
- Muslim Council for co-operation in Europe.

[18] For a discussion see River, J. (2004) In Pursuit of Pluralism: The Ecclesiastical Policy of the European Union, Ecclesiastical Law Journal 7, pp. 267-291.

[19] L.N Leustean, *Does God Matter in the European Union*, in L.N Leustean (ed) *Representing Religion in the European Union. Does God Matter?* London & New York, 2013.

Apostolic Nuncio as representative of the Commission of Bishops' Conferences of the European Community (COMECE). From 1994, the EECCS and COMECE worked together engaging in contact with the European Commission while the European Commission extended its dialogue programme to include Humanist, Jewish and Muslim representatives [20]. The responsibility for this dialogue is now with the Bureau of European Policy Advisors (BEPA) which reports directly to the President of the European Commission.

An important element of this dialogue has, according to Pavlovic, P. [21] been its ecumenical character, particularly within the Christian churches but not exclusively. However, this dialogue, as noted by Wilton, G. has highlighted two very different styles; a paradigm mismatch between the dialogue partners. "The church and religious leaders, speaking within an Athens paradigm, naturally made repeated references to their sources of authority, tradition and wisdom, whereas the three Presidents [José Manuel Barroso, President of the Commission; Jerzy Buzek, President of the Parliament, and Herman van Rompuy, President of the European Council] operated primarily in the Berlin areas of policy and policy development [22]. The nature of

---

[20] A number of religious organizations, which were already formed or formed because of the European Union have become engaged with dialogue with the European Union. For a discussion of these see L.N Leustean, *Does God Matter in the European Union*, cited above.

[21] P. Pavlovic, *The dialogue of churches with European political institutions*, in L.N Leustean (ed) *Representing Religion in the European Union. Does God Matter?* London & New York, 2013, pp 105-116.

[22] These two difference paradigms, Athens and Berlin, make the dialogue process more difficult due to the very different forms of conceptualization. The key features of the Athens paradigm include:
-High value in personal ownership of revelation, wisdom or tradition;
-Communally held wisdom and tradition shapes peoples' spirituality, values and conduct;
-Religious representatives are appointed because they are shaped by revelation and wisdom and seek to enable human society to be informed and shaped by their tradition.
The key features of the Berlin paradigm include:
-High value given to detached critical knowledge and analysis;
-Policy development is evidence-based and dependent on the disciple gathering of data; and
-Policy makers are appointed because of their expertise, rationality and ability to sustain and develop high-quality evidence-based policy-making.
For a discussion on these issues of these two paradigms see G. Wilton, *From Athens and*

this inter-religious dialogue at the European level, however, has, as noted by Carrera, S. & Parkin, J. [23] led to a number of financed projects. The MICACLE [24] project concerns the role Christian churches and communities can play in the integration process, while the DIRECT [25] project creates a dialogue and networking process between religious leaders from all denominations, national and local authorities and policy makers to advance core European values, including the rights of women and youth. Such dialogue, drawing on a civil society network also involves a number of NGOs, such as Caritas Europa [26], and Eurodiaconia [27].

There is, therefore, a clear relationship between church and the European Union. However, what is crucial according to Wexler, J. is that regional organizations, such as the European Union do not endorse or disapprove of religion. This then relies on the endorsement test [28], whether a reasonable observer would believe that the Union had sent "a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community and an accompanying message to adherents that they are insiders, favoured mem-

---

Berlin to Brussels: Reflections on Community knowledge and dialogue between the European Union institutions and the Churches, in L.N Leustean (ed) *Representing Religion in the European Union. Does God Matter?* London & New York, 2013, pp 91-104; and D. Kelsey, *Between Athens and Berlin: The Theological Education Debate*, Grand Rapids, 1993.

[23] S. Carrera, S., J. Parkin, *The place of Religion in European Union Law and Policy: Competing Approaches and Actors inside the European Commission. Religare Working Document* No. 1/ September 2010. This document is accessible through the Religare web-site, www.regigare.com.

[24] Models of Integration through Religion, Activation, Cultural Learning and Exchange – see the Churches' Commission for Migrants in Europe web-site, www.ccme.be.

[25] Dialogue for Integration Engaging Religious Communities – see International Organization for Migration, www.iom.fi.

[26] Caritas Europa is a European Confederation of Catholic relief, development and social service organizations operating in Europe – see www.caritas-europa.org.

[27] Eurodiaconia is a federation of Churches, non-statutory welfare organizations and NGOs providing social and health services and education based on Christian values – see www.eurodiaconia.org.

[28] Here a distinction is made between the states endorsing the particular truth of a religion which is not acceptable while at the same time allowing Member States to display religious symbols as part of their national cultural heritage which is acceptable. See *Lautsi v Italy* (App. No. 30814/06) 3rd November 2009.

bers of the political community [29]. It is argued that the European Union is anchored by Christian ethics, however, as Menendez, A.J. notes "we should avoid identifying being a European with being a Christian if we really want to make integration [30] possible for all Europeans, whatever their religious beliefs would be."

4. — *Religious freedom.*

Beyond inter-religious dialogue the European Union Law protects religious freedom as a fundamental right. Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union states "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. This right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion as belief, in worship, teaching, practice and observance." [31] Within the Member States this notion of religious freedom can also be found. In Italy Article 19 of the constitution states "every man has the right to freely profess his faith in every possible form, alone or in association with others, to promote it and exercise its worship in public or in private, provided that the rites involved do not offend common decency". At Article 8(1) it states that "all denominations are equally free before the law". In France, the law of 1905 at Article 1 states, "The Republic assures the freedom of conscience. She guarantees the free exercise of religion subject only to the restrictions mentioned hereafter in the interest of the public order" [32]. If seems, therefore, that the Member States do not define religion as such, placing an emphasis rather on religious freedom.

The right of religious freedom extends beyond those holding a theist

---

[29] *Lynch v Donnelly* 465 US. 668, 689 (1984) (O'connor, J. Concurring).

[30] A.J. Menedez, *A Pious Europe? Why should not define itself as Christian*, *in Europan Law Review*, 30(1), 133-148, 2005, p.148.

[31] This article is a direct transfer from Article 9 of the European Convention on Human Rights.

[32] For a comprehensive view with respect to each of the Member States see G. Robber, (ed) *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005.

belief to non-theistic and atheistic beliefs. In Kokkinakis v Greece [33] the Court held that "Freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a democratic society within the meaning of the convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society which has been dearly won over the centuries, depends on it" [34]. This right, therefore, is an individual right. As stated by Lord Nicholls in R v Secretary of State for Education and Employment, ex p Williamson [35] "Religious and other beliefs and convictions are part of the humanity of every individual. They are an integral part of his personality and individuality. In a civilised society individuals respect each other's beliefs. This enables them to live in harmony. This is one of the hallmarks of a civilised society."

It seems clear therefore, that part of the idea of freedom of religion is that an individual is free to believe whatever he or she wishes and act upon that belief as long as that belief and action is not contrary to law and allows others to practise their belief as part of their individuality and personality. We are reminded by Lord Nicholls in R v Secretary of State for Education and Employment ex p Williamson that "when questions of manifestation arise …a belief must satisfy some modest, objective minimum requirement…[it] must be consistent with basic standards of human dignity or integrity…relate to matters more than merely trivial…possess an adequate degree of seriousness and importance…[and] it must be a belief on a fundamental problem…[and] coherent in the sense of being intelligible and capable of being understood…" There has, therefore, to be some form

[33] *Kokkinakis v Greece* (1994) 17 EHRR 397, although this relates to the European Convention on Human Rights it may also be applied to Article 10 of the Charter of Fundamental Rights.

[34] In fact, the Greek Constitution at Article 124 provides for the "Freedom of religious conscience covers all religious, non-religious or atheistic beliefs as well as dogmatic and administrative differences with any religion (heresy or schism) and all persons, Greek or alien, according to the principle of equality."

[35] UK: *R v Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15.

of identifiable belief which in and of itself must as Robber, G. [36] notes maintain a sphere of positive tolerance towards other beliefs. But the idea of freedom of religious belief and practice, in its widest sense, is one of self-determination. Religious freedom therefore provides for freedom of belief, freedom of worship and thereby freedom to gather together; and to form a religious organization. There is therefore a wider aspect to religious freedom not only to the individual but also to the organization. Thus freedom, therefore, encompasses not only the freedom of individuals in their belief and practice but also to religious organizations in the undertaking of certain activities and to be free from discrimination.

Many religious organizations are active, for example, within the public sphere; involved in education. Article 14(3) of the Charter of Fundamental Rights states "The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected…" Similarly, the Council of Europe, in its first protocol Article 2 to the European Convention of Human Rights provides for the right to education and "the state shall respect the rights of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical conviction" [37]. Thus the notion of religious freedom extends to the conferral on religious organizations of certain public sector activities, by Member States. Outside education many religious organization are involved in providing health care [38], undertaking marriage ceremonies or dealing with divorce proceeding when the marriage breaks-down. Funerals too are often undertaken by religious bodies. Many religious organizations are involved in charities of some kind,

---

[36] G. Robbers, *Diversity of State-religion relations and European Union unity*, in *Ecclesiastical Law Journal* 7, 2004, pp. 304-316.

[37] The ICCPR Article 18(4) states that "Every child shall enjoy the right of access to education in the matter of religion or belief in accordance with the wishes of the parents…"

[38] The Anglican Health Network (AHN). According to their web-site the AHN provides a form by which Anglicans everywhere can share their experience in health and healing. It offers opportunity to collaborate to strengthen Anglican health mission, especially amongst the most vulnerable. www.anlicanhealth.org.

such as those helping the homeless. There is therefore, a distinction to be drawn by which religious freedom provides for the individual to practice their religious beliefs and also to provide religious organizations some role in providing public sector services.

Beyond this freedom of individual practice and religious activity within the public sphere lies the idea of religious liberty, that religious organizations should be also free to control their own affairs. Note has already be made of marriage [39], but other actives of religious significance are also given liberty to act. Directive 93/119 [40], for example, regarding the slaughter of animals for consumption states that "the religious authority on whose behalf slaughter is carried out shall be competent for the application and monitoring of the special provisions which apply to slaughter according to religious rites". Other areas of religious liberty can be seen in regards to employment law. For example Directive 2003/88 [41] Article 17(1) provides for certain derogation from Article 3 on daily rest; Article 6 on maximum weekly working time; and Article 8 on the length of night work in respect of workers officiating at religious ceremonies in churches and religious communities. The nature of religious freedom therefore extends beyond that of individual freedom to hold and practise a belief. It extends to Member States permitting religious bodies to undertake certain public sector activities such as education and health; and to the idea of religious liberty, that is, for religious bodies to organize their own internal activities in ways which derogate

---

[39] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., identifies three categories regarding religious marriages:
-States which recognize the validity and public effects of certain religious marriages formed at the time of their ritual celebration provided the conditions of civil law are met.
-States which recognize Catholic marriages as religious marriages with effect from the time of their ritual celebration but recognize the marriages conducted by ministers of other faith communities as essentially civil marriages merely solemnized in a religious context and formed on subsequent civil registration.
-States which do not recognize religious marriages at all but may permit a religious ceremony subsequent to a civil marriage, or indeed penalize their solemnization under criminal law if conducted prior to a civil marriage.

[40] Council Directive 93/119 on the protection of animals at the time of slaughter or killing.

[41] Council Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organization of working time.

from some of the general laws of a Member State such as in employment practice or food regulations.

Alongside these religious rights is also the right to be free from discrimination and the exercise of equity of religion. By Article 10 TFEU combating discrimination is an aim of the Union particularly in areas of sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. The prohibition of religious discrimination is also found in many of the constitutions of the Member States and, as a consequence of European Union directives within the laws of the Member States. As Doe, N. notes discrimination is forbidden on grounds of religion in France, Ireland, Italy, Portugal and Sweden; religious conviction in Latvia and Malta; religion or belief in Germany, Spain, Cyprus and Czech Republic, Hungary, Slovenia and the United Kingdom; religion and belief in Austria, Finland, Poland and Luxembourg; religion or faith in Denmark and Bulgaria; religious or other beliefs in Greece; religious political or other beliefs in Estonia; religious or philosophical beliefs in Belgium and The Netherlands; and religious beliefs or convictions in Lithuania. Any form of religious discrimination will require the Court to define the nature of religion and/or belief.

Direct discrimination is where one person is treated less favourably than another while indirect discrimination occurs where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief… at a particular disadvantage compared with other persons [(42)]. Discrimination occurs therefore, against individuals because they hold a particular belief, religious or otherwise. Discrimination may occur when an employer prohibits the wearing of religious-related clothing such as headscarves or who does not 'short-list' a male Muslim who was qualified for the position and had relevant experience [(43)]. However, issues of religious discrimination, either direct or indirect, remains with the Member States to implement, from the Treaties or subsequent secondary legislation. As Doe, N. notes there are four basic issues regarding the implementation

[(42)] Council Directive 2000/78/EC a general framework for equal treatment in employment and occupation, Article 2(2)(a)&(b). In addition to discrimination some Member States have laws relating to harassment and victimization. In the UK harassment is an offence in its own right under the Protection from Harassment Act 1997.

[(43)] UK: *Bodi v Teletext* [2005] ET Case no. 3300497/2005 (13-14 October 2005).

of these laws (five if one considers the founding principle of equality). First what are the grounds of religious discrimination; second the fields to which these laws apply (such as employment); third the type of discrimination, and fourth the exception which permits discrimination [44].

It is possible to derogate from non-discrimination laws in certain circumstances and one such circumstance relates to employers with a religious ethos. However, by Article 4, Directive 2000/78, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, the discriminatory action must be a matter of genuine occupational requirement constituting an essential and determining requirement. However, as Doe, N. notes that in most States discrimination is lawful when an institution has a religious ethos [45]. Other examples where an organization may discriminate are where ministers of religion are of only male gender or particular religious belief [46] or where a nursing home affiliated to a particular religion was able to dismiss an employee on the basis that she had left the Church.

The notion, therefore, that there should be freedom of religion will contain a number of components. First that individuals should be free to practise their own belief in their own way subject to the laws of the Member States. Here there is a strong notion of self-determination. Second that individuals who practise their religious faith should be free from discrimination both within the public and private sectors. Third that religious organizations should be free not only in determining their own internal structure, but also be free at times to derogate from non-discrimination laws. Fourth that religious organizations should be free to participate in policy decision-making in their Member States and also within the European Union. The issues of religious discrimination therefore, are principally with the Member States in implementing European Union anti-discrimination law rather than with the European Union itself. However, the invitation to religious organizations to participate in dialogue with the European Union means, to some extent,

---

[44] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p. 65. Although the Commission has the task of monitoring implementation of European Union law in reality the Commission is reliant upon complaints sent to it by European Union citizens or third country nations affected by the non-implementation.

[45] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p. 76.

[46] Ireland: Equal Status Act 2000, s 7.

that they should not be excluded from such dialogue; which would be a quasi form of discrimination.

Inherent within these freedoms therefore, is the notion that the religious should be protected. Not only so that they may be free to practise their belief but also in that they are conceived as making a contribution to society. Inevitably this protection must extend to protecting the religious either through private law or through the criminal system. Many Member States have for example an offence of defamation of religion either directly [47] or indirectly under the general laws of defamation. Such acts which are considered as defaming are both words and gestures. The rationale for such an offence of defamation is, as Doe, N. notes "that of public order rather than overt recognition of any value inherent to the religious doctrine attacked" [48]. Beyond defamation some Member States protect religious feelings, that is, protecting those of a religious faith from being mocked, in public, on grounds of their religious belief [49]. Protection too is found for disturbing religious worship, for the disturbance to religious services or other public religious functions [50]. Other criminal offences include the incitement of religious discrimination and hatred. Here violence or acts of provocation to violence, including the publication of such provocation is a crime [51]. In the United Kingdom the incitement to religious hatred includes words or behaviour; display, publishing, or distributing of written material; the public performance of a play; distributing, showing, or playing a recording; or broadcasting or including a programme [52]. The offence covers the

[47] This can be found in the laws of Ireland, Denmark, Finland and Sweden inter alia. In Austria there is an offence of disparaging religious doctrine.

[48] N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p.144.

[49] In the Portuguese Penal Code (PC) there is a crime against hurt religious feelings.

[50] Denmark: Strfl, para 137, stk 2. In fact many Member States have criminalized the disturbance of religious worship: Belgium: PC, Art 143; Cyprus: PC, Art 139; France: Law of 9 December 1905, Art 132; Ireland: Ecclesiastical Courts Jurisdiction Act 1860, ss 2 & 3; Luxembourg: PC, Art 142; Poland: PC, Art 194; and Portugal: PC, Art 252 *inter alia*.

[51] Austria: PC, para 283; Belgium: Law of 10 May 2007, BS, 30 May 2007, Art 22; Bulgaria: PC, Art 162; Czech Rep: PC, s 196; Hungary: PC, para 269; Italy: Law 85/2006, Art 13; Latvia: Criminal Law (1998), s 149; Luxembourg: PC, Art 457-1; Spain: PC, Art 510; and The Netherlands: PC, Art 137d, *inter alia*.

[52] UK: Racial and Religious Hatred Act 2006, s 29.

threatening, abusive or insulting actions intended to stir up religious hatred.

Such criminal offences against individuals or religious organizations inevitably bring about a tension between religious freedom and freedom of expression [53]. Freedom of expression is also a fundamental right given to individuals and thereby extension to, for example, the media. Freedom of the press may be protected by the laws of the Member States [54]. Such freedom allows the press to express opinions on and about religion or religious matters although it cannot of course be defamatory, outrage religious feeling or incite religious hatred. Within a number of Member States the media are subject to a self-governing system which forbids journalists to encourage discrimination, ridicule, prejudice, or hatred on grounds of religion [55]. This also extends to advertisements and broadcasting either by radio or television. It is clear, therefore, that religious freedom involves not only the private law systems but also the criminal legal systems by way of protecting religious belief, worship and organizations against defamation, offensive behaviour and incitement to hatred [56]. Member States see this however, as an issue of public order, not as an endorsement of religion *per se*.

The protection of the freedom of religion is of course not absolute. Religious organizations also have to comply with the laws of the Member States and Member States may, on grounds of public policy derogate from some of the freedoms provided by the European Union. However, since the Amsterdam Treaty Declaration or perhaps even earlier with Jacques Delors 'a soul for Europe' religion has become part of the European Union's networking; beyond just the dialogue with civil society [57]. It cannot, and

---

[53] The Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 10(1) states "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and import information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.

[54] Belgium: Const, Art 25; Italy: Const, Art 21; and Greece: Const, Art 14 *inter alia*.

[55] Ireland: National Union of Journalists Code of Conduct, para 10.

[56] Although blasphemy is now, or becoming decriminalized some Member States still consider blasphemy a crime. However, in most Member States it has been abolished as a crime.

[57] As S. Robber, *Diversity of State-religion relations and European Union unity*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 7, 304-316, 2004, p. 312 notes "let aside the common constitutional traditions of the Member States concerning their laws on religion…The European law on religion

should not be denied that the Union has roots in Christianity and particularly perhaps Roman Catholicism; and thereby its concern is not to exclude other religions. The Union, in seeing the benefits of religion as part of its diversity aims at seeing religion as pluralistic, as part of a multi-dimensional religious diversity which is necessary for an inclusive, integrated Union.

5. — *Laïcité Positive et Laïcité Neutre.*

At the same time the Union is conscious of its secular governance; the laïcité nouvelle, the laïcité positive, et laïcité netre [58]. In other words that at the Union level it is universal and neutral thereby guaranteeing equal treatment to all religions. This has also been seen as a secularization of not only the European Union but also its Member States. However as Ferrari, S. [59] notes this process of secularization may be seen differently from the retreat of religion in governance to one of transfer, that is, of the transfer of the religious values into secular forms within the ideological and institutional sphere. There is however, a danger seen in this secularization of the public sphere in that there is a reproduction of theological Christian principles into a secular guise. As Ferrari, S. notes that if this is the case then this secularization model "risks being unintelligible to communities originating from other cultures that are unrelated to the attitudes generated by the Judeo-Christian anthropology." [60] This means of course that the relationship religion has with the European Union should rest on the Union's positive neutrality

---

knows norms of constitution quality: freedom of religion; freedom of religious education; religious non-discrimination, and other. The European law on religion knows norms of other standing, spread through regulations and directives; respecting church self-determination in church institutions, protecting religious feeling in media directives. This European law on religion knows declarations on the status of Mount Athos and on respecting the legal status of Churches, religious and philosophical communities in the Member States.

[58] Laïcité de l'État: Expression signifiant que l'État (1) est par nature un phénom□ ne non religieux ; (2) adopte à l'égard des Églises et des religions une attitude sinon d'ignorance, du moins d'impartialité, de neutralité. Lexique de termes juridiques.

[59] S. Ferrari, *Law and Religion in a Secular World: A European Perspective*, in *Ecclesiastic Law Journal*, 14, 2012, pp. 355-370.

[60] S. Ferrari, *Law and Religion in a Secular World: A European Perspective*, cit., p.362.

(laïcité netre) in religious matters. As Minkenberg, M. notes this positive neutrality means that the European Union (although he was referring to States) is not simply neutral towards religious communities but grants them certain privileges which are justified by recognition of a positive role of religion within the European Union [61].

Religion does play a special role in politics because as Katzenstein, P.J. notes, Churches are not simply interest groups but act as "parapublic institutions"; that Churches throughout the Member States undertake a significant amount of the social services provided within Member States linking them directly to the public sector. Churches become then not only interest groups but also have special public recognition at the same time as being private organizations. But the Union also sees that religion and politics may bring an unwanted, even dangerous element. The Union recognizes the dangers of radicalization of religious groups [62]. As Enyedi, Z. also notes referring to the rapporteur comments at the Assembly of the Council of Europe 1999 when discussing religious sects the rapporteur noted the danger of some religious sects and narrow-minded religious groups which may prevent a natural sense of people's spiritual values. Part of the Union's role therefore needs to guard against religious opinions which are not open to toleration. However, such a threat, although serious, represents a very small proportion of religious activities within the European Union. The Union clearly sees its Christian heritage, the value of religion, in all its forms, in contributing to the development of Union policies through a process of dialogue; the need is to protect religious freedom; and at the same time be committed to neutrality, to laïcité.

---

[61] M. Minkenberg, *The Policy Impact of Church-State Relations: Family Policy and Abortion in Britain, France, and Germany*, in J.T.S Madeley, Z. Enyedi, *Church and State in Contemporary Europe: The Chimera of Neutrality*, London, 2003, p.198.

[62] In Common Position 2005/304 Art 11 "in dealing with conflict prevention, management, and resolution in Africa, the European Union must evaluate possible cooperation at national and international levels, to address the problem of relationship between the radicalisation of religious groups and their vulnerability to terrorist recruitment, in a conflict prevention and peace building perspective".

6. — *EU Position Concerning Third Countries.*

It seems clear, therefore, that the European Union has, in and of itself, as well as through its Member States, a relationship with religious bodies that constitute an internal view, that is, an understanding that religious bodies play a significant role in many of the Union's actives. However, the Union also has an external view, that is, concerning religious bodies, particularly as minorities, in countries other than those which constitute the European Union. A recent report on resolutions passed by the European Parliament [(63)] on religious freedom show a significant concern regarding religious freedom in third countries. Between January 2011 and September 2012, forty-nine resolutions were passed by the European Parliament relating to religious freedom in third counties. Such resolutions concerned harassment of religious minorities such as the Baha'is in Iran; intimidation of Buddhist monks in Burma; that Coptic Christian communities live in peace in Egypt; concerns of violence against minorities, particularly Ahmadi Muslims, Christians, Baha'is and Buddhists in Indonesia; and calls on the Bahraini authorities to restore freedom of religion.

During the same period the European External Action Service made forty-seven statements, many by the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy. Such statements included a deep sadness on the attack at the Coptic Church in Alexandria killing and injuring worshipers, and "The High Representative is deeply disturbed by racist and ant-Semitic statements made by Iranian...". More generally statements such as: "faced in recent months with an increasing number of acts of religious discrimination and violence in different parts of the world, we need to send a strong, collective message against intolerance and in favour of the freedom of religion or belief for all everywhere"; "The persecution of religious minorities, anywhere, is wrong, fundamentally wrong. Freedom of religion and belief is absolutely a fundamental part of who we are as Europeans and we support that everywhere in the world"; and "Discrimination against people of faith, including

---

[(63)] A Compilation Report on Religious Freedom at the European Parliament and the European External Action Service (EEAS) (January 2010 – September 2012), COMECE, 2012. The EEAS is the Union's diplomatic corps under the Common Foreign and Security Policy.

Christians, as well as those who have no religious belief. Tolerance is at the root of the EU. That is why the EU needs to strengthen its policy on the freedom of Religion or Belief, which is so fundamental to a free society".

7. — *Conclusion.*

The integration of religion within the European Union has, I believe, become an important part of the Union's identification with its citizens. Particularly in the sense that the Union identifies religion in a wide sense: theistic, non-theistic, agnostic, atheistic, and the unconcerned. This may suggest that almost anything therefore, can be considered religion. However, using its Member States' definitions of religion it is clear that there must be a recognizable form of belief and that it is possible to identify certain facets such as doctrines, creeds, formularies, confessions, and tests. We see, therefore, a close association with the European Union and its Member States regarding religion; particularly respecting the Church-Member State relationship. There is a clear indication that the European Union builds upon this Church-Member State relationship. And it is this building upon Church-Member State relationship that we see the European Union engaging with religious bodies.

One clear indication of this building upon Church-Member State relationship is the Union's dialogue with religious bodies. This dialogue, as noted by Povlovic, P. has been increasingly of an ecumenical character [(64)]. In

[(64)] P. Pavloic, *The Dialogue of Churches with European political institutions*, in L.N. Leustean, (ed) *Representing Religion in the European Union: Does God Matter?* London & New York, 2013, pp 105-116, and p. 110. He notes "Cooperation between Churches of Anglican, Orthodox and Protestant church families in the framework of the Conference of European Churches (CEC) and their cooperation with the Roman Catholic Bishops' Conference of the European Union (COMECE)…proved to be an effective instrument giving the Churches much more convicing arguments in their approach to the political institutions". In fact, since Jacque Delors 'A Soul for Europe' a number of religious bodies have become part of this dialogue process including a Jewish Contribution to an Inclusive Europe (CEJI); the Forum of European Muslim Youth and Student Organization; the European Baha'i Business Forum, and the European Humanist Federation.

fact the document Charta Oecumenica [65] expresses a joint commitment of the various Churches to European development. It is true that the drive for this dialogue and European development has been a particularly Christian approach for social cohesion and a Union based on religious values. However, this dialogue, as Wilton, G. noted has not been, in fact, an easy one as both parties, religious leaders and European Union institutions, come to this dialogue from very different perspectives not easily bridged. Even so this dialogue process has become an integral part of the Union; as part of the Union's Soul of Europe.

However, it is important, as Minkenberg, M. notes that it is necessary to separate the issues of Church-Member State and Union relationships from issues of religious freedom, since the nature of religious freedom must rest on Member States, Union's, positive neutrality in religious matters [66]. In other words this development of religious freedom through the laws of the Member States and that of the European Union builds upon this dialogue process and understanding of the positive role these religious bodies have to offer.

The nature of religious freedom is wide, for it not only constitutes freedom of the individual to practise their faith and belief; free from governmental interference and discrimination, and free from persecution by others, but also freedom to operate. This operational freedom includes the freedom to self-determination; to determine their own internal affairs. Furthermore this operational freedom includes the right to be active within various communities and provide public services such as education, health, and working for the needy such as the homeless. The right to conduct marriages and funerals, the right to enable divorce or the right to ritualistic slaughter of animals. The notion, therefore, of religious freedom contains many com-

[65] Charta Oecumenica, Conference of European Churches. Available from their website ceceurope.org.

[66] M. MINKENBERG, *The Policy Impact of Church-State Relations: Family Policy and Abortion in Britain, France, and Germany*, in J.T.S MADELEY,. Z. ENYEDI, *Church and State in Contemporary Europe: The Chimera of Neutrality*, London, 2003, p. 198. Minkenberg uses Germany as an example that positive neutrality means that the state is not simply neutral towards religious communities but grants them certain privileges which are justified by recognition of a positive role of religion in the country's public life.

ponents and provides not only laws to enable religious bodies to practise their faith but also laws, both civil and criminal, to allow for the defence of their religious faith and practices. These laws are, of course, permissive, and protecting religious freedom.

Religious bodies are, therefore, privileged in some respects. The Member States and the European Union makes room for the religious needs of society within a structure of secular governance; the laïcité positive et laïcité netre. But it has also been noted that, at least for the European Union, not only does the Union recognize the specific contribution religious bodies make to the Union, the internal view, but also the Union's understanding of religious freedom is not always respected, in the ways the Union understands religious freedom out side the Union, the external view. The Union has therefore not been backward in criticizing countries for their lack of religious freedom, their lack of tolerance, and their lack of protecting individuals where they are not only discriminated against but also subject to violence.

Religious integration therefore within the European Union, constitutes far more than recognizing religious values. Integration means understanding, understanding the role religion plays throughout the Union, both within its Member States and at a Union level. Understanding the contribution religious bodies make through their mission. Understanding that religious bodies also want a brighter European future.

Tercera parte

PERSPECTIVAS DE INTEGRACIÓN

VALENTINA COLCELLI[*]

PRIVATE LAW INSTRUMENTS AS WAY OF EU REGIONAL INTEGRATION

SUMMARY: 1. Instruments of private law and incentivising of regional process in European Union. — 2. Individual rights as construction of the EU legal system. — 3. A joint reconstruction between liability in horizontal and vertical relationships. — 4. Discretion and personal non-contractual liability. — 5. The guarantee of the EU legal system troughs the contractual liability and compensation for damages suffered. — 6. Non-wrongful conduct of Member States and recovery of sums paid but not due. — 7. Unimplemented Directives in the relationships between private individuals: a control system at the discretion of Member States. — 8. Conclusion.

1. — *Instruments of private law and incentivising of regional process in European Union.*

Regional integration is the process of overcoming, by common accord, the political, physical, economic [1] and social barriers that divide countries from their neighbours, and of collaborating in the management of shared resources and common regional goods [2].

---

[*] Università degli Studi di Perugia.

[1] S. A. RIESENFELD, *Legal Systems of Regional Economic Integration*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1997, 20, 3, p. 539, that speaks about the different levels of economic integration speaking about Free Trade Area, where internal trade barriers are eliminated while each member of the Free Trade Area retains their own tariff levels on trade with non-members; or a customs union is a Free Trade Area with the addition of a common external tariff imposed by all the members on external trade; or also a common market is a customs union with free factor mobility (including capital, labour, technology, and goods); an economic union encompasses the common market, with common fiscal and monetary policies, based upon a high level of co-ordination of member states economic policies; or an political union is the highest form of integration, and is based upon common institutions at a supranational level that replace the national institutions as the focus of political decision-making.

[2] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 1 October 2008, Regional integration for development in ACP countries, [COM(2008) 604 final

Generally speaking, "the term integration refers to various kinds of co-operation, co-ordination and association. As perceived by the developing countries, it is a process by which discrimination existing in national jurisdictions is progressively removed between the participating states. This is different from political integration, which may lead ultimately to the complete union of states" [3]. In this way the idea of regional integration explains how nations cease to be fully sovereign, and how they collaborate with neighbouring countries in giving up their sovereignty, gaining in exchange new techniques that can resolve conflicts that already exist or may come into existence [4].

The concept of regional integration recalls the idea of progressive integration between nations that find themselves to be neighbours in a limited space. This process determines a transformation and it is able to generate a change that brings a relative homogeneity in the behaviour of each country, in several spheres: social, cultural, economic, juridical, etc. [5].

The peculiar aspect of the actual means of contemporary regional integration is that it is not coercive by nature. Nations can appreciate general advantages – not only economic, but also in relation to other dimensions, such as security and environmental safety issues – in taking part in a process of regional integration, as part of a Union or Community [6].

The system favoured by the European Union is the most advanced form

---

– Not published in the Official Journal], that explains: The three main objectives of regional integration are: political stability: a pre-requisite for economic development; economic development: in larger, harmonised markets, the free movement of goods, services, capital and people enables economies of scale and stimulates investment; "Regional public goods": only cooperation between neighbouring countries can address trans-national challenges such as food security, preservation of biodiversity and tackling climate change".

[3] P.K Menon, *Regional Integration: A Case Study of the Caribbean Community*, in *Korean Journal of Comparative Law*, 1996, 24, p. 197.

[4] E. Haas, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre- theorizing*, in *International Organization*, 1997, 24, p. 610.

[5] P.K MENON, *Regional Integration: A Case Study of the Caribbean Community*, (1996), cit., p. 197; on the importance of the learning of the 'language' of globalized law in the contemporary processes of integration see P. Zumbansen, *Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation*, in *German Law Journal*, 2004, 5, pp. 1499-1520.

[6] M. Telò, *Europa potenza civile*, Bari-Roma, 2004, p. 91.

of regional integration [7]. "The EU cohesion policy is aimed at reducing regional inequalities and promoting the development of the lagging regions" [8].

Usually the process of regional integration is realised principally through international treaties, as stipulated by nation states. European integration offers a good example of those instruments that accompany the supranational construction built by constitutive Treaties and the juridical sources adopted by EU Institutions.

Private law instruments, of course, were born from the need regulate private and interpersonal relationships; they are now also new instruments for the realisation of European policies of regional integration.

The construction of the EU juridical system affects the legal systems of Member States in two ways [9]. On the one hand, due to the supremacy of EU law and the process of harmonisation of EU citizens' rights, the legal systems of Member States are directly influenced. On the other hand, competition among the legal systems of Member States influences individual rights indirectly. In the areas that are not part of the EU harmonisation process, this competition is more striking [10]. Participation of Member States in promoting this process, and ensuring the proper functioning of internal markets, as characterised by free the movement of goods, capital, services and persons [11], means that each Member State, in making its own legislative choices, must take the legislative choices of other Member States into account [12].

---

[7] A.M. Echol, *Regional Economic Integration*, in *International Lawyer* (ABA), 1997, 31, 2, p. 453.

[8] M. Farrell, *Regional integration and cohesion – lessons from Spain and Ireland in the EU*, in *Journal of Asian Economics*, 2004, 14, p. 930.

[9] E. Liikanen, *Co-Regulation: a modern approach to regulation*, Press Releases, 2000. Le Livre blanc sur la gouvernance européenne COM 428 (2001) final and Suivi du Livre blanc sur la gouvernance européenne – Pour un usage mieux adapté des instruments, COM (2782002) final, 5 June 2002, Recours encadré à un mécanisme de corégulation.

[10] Court of Justice, *Centros Ltd v Erhvervs / og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, in *ECR* 1999, p.I-01459, para 20 (opinion of Advocate La Pergola): "En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs («competition among rules») qui doit pouvoir s'exercer librement".

[11] Art. 3, 1, c), ECT, and Art. 2 EUT.

[12] J. Dickson, *Directives in EU Legal Systems: Whose Norms Are They Anyway?*, in *European Law Journal*, 2011, 17, pp.190-212.

In EU regulations the instruments and institutions of private law are capable of contributing to the regional integration process, often as effectively as through the use of the traditional instruments of public law.

In Europe, due to the widespread distribution of the EU legal system and legal systems of the Member States, the project of regional integration is also being realised with "*ausilium*" of the typical instruments of private law. The EU has been characterized recently by the use of new ways for governing integration, as complementary or alternative answers to legislative harmonisation realised with institutional instruments.

Private law has been – or is beginning to be seen as – a way to develop the integration process. In the European legal system this use of the typical instruments of private law is clear, because horizontal relationships in the EU legal system, also in view of the functions assigned to legal protection, are selected and adjusted to ensure the existence and survival of the EU legal system.

To understand this use of the instruments of private law it is necessary to analyse whether, in the EU legal system, the selection of relevant interests in horizontal legal relationships occurs in the same manner, and for the same purpose, as the qualification of rights in vertical legal relationships. The relationship between legal protection within the EU legal system and the qualification of individual rights in horizontal legal relationships therefore needs to be examined. EU rules, in both horizontal and vertical relationships, aim at consolidating the EU legal system. As a result, the Court of Justice assigns the function of guaranteeing the economic order sought by the EU to the typical principles of private law.

2. — *Individual rights as construction of the EU legal system.*

The European Court of Justice originally played the principal role in qualifying EU individual rights. The Court of Justice identified the existence of the EU legal system in the judgment *Van Gend en Loos* [13]. To guarantee

[13] Court of Justice, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*, C-26/62, 1963, ECR, 1. See A. VAUCHEZ, *The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity*, in *European Law Journal*, 2010, 16, pp. 1-28.

existence of the EU legal system, the Court does not rely on Members States but recognizes subjectivity to individuals. Individuals, trough the recourse to judges and implementation of remedies, become the principal guardians of EU Law. Recognizing subjectivity to individuals and providing remedies (by the Court) was also one way to strengthen the Community *primauté*. The Court uses the strategy of declaring rights to individuals to ground his "constitutional" intuition of existence of the Community legal system.

In order to achieve these aims, it is first necessary to analyse the methods adopted by the EU legal system to qualify individual rights, recalling that, in this system, handling of individual rights cannot be separated from analysis of remedies and of the systems for their protection.

In its early period of operation, between 1960 and 1970, the Court of Luxembourg used *Schutznormtheorie* to identify individual rights against European Institutions. *Schutznormtheorie* recognised a legal position without distinguishing between substantive rights and interests. At the same time, the Court of Justice used the principle of direct effect to identify individual rights against Member States.

This initial approach is no longer applied. The competences of the Community were increasing in a functional way in order to reach the internal market. Thus, it was very difficult to identify new individual rights – created during the expansion of Community powers – by applying *Schutznormtheorie* and the direct effect theory.

The Court of Justice therefore subsequently used the principle of useful effect to identify individual rights against Member States, which thus became debtors of the individual. The reference here is to the *Francovich* judgement, after which the qualification criteria for selecting individual rights changed.

The Court uses the idea, borrowed from the common law tradition, that remedies are one of the selection methods of significant subjective interest in the EU legal system. Remedies – ways of qualifying individual rights – follow the classical system of qualification of individual rights in the civil law, in which rights are expressed as rules.

Recourse to remedies goes beyond the approach – which we could define as *continental* – which makes rules the *locus* of the importance and effectiveness of individual rights. Thus, individual rights are qualified when the judges apply rules concreting and conforming to the objectives pursued by the Community.

In the EU, individual rights in horizontal and vertical relationships are protected by National Courts. However, EC (now Treaty on the functioning of the European Union) and EU Treaties have made "a number of instances for private persons to bring a direct action, where appropriate, before the Court of Justice, (…) not intended to create new remedies in the national courts to ensure the observance of Community law other than those already laid down by national law" [(14)].

In the Commission's Notice of 13 February 1993 on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 EC [(15)], the EU Commission explains that natural persons and enterprises are entitled to access to all legal remedies provided by Member States, in the same conditions that Member States apply in the case of violation of domestic rules.

Referring to the question of Arts. 105 and 106 TFEU (*ex* arts. 85 and 86 EC), the Commission stated that this equality treatment between domestic and Community rights does not only concern the final declaration of violation of competition rules, but, in order to promote effective judicial protection, also all EU rights.

EU individual rights find their legal protection in the national courts, in a sort of equality treatment with national individual rights. This is not surprising, in view of the relationship existing between directly applicable Community rules and the system of national legal sources.

The effective protection of individual rights regarding the EU legal system derives from the possibility of using them in actions before national courts [(16)]. It is for "the legal system of each Member State to determine which court has jurisdiction to hear disputes involving individual rights derived from Community law, but at the same time the Member States are responsible for ensuring that those rights are effectively protected in each case" [(17)].

[(14)] Court of Justice, *Rewe / Hauptzollamt Kiel*, C- 158/80, 1981, in *ECR*, p. 1805.

[(15)] OJ C39/6, 1993.

[(16)] Court of Justice, *Theresa Emmont / Minister for Social Welfare*, C-208/90, in *ECR*, 1991, p. I-4269.

[(17)] Court of Justice, *Bozzetti / Invernizzi*, C-179/84, in *ECR*, 1985, p. 2317.

When the national system of protection is not to able to guarantee Community rights sufficiently, the "equipment" provided by the EU legal system comes into action. The EU legal system has established a uniform network of safeguards of Community individual rights (liability of a Member State, recovery of sums paid but not due, disapplication and obligation to interpret national law in conformity with Community law) when the judiciary legal system of the Member State does not safeguard the effectiveness of the protection of Community rights. The EU legal system does not envisage specific or special protection for individual rights. It envisages that national legal protection provided by the Member States should be effective [18].

The Court is not interested in whether the legal protection guaranteed by different jurisdictions of Member States to Community rights is extremely high or better than any other. The national legal protection cannot descend below the *minimum* standard of necessary safeguards to ensure the effectiveness of the protection of Community rights. If and/or when this happens, the "equipment" (liability of a Member State, recovery of sums paid but not due, disapplication and obligation to interpret national law in conformity with Community law) provided by the EU legal system for the protection of the Community comes into action. The development of international regulation and the particular configuration of the Europe Union legal system can influence the status of individual rights in the legal system of Member States in different ways, by means of the circulation of juridical models among the various European systems [19].

Thus, the judiciary legal systems of the Member States ensure the supremacy of EU law and, at the same time, its effectiveness [20].

---

[18] About origins and scope of the general principle of effective judicial protection in EU law, see A. Arnull, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, in *Eu L Rev.*, 2011, 36, 1, p. 51; V. Colcelli, *Il sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali, in Europa e Diritto Privato*, 2, 2009, pp. 557-585.

[19] P. Monateri, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, in *Global Jurist*, 4, 2001, p. 575.

[20] K. Lenaerts and T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *E.L. Rev.*, 2006, 31, p. 287.

Individual rights protected by national/EU courts [21] are the best ways for EU integration.

3. — *A joint reconstruction between liability in horizontal and vertical relationships.*

The system which protects individual rights, based on the application of the principle of the *effet utile* (useful effect), can be seen as a new means of qualifying the rights of individuals. This is due to the fact that the principle of the useful effect has made a debtor of the Member State that is not active in terms of the obligation to implement those Community rules that are not directly applicable.

In certain cases, private individuals may also be held non-contractually responsible for failing to respect the EU law in question.

For the Court of Justice, the liability of private persons for infringement of Community law is one way of guaranteeing implementation of that law, like the liability of Member States.

This symmetry involves another concept: the criteria guiding actions for damages against Member States may be extended to actions for damages in relationships between private persons. In this sense, some attention should be paid to liability in horizontal relationships, i.e. the provisions of Regulation no. 178/2002. For instance, operators of the food chain may be required to compensate any damage caused by their products, not only because those products may be defective, but also because of the breach of the precautionary principle (Art. 21, Reg. no. 178/2002). However, infringement of the precautionary principle in the food chain by private persons may be a significant indicator of the possibility of joint reconstruction of compensation for damages in the EU legal system.

---

[21] On how the national Courts participate in the process of legal integration within the EU see U. Jaremba, *The Impact of EU law on National Judiciaries: Polish Administrative Courts and their Participation in the Process of Legal Integration in the EU*, in *German Law Journal*, 12, 3, 2011, p. 930.

The opinion of Advocate-General *Van Gerven* moves in this direction. In his concluding remarks to *Banks v. BBC* [22], *Van Gerven* believed that a significant number of elements could be found in the EU legal case of the Community's liability for qualifying private persons' responsibility in EU law infringement.

The first elements of contact between vertical and horizontal liability in the EU legal system are the rules intended to confer rights on individuals.

The infringement of EU rules, understood as aiming at conferring rights on individuals, is the reason for compensation claims for damages caused by institutions, Member States and individuals.

Among other things, identifying these categories of rules means clarifying which of them fall within the concept of the EU legal system of a rule intended to confer rights on individuals. Non-contractual liability is thus a "litmus paper" test for determining EU rules from which to implement individual rights. Principles infringed by institutions must be higher-ranking and designed to protect individuals. Traditionally, higher-ranking principles are the general principles of the EU legal system. However, the jurisprudence of the Court of Justice has taken a step forward. It has traditionally equated the meaning of higher rank with general principles, but the current trend of the Luxembourg judges is now different. The Court now uses the same criteria applied to configure the non-contractual liability of Member States to qualify the non-contractual liability of the Community [23]. Therefore, such non-contractual liability may be recognised even if the rule breached is not a higher-ranking principle as described above [24].

In the case of the non-contractual liability of the Community, Art. 263 TFEU (*ex* Art. 230 EC) indicates how to find the rules of law intended to confer rights on individuals. Criteria for identifying a higher-ranking principle are like those for identifying rules for legality review of institutional acts: the reference is the Treaty and fundamental principles, and not only general principles.

---

[22] Court of Justice, *Banks* / *BBC*, C-128/92, in *ECR*, 1994, p. I-1212, para 36-54.

[23] Court of Justice, *Bergaderm and Goupil* / *Commission*, C-352/98, in *ECR* 2000, p. I-5291.

[24] See again Court of Justice, *Bergaderm and Goupil* / *Commission*, cit.

Some judgements of the Court of First Instance move in this direction [25]. There are six recent judgements in which the Court reflects on the value of the WTO agreements. The Court of First Instance stated that these international agreements do not confer rights on individuals. The WTO agreements, by reason of their nature and structure, are not among the rules in the light of which the EU Courts review the legality of action by Community Institutions [26]. Only where the Community intends to implement a particular obligation assumed within the context of the WTO, or where the Community measure refers expressly to specific provisions of the WTO agreements, can the Court review the legality of the conduct of the defendant Institutions in the light of WTO rules [27].

Thus, in these judgements, the Court is referring to the meaning of the *higher-ranking principle*. It is among the rules that the Court uses in reviewing the legality of EU bodies' measures, in accordance with art. 263 TFEU.

Also in cases of non-contractual liability of Member States, principles designed to confer rights on individuals are deemed to be directly applicable Community laws (see, e.g., *Brasserie du Pêcheur*) and not directly applicable Community rules when their implementation is not carried out (see, e.g., *Francovich*).

In private relationships, only directly applicable Community laws confer rights on individuals, excluding Directives, even when self-executing.

The nature of EU law is not sufficient to identify non-contractual liability by the Community or Member States, and now also of individuals. Serious breaches of rules covering discretionary power in implementing legislative measures are enforcement elements for non-contractual liability of Community or Member States

In the case of no broad discretion, simple infringement of Community rights by the Community or Member States is enough to lead to configuration of non-contractual liability. Instead, when instruments of binding

---

[25] Court of Justice, *FIAMM e FIAMM Technologies / Council of the European Union and Commission*, T-69/00, in *ECR*, 2005, p. II-5393.

[26] Court of Justice, *Portugal / Council*, C-149/96, in *ECR*, 1999, p. I-8395, par. 47; Court of Justice, *OGT Fruchthandelsgesellschaft*, C-307/99, in *ECR*, 2001, p. I-3159, par. 24.

[27] See, as regards Court of Justice, *Fediol / Commission*, C-70/87, in *ECR*, 1989, p. 1781, para 19 to 22, and, as regards WTO agreements, Court of Justice, *Case Biret International / Council*, C-93/02 P, in *ECR*, 2003, p. I- 10497.

secondary legislation do not contain unconditional and sufficiently precise provisions, the non-contractual liability of Member States or EU Institutions does not emerge.

When the Institution has narrow discretionary powers to take a legislative measure, the simple failure to fulfil a Community rule is enough to indicate its serious breach.

Conversely, when discretionary powers are ample, the liability of national authorities does not emerge. In these cases, the liability of both Institutions and Member States only arises if they do not emanate a legal act, as they are required to do. It is, therefore, this omission that implies that they have seriously omitted carry out a required act.

The EU legal system shows that liability is not related to the nature of any substantive right. It is by reason of the recognition of a right to compensation that the conduct of others – States, Institutions or individuals – affects the legal position of a private person.

EU non-contractual liability may be described in the civil law tradition as a subjective right to have legal rights remedied if they have been damaged. Thus, the non-contractual liability of the Community may also be configured in the absence of infringement of rules. In this particular case, the extent of the damage suffered is sufficient for the claim: the breach must be sufficiently serious, and therefore a causal relationship must exist between it and the damage suffered by the injured party [(28)].

4. — Discretion and personal non-contractual liability.

The precautionary principle entails the perceived existence of discretion on behalf of those who are believed to breach it, and, as noted in Art. 21, Reg. no. 178/2002, if they are private persons (e.g., owners of restaurant chains). In this case, taking the example of the private operators of a chain of food distributors allows us the chance to delve into the relationship between discretion and non-contractual liability in cases relating to Institutions and Member States.

[(28)] Court of Justice, *Biovilac / Commission*, C-59/83, in *ECR*, 1984, p. 4057, para 28.

In cases of non-contractual liability relating to individuals, it is also important to show evidence of a sufficiently serious failure to respect a regulation, such as is the case with the precautionary principle. The precautionary principle can be defined as a tool that allows us to interpret scientific uncertainty. This being the case, it allows the interpreter some degree of discretion.

The precautionary principle derives from current scientific knowledge on the long-term consequences of a present situation of doubt, in relation to which *inertia* may cause irreparable damage.

The attention the Court pays to evaluating the existence of a relationship between the discretion granted to Member States or Institutions and the infringement of rules intended to confer rights on individuals should also be extended to the non-contractual liability of individuals.

Requiring private persons who exercise control over the food chain to respect the precautionary principle and, arising from its breach, their non-contractual liability, means assigning a role of protection of the general EU interest to a private/civil tool.

Protection of the EU legal system and the public order – not only economic – is the further objective ensured by recognition of non-contractual liability for infringement of the precautionary principle.

The precautionary principle has the same further function as that of remedies to contracts in contrast with Art. 101 TFEU. In this situation, the EU legal system assigns to contract not only the role of self-regulation of private interests directly involved in it, but also the function of guaranteeing the economic order sought by the European Union.

5. — *The guarantee of the EU legal system troughs the contractual liability and compensation for damages suffered.*

It is possible to make a claim for damages due to actions or contracts that restrict or distort competition, in accordance with Art. 101, paragraph 1, TFEU (*ex* art. 81 TEC), which deals with the conferral of rights on individuals.

The success of this legislation, and in particular the efficacy of the pro-

hibition established in paragraph 1, can be put at risk if a domestic legal system impedes the exercising of rights conferred by European Union law (the principle of effectiveness), through distortion of competition [29].

In the *Manfredi* judgements [30], confirming the Court's reading of *Courage v. Creahan*, the Court of Justice pointed out that Art. 101, paragraph 1 TFEU produces direct effects in horizontal relationships and confers on individuals rights which national courts must protect.

The nature of Art. 101 TFEU, in protecting the economic order of the E.U., legitimates anyone to rely on the invalidity of competition-restricting agreements and therefore to seek damages suffered, if a causal link can be established between the competition-restricting agreements or practice and the damage suffered.

Anyone who suffers damage (not only businesses but also consumers), affected by competition-restricting agreements, can claim for damages [31].

The case law of the Court of Justice on infringement of Arts. 101, 102 et seq. TFEU (Arts. 81 and 82 TEC), which are aimed at structuring and safeguarding the EU internal market, often combine claims for damages with those for absolute or relative nullity of the competition-restricting contract.

Protection for compensation guarantees the fundamental interests of the weaker party to conservation of the contract if the compensation means re-equilibration of the terms of that contract [32].

The fundamental interests of the weaker party to the contract, forced to undergo damage as a result of that sae contract, may coincide with a desire not to conserve an unfair or unbalanced contract. In this case, the remedy which most probably coincides with the weaker party's interest is a nullity action related to an action for damages, within the bounds of the negative interest.

---

[29] Court of Justice, *Courage / Crehan*, C-453/99, in *ECR*, 2001, p. I-6297.

[30] Court of Justice, *Manfred / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others*, C-295-298/04, in *ECR*, 2006, p. I-6619.

[31] Corte di Cassazione, 2 Febbrary 2007, 2305, in *Foro it*, I, 2007, c.1097.

[32] Commission White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2008) 165, 2 April 2008; P.J Wils Wouter, T*he Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *World Competition* 31, 2008, p. 325.

Conversely, the weaker party may envisage maintaining a contract which infringed competition rules. Thus, the balance of the terms of the contract is guaranteed by an action for damages, which is based on violation of rules intended to safeguard the internal market. In such cases, protection for compensation is not connected with any nullity action.

In this situation, the EU legal system assigns to the contract not only the role of self-regulation of interests of individuals directly involved in it, but also a function of guarantee of the EU economic order [33]. For this reason, contractual liability and actions for damages are ways of safeguarding the EU economic order [34].

6. — *Non-wrongful conduct of Member States and recovery of sums paid but not due.*

Wrongful conduct undertaken by Member States, as above noted, can be curtailed when a contravention is identified.

Before any parties can be held liable for compensation, any infringement of the rules on the part of Member States and the EU must be seen as sufficiently important. Any presumed breach by Member States and institutions has to go beyond the limits of their power, in such a way that a causal link can be seen between the breach and the damage. When such a breach is not clear, the individual retains, in any case, the right to have any funds paid but not due to Member States and Institutions returned.

With regard to the non-wrongful conduct of Member States or Institutions, there is one way of protecting the individual rights of EU citizens: the principle of unjust enrichment.

The action of recovery of sums paid but not due is an additional way of guaranteeing the effectiveness of rights within EU law and its supremacy.

In such cases, we explain the tendency on the part of the Court of Jus-

---

[33] COM (2001) 398 final, 11 July 2001, OJ C 255, 13 September 2001, 1; Grundmann, Stefan and Stuyck, Jules (eds) An Academic Green Paper on European Contract Law (2002, Kluwer, Den Haag).

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

tice to identify the existence of a right to repeated sums paid to Member States, which receive sums obtained on the basis of a national rule contrary to EU law. For example, it would be in contrast with the requirement for correct implementation of EU law for an individual to pay a tax which was later proved to be incompatible with EU law [35]; or to pay sums on the basis of an unlawful act according to EU regulations, which has been altered or annulled [36], and, in the reverse case, a Member State that does not recover illegally granted state aid [37].

In his opinion to *Express Dairy Foods* [38],the Advocate-General *Capotorti* qualifies the recovery of sums paid partially or totally unnecessarily but not due as a "*true subjective right*" of EU citizens. This right derives from a general principle common to the legal systems of all Member States.

In the recovery of sums paid but not due, the Court of Justice recognises the nature of a remedy common in the European legal system (reimbursement of charges paid but not due) applicable in vertical and horizontal relationships. For this reason, the Draft Common Frame of Reference (DCFR) contains a detailed description of recovery resulting from the termination of a contract or from any flaw in it. For example, the wrongful nature of sums which are the object of a contract and which are indicated in it may give rise to a claim of infringement of Arts. 101, 102 et seq. TFEU.

Thus, a typical principle of civil law, such as the reimbursement of charges paid but not due, achieves a specific purpose of the Community (whose right and whose supremacy would otherwise be frustrated). The aim of EU law would not be achieved if the effectiveness of the return of a sum received by a Member State by reason of a procedure adopted in violation of an EU law had not been ensured. The sum paid but not due would remain in the hands of the receiving Member State which, not in a state of non-

[35] Court of Justice, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / San Giorgio*, C-199/82, in *ECR*, 1983, p.3595.

[36] See *ex multis* Court of Justice, *Case Vreugdenhil BV / Commission of the European Communities*, C- 282/90, in *ECR*, 1992, p. 1937.

[37] Court of Justice, *Commission of the European Communities v Germany*, C-70/72, in *ECR* 1973, p. 813.

[38] Court of Justice, *Express Dairy Foods / Intervention Board for Agricultural Produce*, C-130/79, in *ECR*, 1980, p. 1887.

contractual liability, would keep for itself a sum of money collected in violation of an EU law. Again, the Member State which does not recover illegally granted state aid would invalidate any judgement of the Court of Justice on illegal state aid – with consequences, for example, for competition in the EU internal market.

Protection, through recovery of sums paid but not represents a tool for the completion and effectiveness of EU law. The EU therefore has a particular interest in ensuring that the Member State in question does not leave reimbursement of charges paid, or, *vice versa*, unimplemented, that it does not recover state aid illegally granted. The Court of Justice must be aware that the completeness of this kind of protection and its effectiveness may be mitigated by the tendency of domestic legislation, especially in the field of fiscal law, to reduce or exclude the requirement of the national government to pay sums perceived as not due.

7. — *Unimplemented Directives in the relationships between private individuals: a control system at the discretion of Member States.*

Individual rights, and not only in horizontal relationships, allow stakeholders to request that national legislation not be applied, if it goes against EU law. The only evident restrictions are those EU rules that involve the *effet utile*.

Directives that have not been implemented do not accompany non-application when it comes to relationships between private individuals**.** That said, the expansion of EU power means there remains the chance that Directives will not have some horizontal effect, as relates to the legal position of individuals in relationships that depend on yet to be implemented Directives. Indeed, some jurisprudence of the Court of Justice might be seen as evidence of this [(39)].

The Court has recognised some horizontal effects in one Directive not implemented in the legal system of the United Kingdom. It has recognised

[(39)] See Court of Justice, *Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, C-152/84, in *ECR*, 1986, p.723, and Court of Justice, *case Arcaro*, C-186/95, in *ECR*, 1996, p. I-4705.

rights to an employee against a Member State which was qualified not as a public authority but as a private employer [40].

In another case, the Court of Justice did not apply German law to an employment contract between *Werner Mangold* and *Rüdiger Helm*: the national law did not ensure the full effectiveness of the general principle of equal treatment for men's and women's work on grounds of age, during the period in which transposition of Directive 1999/70/EC had not yet expired [41].

These anomalous cases and their reasons may be explained by referring to the criteria governing non-application. In horizontal relationships, they assume a special connotation.

The reference is to *Unilver Italia Spa v. Central Food SpA* [42], which involved a law applicable to relationships between private individuals [43]. The question referred to technical standards and regulations [44] and their direct applicability in civil proceedings between individuals (concerning contractual rights and obligations) when they are contained in unimplemented Directives [45].

The Court of Justice answered the question, submitted in a preliminary ruling, stating that, in civil proceedings, a national court is required to refuse to apply a national technical regulation which was adopted during a period of postponement of adoptions prescribed in Art. 9 of Directive 83/189/EC: Arts. 8 and 9, cited, are technical standards and regulations.

The Court of Justice, according to its case-law, in which an unimplemented Directive cannot impose obligations on an individual and cannot therefore be relied against an individual [46], could not apply it in the case of *Unilever Italia Spa v. Central Food Spa*. Non-compliance with Arts. 8 and 9

---

[40] Court of Justice, *Foster / British Gas plc*, C-188/89, in *ECR*, 1990, p. I-3313.

[41] Court of Justice, *Werner Mangold / Rüdiger Helm*, C- 144804, in *ECR*, 2004, p. I-9981.

[42] Court of Justice, *Unilver Italia Spa / Central Food Spa*, C-443/98, in *ECR*, 2000, p. 1-7535.

[43] Court of Justice, *Unilver Italia Spa v Central Food Spa*, cit.

[44] Court of Justice, *CIA Security International SA / Signalson SA e Securitel SPRL*, C-194/94, in *ECR*, 1996, p.I-220, para 11, and in especially para 12. See also case Court of Justice, *Commission / Germany*, C-317/92, in *ECR*, 1994, p. I-2039, para 26.

[45] See also case Court of Justice, *Seda Kücükdeve / Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, in *Colum. J. Eur. L.*, 20010, p. 497, para 55-56.

[46] Court of Justice, *Faccini Dori / Recreb Srl*, C-91/92, in *ECR*, 1994, I-3325, para 20.

of Directive 83/189/EC, which constitutes a substantial procedural defect, renders inapplicable a technical regulation adopted in breach of those Articles.

The Court, therefore, stated that its case-law on the prohibition of horizontal effects (rights or obligations for individuals) by unimplemented Directives cannot be applied when the infringement of a Directive constitutes a substantial procedural defect.

Non-transposition Directives that define the substantive scope of a legal rule create both rights or obligations for individuals, and the national court must decide the case before it on this basis [47]. This may also happen before the infringement by a Member State of a general principle of the EU legal system, in a Directive the period for transposition of which has not yet expired [48].

In the *Unilever* judgement, the technical regulation adopted in breach of Art. 9, cited, also had an effect on the free movement of products [49].

These judgements, which seem to show a trend different from the Court's settled case-law on Directives (see, e.g., *Faccini Dori*), are a clear indication of the meaning of non-application of national law in contrast with the *effet utile* of a Directive.

When, in the implementation of EU rules, the discretion of a Member State is not considerable, or, rather, is completely reduced (as in technical standards and regulations) or when it does not allow changes as a general principle, national legislation contrary to a Directive for which the period for transposition has not yet expired need not compulsorily be applied [50].

---

[47] Court of Justice, *Unilver Italia Spa / Central Food Spa*, cit., para 50 and 51.

[48] Court of Justice, *Werner Mangold / Rüdiger Helm*, C- 144804, in *ECR*, 2004, p. I-9981.

[49] On the value of arts. 8 and 9 of EC Directive 83/189 of 28 March 1983, OJ 1983 L109 8 –12, 30 see case, Court of Justice, *CIA Security International SA/Signalson SA and Securitel SPRL*, C-194/94, in *ECR*, 1996, p. I-2201.

[50] See H. Schepel, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, in *European Law Journal*, 18, 2012, p. 177, also on full direct horizontal effect and their important repercussions for private law and to resolve conflicts between economic freedoms and fundamental rights.

In these cases, the implementation of a Directive by the Member States cannot change the situation, because Member States have a non-considerable discretionary power in the implementation of technical regulations, like Arts. 8 and 9, cited.

This statement about horizontal relationships confirms conclusions on non-application in relationships between private individuals and Member States (vertical relationships): non-application is a check of discretion of the Member State in question [51].

Except in the conditions mentioned above, the legal protection of non-application does not apply when the EU law is characterised by the *effet utile*. In these cases, judges are obliged to interpret national law in conformity with EU law [52].

Also in horizontal relationships, application of national law is pursued by national courts partly through interpretations made following EU Law.

Unimplemented Directives, which cannot produce direct effects between individuals, may make immune from non-contractual and contractual liability individuals who are engaged in behaviour which, although not permitted by national law, is provided for in an unimplemented Directive [53].

When the moment for the implementation of a Directive has expired and the result prescribed by that Directive is not obtainable by the Member State, or through interpretation of national law in conformity with EU law, it is possible, as described above, to invoke the non-contractual liability of the Member State, in appropriate conditions [54].

---

[51] See Court of Justice, *Seda Kücükdeve / Swedex GmbH & Co. KG*, C -555/07, in *IRLR*, 2010, p. 346.

[52] Court of Justice, *Werner Mangold / Rüdiger Helm*, C- 144804, in *ECR*, 2004, p.I-9981 and O. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Comm. Mark. Law Rerw.*, 2004, p. 421.

[53] Court of Justice, *Marleasing SA / La Comercial Internacional*, C-106/89, in *ECR*, 1990, p. I-4135 para 9.

[54] Court of Justice, *Faccini Dori / Recreb Srl*, C-91/92, in *ECR*, 1994, p. I-3325, para 26, 27, 28, 29, 30.

8. — *Conclusions.*

In the European Union, and the EU legal system, new governance models are emerging as a complementary or alternative response to legislative harmonization [55].

Indeed, we can say that EU legislation follows a vertical partition in terms of economic sectors, abandoning traditional divisions between public and private law [56].

Relationships between individuals concerning contractual rights and obligations therefore emerged later in the EU legal system, but are still required to perform the same function that is reserved for individual rights in vertical relationships. "Contract law instruments such as tort or contract appear only as a small part of many possible tools harnessed in the pursuit of allocative efficiency or distributive justice, synthetically described as the correction of market failures" [57]. "The multilevel dimension of European private law rests on the use of combined instruments that operate through the choice of law made by parties and harmonized legislation. Within this combination, different regulatory strategies have to be employed to simultaneously perform the design of an integrated European market and provide the responses to its failures" [58].

Private and public law can been seen as a way to describe the difference between two distinct regulatory strategies of the European Union and national markets, however the instruments for correcting market failures, and

---

[55] On the reciprocal influence among legal systems in Europe, see V. Colcelli, *Reversing Ubi Jus ibi Remedium in Civil Law: the Italian case of consumer protection*, in *European Review Of Privat Law*, 1, 18, 2010, p. 143-154.

[56] F. Cafaggi, H. Muir Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham, 2009, p. XI, explains: "the variety of means available to achieve these goals – which range from traditional public law tools such as state ownership, public franchising or licensing, through the more familiar forms of regulation which rely on semiprivate bodies or independent regulatory agencies for standard-making or market controls, to various and still experimental forms of self-regulation by means of voluntary arrangements on the other end of the scale – call for a general framework in order to avoid conflicts, incoherence or redundancy between regulatory approaches".

[57] Id., p. XI.

[58] See again Id., p. XI.

to guarantee the economic order sought by the EU, range across the public and private laws. The selection of public rules is very different (and includes licensing, prohibition or prior authorization, quality standards, mandatory disclosure), and it could potentially be accompanied by administrative or criminal sanctions. In individual situations, contract law and other private instruments could provide complementary remedies: such as the consequences in the particular case of consumer law relating to information problems, or the tort law that allocates the effects of externalities suffered by third parties. This has been done by determining, for example, the relationships between buyers and sellers [(59)], service providers and their customers, citizens and polluters, producers and users of products, with mixed forms of economic and social rules. These relationships now largely overshadow the ex-post, remedial, market-based arrangements typical of private law, which rely primarily upon the Courts for their implementation.

Therefore the Court of Justice assigns the function of guaranteeing the economic order sought by the EU to the typical principles of private law [(60)], because in horizontal relationships EU rules have the purpose of consolidating the EU legal system, which was initially structured by the regulation of vertical relationships.

All EU laws regulate relationships – whether vertical or horizontal – but they do not regulate generic relations. These relationships have the aim of pursuing the *primauté* of the EU, and conserving the EU legal system and its internal market.

[(59)] EC Directive 1999/44 of 25 May 1999, OJ 1999 L 171/12 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; EEC Directive 93/13 of 5 April 1993, OJ 1993 L 95,29-34 on unfair terms in consumer contracts; EC Directive 1999/44 of 25 May 1999, OJ 1999 L 171 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; EEC Directive 85/577 of 20 December 1985, OJ 1985 L 372 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises. W. G. Friedmann, *Some reflections on status and freedom, Essays in honour of Roscoe Pound*, 1962, Daytona, p. 222. And see Resolutions of EU Council O.J. C 92/1, 1975, O.J. C 133/1, 1981, O.J. C 167, 1986; see also European contractual law Com (2001) 398 def.; protection of consumers' and users' rights (Com/2002 208 def.) and the Green Book (Com/2001 531 def.).

[(60)] H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999; see also H. Collins, *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: in Search of the Philosopher's Stone*, in *European Review Of Contract Law*, 2, 2006, p. 213.

Due to the close functional relationship between legal protection and substantive rights in the EU legal system, integration with national courts strengthens the above considerations; private relationships have the aim of conserving the legal system, which was established by Treaties and which, within the interstices of the rules, the Court of Justice originally encoded and continues to interpret.

Relationships between individuals, concerning contractual rights and obligations, emerged later in the EU legal system, but they are still required to perform the same function that is reserved for individual rights in vertical relationships.

Therefore results achieved in terms of the function and nature of non-application may be extended from vertical to horizontal relationships: in both, non-application is a tool of control at the discretion of Member States in transposing Directives into national law. Also, national laws are inapplicable if they conflict with the effects envisaged by EU rules. This is especially true in cases when the time for protection through non-disapplication is anticipated with respect to the moment of the transposition of a Directive, when that Directive contains technical standards and regulations. This happens when Member State discretion is weak. Which is to say, in horizontal relationships, national legislation contrary to a Directive when the period for its transposition has not yet expired and need not be applied.

The Court of Justice also gives an additional meaning to non-contractual liability in horizontal relationships. Such non-contractual liability ensures the full effectiveness of EU law, as in vertical relationships.

The fact that today we can trace a trend towards the uniform definition of non-contractual liability in EU law reinforces the logic of EU judges: infringement of EU rules set out for the purpose of conserving the EU legal system, carried out by individuals against other individuals, means ensuring the *effect utile* of EU rights [(61)].

The EU discipline relating to competition may be interpreted in this sense, since anti-competitive business practices that have a direct impact on end consumers are prohibited. Thus consumers may receive compensation

[(61)] Court of Justice, *Courage / Crehan*, C-453/99, in *ECR*, 2001, p. I-6297, para 26 and 27.

for damage caused to them by businesses infringing EU competition rules.

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

The EU legal system, as mentioned above, also assigns the function of guarantee of the economic order sought by the European Union to the recovery of sums paid but not due and to contract liability (two typical civil law principles).

They can be used to demonstrate broader conceptual claims: in the EU legal system, the selection of relevant interests in horizontal legal relationships arises for the same reason, and in the same way, as the qualification of rights in vertical legal relationships, i.e., to consolidate the EU legal system. There is a relationship between legal protection within the EU legal system and the qualification of individual rights in horizontal legal relationships, and between these new modes of governance and the regulatory functions of European private law: EU rules, in both horizontal and vertical relationships, aim at consolidating the EU legal system, and regional integration in the EU internal market. It follows then that the same typical instruments of private law can prove useful in support of integration.

Hellen T. Pacheco Cornejo [*]

PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA INTEGRACIÓN DE CHILE A LOS MERCADOS INTERNACIONALES. EL DESAFÍO DE LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE SU PATRIMONIO INTANGIBLE

Sumario: 1. Introducción. — 2. Expansión de las normas de Propiedad Intelectual. — 2.1. Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas. — 2.2. La apropiación no autorizada. — 3. Patrimonio intangible de los Pueblos indígenas. — 3.1. Normativa aplicable en Chile. — 4. Jurisprudencia asociada al tema. — 4.1. Corte Suprema. — 4.2. Cortes de Apelaciones. — 4.3. Jurisprudencia Administrativa. — 5. Sugerencias y conclusiones.

1. — *Introducción.*

La sociedad del conocimiento se basa en la generación de bienes y servicios basados en conocimiento, el cual es protegido jurídicamente a través de diversos instrumentos de las normas de propiedad intelectual [1]. La implementación de estas normas han generado fricciones en el goce de los derechos humanos y, en especial, en los derechos de los Pueblos Indígenas principalmente por promoverse desde sectores sensibles como la agricultura y la salud [2].

---

[*] Universidad de La Frontera.

[1] La propiedad intelectual distingue dos ramas: una relativa a la protección de las obras artísticas y literarias a través de los derechos de autor o copyright en inglés, que comprende obras como libros, pinturas, fotografías, mapamundis, etc., y otra rama denominada propiedad industrial que comprende las marcas, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, obtenciones de variedades vegetales y otras análogas.

[2] U. Popova-Gosart, *Knowledge & Indigenous Peoples*, en *Ed L'auravetl'an Information & Education Network of Indigenous Peoples*, Ginebra, 2009, p.19: In the 1970s, as the growing world economy became more dependent on the application of knowledge and technology, as opposed to labor and capital, the "information potential" of indigenous knowledge was accorded greater recognition. In addition, the recognition of TK's importance as an intangible aspect of cultural/intellectual heritage (connected to the economic potential of TK, yet separate and distinct from it) also goes back to the 1960s-1970s.

A partir de la década de los '70, Chile mejoró sus niveles macroeconómicos apoyándose en un modelo de economía de mercado, con una apertura incondicional a los mercados internacionales, lo que se denominó "estrategia de crecimiento hacia afuera" [3]. Sin embargo, esta apertura económica, de la cual el reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual es una condición necesaria, no tuvo como complemento la adopción de normas y políticas que corrigieran efectivamente las consecuencias asociadas al incremento en la explotación de sus recursos naturales y establecieran un equilibrio en relación a los derechos de sus nacionales, especialmente en cuanto a lograr un crecimiento con equidad y democracia [4].

A partir de 1990, Chile afianzó esta estrategia mediante la celebración de diversos tratados multilaterales de comercio, tratados que comprenden normas sobre propiedad intelectual, no obstante no ser un país fuerte en creación de conocimiento formal, científico y/o tecnológico [5]. El país adhirió a todos los tratados multilaterales cuyo objeto principal es la protección de la propiedad intelectual, ya sea de la Organización Mundial del Comercio y sus agencias especializadas, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO por su acrónimo en español e inglés respecti-

---

[3] N. Eyzaguirre y otros, *Hacia la economía del conocimiento: el camino para crecer en el largo plazo*, Capítulo IV de la Exposición Sobre el Estado de la Hacienda Pública, presentada ante el Congreso Nacional en octubre de 2004. Valparaíso, 2005, p 6: En paralelo a esta apertura comercial, la economía chilena, así como las de otros países en vías de desarrollo, a la vez de aumentar sus exportaciones en productos primarios, comenzó a hacerse más intensiva en la demanda por bienes cuyo valor agregado consistía en conocimiento, conocimiento altamente especializado, sin que haya existido ni exista una expansión correlativa en la capacidad para generar nuevo conocimiento.

[4] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013, *El Informe mundial sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, Nueva York, Estados Unidos, p. 152. Si bien es cierto que Chile es uno de los países que ha mejorado en forma sostenida sus índices de desarrollo humano entre 1990 a 2012, llegando a ubicarse 40 en el mundo y el primer país en América Latina, no ha logrado disminuir la brecha que existe entre los sectores más desposeídos y aquellos más pudientes de su sociedad.

[5] A. Ompi, *Informe sobre la Propiedad Intelectual en el mundo 2011. Los nuevos parámetros de la innovación*, en *Serie Economía y estadística*. Ginebra, 2012, disponible en www.wipo.org Fecha de la última consulta 15 de Abril de 2013. De hecho, Chile es presentado como un país en crecimiento en cuanto a producción tecnología. Ver p. 36: Crecimiento de las exportaciones de alta y media-alta tecnología, tasa media de crecimiento anual, en porcentaje, 1998-2008.

vamente) en 1994 y otros como la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), al Acta de 1978, a la que adhirió en 1994, y al Acta de 1991 en 2010 [6]; Chile también celebró los denominados Tratados de Libre Comercio (TLC´s) con aquellos países con los un mayor intercambio comercial, cuya modalidad de negociación es de tipo bilateral, tratados con capítulos enteros sobre propiedad intelectual, la cual se consideró en la lista de aquellos bienes catalogados como inversión extranjera y, por lo tanto, una inversión a proteger y estimular en pro del crecimiento y la transferencia de tecnología para el desarrollo [7]. Ello implicó la promulgación de normas comerciales similares a las de Estados Unidos y, en lo que respecta a propiedad intelectual, la aceptación de niveles de protección incluso más altos que los de los tratados multilaterales de la OMPI [8].

Así, Chile construyó su marco jurídico sobre propiedad intelectual con base en la propia Constitución de la República de 1980, la cual en su art. 19 No. 25 garantiza el derecho a la propiedad intelectual como un derecho fundamental [9]. Respecto de los derechos de autor se reformó la ya exis-

---

[6] M. Abud, B. Hall, C. Helmers, *Intellectual Property and socio – Economic Development Country Study Chile*, Ed. WIPO, Ginebra, 2013, p. 7: "Chile offers an interesting example of a middle income country that has achieved considerable economic growth over the past decades, but that still relies heavily on commodities and agricultural products as its export base. Chile has also proactively integrated into the world economy through a large number of bilateral and regional trade agreements. It has modified its IP law several times during the past two decades, strengthening IP protection significantly. Shifting the sources of economic growth towards new sectors and gains in economy-wide productivity through innovation is an important imperative for Chilean policymakers."

[7] Á. Diaz, *América Latina y el Caribe: La Propiedad Intelectual después de los tratados de libre comercio*, 2008, Santiago, p. 18: "Ahora bien, el objetivo de los países latinoamericanos que negociaron los TLC fue consolidar, diversificar e incrementar las exportaciones hacia Estados Unidos y promover la inversión extranjera directa. A cambio de ello, estuvieron dispuestos a reducir aranceles, a fortalecer los derechos de PI (DPI), a abrir el mercado de las compras gubernamentales y a flexibilizar las regulaciones en materia de movimiento de capitales y servicios financieros."

[8] V. Toledo, *El nuevo régimen de propiedad intelectual y los derechos de los Pueblos indígenas*, en M. Berraondo, *Pueblos Indígenas y derechos humanos. Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao*, 2006. pp. 509 – 536, p 514. El autor estima de que existirían más de 2000 tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio conteniendo obligaciones relativas al respeto de los DPI "constatando obligaciones superiores al Tratado de los ADPIC".

[9] Constitución Política Del Estado, 1980, art.19 La Constitución asegura a todas

tente Ley No. 17.336 de Propiedad Intelectual del 02 de Octubre de 1970, reglamentada por el Decreto N° 1.122, de 17 de mayo de 1971 [10]; se dictó en 1991 la Ley No. 19.039 sobre Propiedad Industrial y en 1994 la Ley No. Nº 19.342 que Regula el derecho de los obtentores de nuevas variedades vegetales.

Tabla 1. – Marco de la Propiedad Intelectual en Chile

Propiedad Intelectual Reconocimiento Constitucional art. 19. No. 25		
Derechos de Autor	Propiedad Industrial	
Creaciones Artísticas, Científicas y literarias Ley 17.336	Patentes de invención. Ley 19.039	Marcas comerciales Ley 19.039
Programas Computacionales Ley 17.336	Modelos de Utilidad Ley 19.039	Diseños industriales Ley 19.039
	Obtenciones vegetales Ley 19.342	

Las consecuencias de dicha expansión se han manifestado con el tiempo, unas de tipo económicas, como el aumento de los registros de propiedad intelectual, y otras de tipo jurídico jurídicas, en el goce de derechos fundamentales para los chilenos como el derecho a la igualdad, a la salud, la alimentación y, por ende, a la vida, al ambiente, y ha profundizado la vulnerabilidad

---

las personas: No. 25º.- "La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior,".

[10] Esta Ley ha sido varias veces reformada: Ley N° 19.912 de 04 de noviembre de 2003, Ley N° 19.914 del 19 de noviembre de 2003, Ley N° 19.928 del 31 de enero de 2004, y la última fue Ley N° 20.435 de 04 de Mayo de 2010 que introdujo los denominados "usos justos" o "usos razonables" de propiedad intelectual.

en los derechos colectivos de los Pueblos indígenas, especialmente sobre la propiedad de sus propios recursos, la autodeterminación y el de manifestar y preservar la propia cultura [11].

2. — *Expansión de las normas de Propiedad Intelectual.*

La expansión de las normas de propiedad intelectual, entendida ésta como la adopción por mayor cantidad de estados de tales regulaciones, a nivel mundial manifiesta el mismo camino descrito a propósito de Chile: uno referido a la adhesión a tratados multilaterales y otro referido a la firma de tratados bilaterales de libre comercio conteniendo normas de protección de la propiedad intelectual como una inversión más [12].

Respecto de los tratados multilaterales en Propiedad Intelectual, éstos son relativamente antiguos. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial es de 1883 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas data de 1886, pero fue la Ronda de Negociaciones de Uruguay iniciada en 1986, concluida en Marrakech en 1994 y organizada con el objeto de fijar una política de aranceles y la liberalización de los mercados a nivel mundial, la que marcó un hito importante en la expansión internacional de las normas sobre propiedad Intelectual debido a la extensión y especificidad de los tratados ahí adoptados. Como resultado en

---

[11] Nicolás y otros, cit., p. 509: "La vieja práctica colonial de apropiación y saqueo del patrimonio cultural indígena —tradiciones orales, diseños, iconografía, arqueología ancestral, arquitectura, artes, tecnologías, música, lugares, topónimos, idiomas, etc. — adquiere hoy una nueva dimensión, en tiempos de economía simbólica. La biodiversidad indígena ha adquirido nuevo valor como mercancía y es susceptible de diversos modos de apropiación. Las nuevas regulaciones de Derechos de Propiedad Intelectual exponen al conjunto del patrimonio de los pueblos indígenas a inéditas y radicales practicas de fragmentación y usurpación a manos de terceros, ya sea como patentes, marcas, derechos de autor, indicaciones geográficas, nombres de dominio."

[12] Á. Diaz, *América Latina y el Caribe: La Propiedad Intelectual después de los tratados de libre comercio*, cit. p. 19: Actualmente se está mirando la PI bajo otro prisma: "La propiedad intelectual no es equivalente a la propiedad privada de bienes físicos: su propósito es generar suficientes incentivos para fomentar las innovaciones y las creaciones, asegurando al mismo tiempo la difusión social de sus contenidos y beneficios. Esto se logra mediante un conjunto complejo de normas y regulaciones que no establecen derechos de propiedad eternos y absolutos, sino temporales y sujetos a una serie de limitaciones y excepciones."

1994 se firman los tratados que cimientan el sistema del comercio mundial: El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que actualmente cuenta con 159 miembros [13], y sus anexos: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y el Tratado sobre los Aspectos de la propiedad intelectual ligados al Comercio (ADPIC o TRIP's). Este último anexo, tiene como objetivo regular el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual en los diferentes países miembros de la OMC a fin de que dicten normas nacionales con similares niveles de protección [14].

Con anterioridad, en 1967, al alero de las Naciones Unidas, se había firmado el Convenio de Estocolmo que creó la OMPI, siendo la sucesora de los órganos creados en el siglo XIX con el objetivo original de administrar el Convenio de Berna y el Convenio de París, organización que actualmente cuenta con 183 Estados miembros [15].

Otro tratado importante es el Acuerdo que crea la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), celebrado en 1961, de donde emanan las denominadas Actas de 1972, 1978 y 1991. Fija niveles de protección de nuevas variedades vegetales mediante derechos de obtentor y actualmente cuenta con 71 estados miembros.

Respecto de los tratados bilaterales de libre comercio que contienen normas sobre propiedad intelectual, cabe señalar que al menos en América Latina se puede observar a través del examen de las disposiciones de los textos, que su celebración ha obedecido a una política sobre propiedad intelectual que se atribuye haber sido impulsada por Estados Unidos a partir de los años ochenta, de la mano de la Escuela de Chicago y reforzada por los

---

[13] Fuente: www.omc.org Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2013.

[14] ADPIC´s. Este tratado comienza en su primer párrafo señalando: *"teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo."*

[15] Esta organización, según el artículo 3 del Convenio de Estocolmo, tiene por objetivo fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional.

acuerdos logrados en el denominado Consenso de Washington [16].

Este país, con industrias fuertes en los sectores intensivos en conocimiento como el farmacéutico, agrícola, audiovisual y de tecnologías de la información y las comunicaciones se valió de las negociaciones de tipo bilateral para expandir la protección de la propiedad intelectual en dos tipos de cláusulas: una de adhesión a los tratados internacionales de tipo multilateral estableciendo un calendario de firmas que, en el caso de Chile, implicó firmar los siguientes acuerdos: Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades de Plantas, Tratado sobre Derechos de Marcas, Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, Tratado sobre Derecho de Patentes, Acuerdo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales y el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas [17].

Otra cláusula tipo que se repite en los tratados estadounidenses es una declaración a favor de subir los estándares de protección interna [18]. Así, el artículo 17.1 del TLC de Estados Unidos y Chile señala: "Disposiciones generales 1. Cada Parte aplicará las disposiciones de este Capítulo y podrá prever en su legislación interna, aunque no estará obligada a ello, una protección más amplia que la exigida por este Capítulo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo".

Además, los TLC´s estadounidenses tratan en particular las siguientes

---

[16] El Consenso de Washington es un conjunto de políticas macroeconómicas promovidas por organismos de crédito con Sede en Washington como el Banco Mundial y el Banco Interamericano del Desarrollo, el que contiene los siguientes puntos: Disciplina presupuestaria pública, gasto público orientado al crecimiento y asistencialismo hacia los sectores más pobres, reforma tributaria, liberalización de los mercados financieros y cambiarios, liberalización del comercio internacional, eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas, privatización de las empresas públicas y de los monopolios estatales, desregulación de los mercados y protección de la propiedad privada. Estos puntos fueron concebidos como criterios condicionantes en el otorgamiento de créditos por parte de esas bancas y luego se extendieron como programas de gobierno generales de corte neoliberal, todo con el objeto de impulsar el crecimiento económico.

[17] TLC Estados Unidos – Chile: esta cláusula corresponde a la del Art. 17.1.2.

[18] Á. Diaz, *América Latina y el Caribe: La Propiedad Intelectual después de los tratados de libre comercio*, cit., p. 1871.

materias: Marcas, patentes, indicaciones geográficas, señales satelitales portadoras de programas codificados, derechos de autor y derechos conexos y observancia de los derechos de propiedad intelectual.

Así en 2013, Estados Unidos ha celebrado TLC´s con los siguientes países latinoamericanos: Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y México. No se encuentran en esta lista ni Brasil ni Argentina [19].

Chile ha signado acuerdos de libre comercio conteniendo normas de propiedad intelectual con los siguientes países: el Gobierno de Canadá en 1997, Estados Unidos Mexicanos en 1998, Repúblicas Centroamericanas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en 2002, Estados Unidos de América en 2003, Comunidad Europea y sus Estados miembros en 2003, Asociación Europea de Libre Comercio en 2004, República de Corea en 2004, la República Popular China y Panamá en 2006 (aunque el contenido en propiedad intelectual es irrelevante), Australia y Turquía en 2009 y Malasia en 2010 [20].

El contenido de esos TLC´s, en el caso de Chile, fue evolucionando desde que firmó el primer TLC con Canadá en 1996, tratado que se refiere en forma tangencial a propiedad intelectual y contiene algunas normas sobre indicaciones geográficas [21]; pasando por normas de Cooperación en el Acuerdo con China, la que se basa en los fundamentos establecidos en los tratados internacionales en que ambos estados sean parte, incluidos los ADPIC´s [22]; la alusión que se hace en el TLC con México a los estándares establecidos se basan en el Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Convenio de Ginebra y se refiere en específico a: Derechos de

[19] La página de la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos da cuenta de veinte TLC´s celebrados, además de los indicados en el texto: Australia, Bahréin, Canadá, Israel, Jordania, Corea, Marruecos, Omán., Singapur. Disponible en INTERNET en: http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements Fecha de la última consulta 15 de Marzo de 2013.

[20] Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de la República de Chile. Tratados de libre comercio firmados por Chile. www.bcn.cl Fecha de la última consulta 12 de Abril de 2013.

[21] TLC Chile – Canadá 1996, art. C – 11. En donde se hace atención a la protección de los destilados de origen canadiense.

[22] TLC Chile – Chile, art. 111.

autor y derechos conexos, señales satelitales portadoras de programas, marcas de fábrica o de comercio, denominaciones de origen y observancia de los derechos de propiedad intelectual [23]; pasando por el TLC con Estados Unidos que contiene el tipo de estándares y normas ya comentadas; el con Corea que también define como inversión la propiedad intelectual, pero sólo se refiere a las marcas e indicaciones geográficas [24]; el TLC con Turquía, que se remite a una protección basada en los tratados internacionales en que ambos estados sean partes sin efectuar un mayor desarrollo del tema [25]; hasta llegar a un tratamiento más completo que se efectúa en el TLC con Australia, que también se basa en los estándares de protección contenidos en los tratados internacionales en que ambos estados sean partes, calendarización de la adhesión a determinados tratados [26] y se refiere en específico a las mismas materias que el de México y de Estados Unidos.

El tratado celebrado con la Unión Europea igual hace alusión a los estándares contenidos en los tratados internacionales sobre propiedad intelectual, art. 168: "*Objetivo. Las Partes concederán y asegurarán una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, acordes con las más altas normas internacionales, incluidos los medios efectivos para hacer cumplir tales derechos previstos en los*

---

[23] TLC Chile – México, 1998. Capítulo 15, Sección A, art. 15 -03 y siguientes.

[24] TLC Chile – Corea, 2003, Capítulo 16.

[25] TLC Chile – Turquía, 2009. Capítulo IV Propiedad Intelectual, art. 35: "2. Las Partes reafirman los derechos y obligaciones existentes que tengan una respecto de la otra bajo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC (en adelante, "Acuerdo sobre los ADPIC") y cualquier otro tratado multilateral de propiedad intelectual en que ambas sean parte."

[26] TLC Chile – Australia, 2009: "Artículo 17.4: Tratados Internacionales 1. Cada Parte deberá ratificar o adherir los siguientes tratados antes del 1° de enero de 2009, de conformidad con su legislación interna y sujeto al cumplimiento de los requisitos internos que sean necesarios: (a) el *Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite* (1974) (el Convenio de Bruselas); (b) el *Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes* (1980); y (c) el *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales* (1991). 2. Cada Parte hará esfuerzos razonables para ratificar o adherir a los siguientes tratados, de conformidad con su legislación interna y sujeto al cumplimiento de los requisitos internos que sean necesarios: (a) el *Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas* (1989); (b) el *Tratado de Cooperación en materia de Patentes* (1970); y (c) el *Tratado sobre el Derecho de Patentes* (2000)."

tratados internacionales." Acto seguido enumera los principales tratados internacionales en propiedad intelectual, los cuales deberán ser observados por los contratantes de manera progresiva, o sea estableciendo un calendario para ir adhiriendo a ellos [27].

[27] Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por la otra, sus anexos, versión en español. El art. 170 enumera los tratados que deben observar las partes: "Protección de los derechos de propiedad intelectual. Para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 168, las Partes deberán: a) seguir asegurando una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de los convenios siguientes: i) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, (Acuerdo sobre los "ADPIC"); ii) Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (Acta de Estocolmo,1967); iii) Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París,1971); iv) Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 1961); y v) Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales 1978 ("Convenio UPOV 1978") o Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales 1991 ("Convenio UPOV 1991"); b) convenir en y asegurar, para el 1 enero 2007, una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de los convenios multilaterales siguientes: i) Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas (Acta de Ginebra, 1977, modificado en 1979); ii) Tratado relativo a los derechos de autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1996); iii) Tratado sobre interpretación o ejecución de fonogramas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1996); iv) Tratado de cooperación en materia de Patentes (Washington 1970, enmendado en 1979 y modificado en 1984); y v) Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (Estrasburgo 1971, (modificado en 1979); c) convenir en y asegurar, para el 1 de enero de 2009, una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de los convenios multilaterales siguientes: i) Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971); ii) Arreglo de Locarno por el que se establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales (Unión de Locarno 1968, modificado en 1979); iii) Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes (1977, modificado en 1980); y iv) Tratado sobre el Derecho de Marcas (Ginebra, 1994); d) hacer todo lo necesario para ratificar y asegurar lo antes posible una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de los convenios multilaterales siguientes: i) Protocolo del Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (Madrid 1989); ii) Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas (Acta de Estocolmo,1967 y modificado en 1979); y iii) Convenio de Viena por el que se establece una clasificación internacional de los elementos figurativos de las marcas (Viena 1973, modificado en 1985)."

Toda esta seguidilla de ratificaciones de tratados en propiedad intelectual y de libre comercio, generó que Chile dictara numerosas leyes y reglamentos en Propiedad Intelectual o reformara aquellas ya existentes como se expuso más arriba.

Esta expansión de las normas, si bien es cierto aumentó la cantidad de registros de privilegios de propiedad intelectual, aumentó también la brecha existente entre los países industrializados, que producen más conocimiento, y aquellos que no lo están [28]. Así, a nivel mundial los titulares de dichos registros provienen en su mayor parte de países de ingresos altos [29], e incluso en el resto de los países, los registros de propiedad intelectual también son obtenidos mayoritariamente por éstos [30].

Esta ventaja en propiedad intelectual de parte de los países más ricos se debe a múltiples factores: mayor inversión en investigación, desarrollo e innovación, mejores niveles de calidad en educación, existencia de políticas públicas, inversión privada, un capital humano ya desarrollado, mayor posesión de conocimientos de tipo científico, entre los factores más importantes [31].

La siguiente tabla muestra la nacionalidad de quienes han solicitado patentes en Chile en el periodo que va desde 1997 a 2007, resultando ser los solicitantes mayoritariamente de origen estadounidense, luego en un número muy inferior de origen chileno, y, aún en menor número, de diversas otras naciones, de las que sólo a modo de ejemplo se muestran Italia, México y China.

---

[28] A. Ompi, *Informe sobre la Propiedad Intelectual en el mundo 2011. Los nuevos parámetros de la innovación*, cit.

[29] El Banco Mundial ha clasificado a los países según su ingreso per cápita en relación al PIB, y así distingue: países de ingresos bajos (hasta 1.005 dólares estadounidenses anuales); ingresos medianos bajos (de 1.006 a 3.975 US$); ingresos medianos altos (de 3.976 a 12.275 US$); e ingresos altos (sobre 12.276 US$).

[30] A. Ompi, *Informe sobre la Propiedad Intelectual en el mundo 2011. Los nuevos parámetros de la innovación*, en *Serie Economía y estadística*. Ginebra, 2012, p. 8. Este informe presenta las tendencias observadas, que son más alentadoras: Una mayor presencia de economías emergentes en el registro de privilegios industriales, mayor presencia de éstos en la producción científica de bienes públicos (publicaciones indexadas), mayor inversión en investigación y desarrollo y más inversión en tecnología.

[31] A. Ompi, *Informe sobre la Propiedad Intelectual en el mundo 2011. Los nuevos parámetros de la innovación*, cit., p. 27 y siguientes.

Tabla 2. Origen de las solicitudes de Patentes en Chile, 1995 – 2007.

Italia	México	USA	Chile	China	Total + resto del mundo
399	142	13.315	3.393	16	33.474

Fuente: Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, Chile, 2013 [32].

Como consecuencia lógica de lo anterior, quienes logran obtener un registro de patente en Chile, también son de origen extranjero, de manera que las regalías pagadas por el uso o licencias que se puedan entregar sobre los inventos protegidos con propiedad intelectual en este país, van en beneficio de personas no residentes [33].

Chile es un país con baja innovación y relativamente baja generación de conocimiento de tipo científico, lo que incide en la conformación de sus exportaciones con poco o nada de valor agregado principalmente cobre, pescado, vino y fruta; es un país con baja inversión en innovación ya sea proveniente de investigación pública o privada, en donde sólo un 0,7% de su Producto Interno Bruto (PIB) [34] se destina a investigación, dato que es similar en otros países de la región y en aquellos países con ingresos similares [35].

Lo recién expresado, no significa que el país no cuente con conocimiento altamente especializado, pero no es del tipo de conocimiento al que apunta proteger la propiedad intelectual, que proviene principalmente de un proceso lógico deductivo, si no que es conocimiento originado en la cultura de los

[32] Datos estadísticos, disponibles en www.inapi.cl Fecha de la última consulta 17 de Abril de 2013.

[33] M. Abud, B. Hall, C. Helmers, *Intellectual Property and socio – Economic Development Country Study Chile*, cit., p.18: Entre 1991 y 2010 los diez peticionarios que más patentes presentaron fueron las empresas: Procter & Gramble, Unilever, Pfeizer, Bayer, Hoffman – La Roche, Basf, Novartis, Wyeth; Boehringer Ingelheim y Qualcomm, entre estos llegan al 21,6% de todas las solicitudes.

[34] Fuente: Banco Mundial: www.worldbank.org

[35] A. Ompi, *Informe sobre la Propiedad Intelectual en el mundo 2011. Los nuevos parámetros de la innovación*, cit., 2012, p.40. En cuanto a la inversión en investigación y desarrollo debe mencionarse el notable incremento que ha presentado en China en donde en 1993 representaba el 2,2% del gasto mundial en innovación y al 2011 alcanza el 12,8 en desmedro de los países fuertes en innovación como Italia, Francia y Alemania que en 1993 representaban juntos un 17,7% y al 2011 se retiraron al 14,3%.

Pueblos Indígenas [36]. Así los Pueblos Indígenas presentes en Chile, como en todo el mundo, al ser culturas existentes en sus respectivos territorios desde tiempos inmemoriales y mantener con su entorno una relación de tipo espiritual, manejan conocimientos privilegiados acerca de la biodiversidad y de su manejo, conocimientos particularmente importantes para la salud y la agricultura, denominados a nivel mundial como conocimientos tradicionales (CT) [37].

Al respecto se ha escrito abundante material acerca de las bondades y ventajas que presentan los CT y los organismos internacionales ya se han hecho cargo de las cuestiones jurídicas asociadas a su explotación comercial: como primera cuestión el acceso a dichos conocimientos, la propiedad sobre ellos, la repartición de los beneficios derivados de su explotación, la normativa requerida para la regulación de los puntos recién expuestos y la fricción con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas [38].

2.1. – *Propiedad Intelectual y derechos de los Pueblos Indígenas.*

Los sectores intensivos en conocimiento y tecnología, por ende fuertes en registros de propiedad intelectual, se ha señalado que son el agrícola, farmacéutico y tecnológico [39], los que afectan por el despliegue de sus efectos los derechos a la salud, la alimentación y, por ende, a la vida, el ambiente, la

---

[36] H. Pacheco, *La Propiedad Intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas.* en J. Aylwin *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004, p. 57 y 58.

[37] C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge,* en *Quaker United Nations Office*, Ginebra, 2001, p. 6: "TK includes, for example, information on the use of biological and other materials for medical treatment and agriculture, production processes, designs, literature, music, rituals, and other techniques and arts11. This broad set includes information of a functional and of an aesthetic character, that is, processes and products that can be used in agriculture or industry, as well as intangibles of cultural value."

[38] H. Pacheco, *Recursos Genéticos y Pueblos Indígenas*, en R. Cippitani, *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, Roma_Perugia_ Ciudad de Mexico, p. 291: Estas cuestiones fueron relevadas formalmente con la dictación del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

[39] Á Díaz, *TLC PI: Desafíos de Política Pública - en 9 países de América Latina y el Caribe.* Versión preliminar sin edición, Brasilia, 2006, p.50.

educación y respecto de los Pueblos Indígenas a manifestar y preservar la propia cultura y el derecho a la autodeterminación [40]. La aplicación de estas normas también ha evidenciado problemas éticos referidos tanto a cuestiones bioéticas, como de derechos de propiedad sobre el conocimiento que envuelve un derecho de propiedad intelectual [41].

Respecto de los impactos producidos desde el sector farmacéutico, éstos se han abordado por la OMC, a propósito de lo cual se ha emanado la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha (Qatar) [42], el 14 de noviembre de 2001. Aquellos impactos relativos al ambiente se han abordado en el Grupo de trabajo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). El CDB por los objetivos que persigue, asocia la protección de los CT a la protección de la biodiversidad. Así, en varios artículos, se reitera la obligación de los Estados de permitir y estimular el acceso a este tipo de conocimiento, en el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas y comunidades locales que los han generado y conservado [43]. La Conferencia de

---

[40] X. Seuba, *Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes*" en G. Pisarello, V. Valiño (Coords.), *Herramientas para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Observatori DESC,* 2006, Barcelona, p.197: "Cada vez ha sido más evidente que los regímenes de protección de la propiedad intelectual afectan la realización de numerosos derechos humanos, limitando especialmente la normativa internacional en materia de propiedad intelectual las iniciativas que los Estados deberían adoptar para proteger dichos derechos."

[41] R. Cippitani, *L'ordinamento giuridico nella Società della Conoscenza,* en R. Cippitani, *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, Roma_Perugia_ Ciudad de Mexico, pp. 175-218, ver p. 196: "I principi etici fondamentali, inoltre, vanno tenuti in considerazione nell'esercizio degli altri diritti previsti dall'ordinamento comunitario. Come affermano i testi giuridici comunitari la proprietà intellettuale «non dovrebbe essere di ostacolo alla libertà d'espressione, alla libera circolazione delle informazioni, alla tutela dei dati personali, anche su Internet» (secondo «considerando» direttiva 2004/48/CE).

[42] J. Stiglitz, *La leçon de l'Inde aux géants de la pharmacie occidentale*, en *Les Echos*, 2013, Paris, p. 11: "Alors qu´un consensus commence à se faire jour sur la nécessité d´un régime de propriété intellectuelle plus équilibré, l'industrie pharmaceutique, souhaitant consolider ses gains, ne cesse de demander un régime toujours plus restrictif et déséquilibré. Mais se qui est présenté comme des « accords de libre – échange » contient des clauses sur la propriété intellectuelle qui pourraient bloquer l´accès à des médicaments, abordables, avec des conséquences potentiellement graves pour la croissance économique et le développement."

[43] CDB, arts. 8 j, 15 y 16.

las Partes del CDB adoptó la Decisión VII/19 de 2002 que aprobó el texto conocido como las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, esto permitió que el año 2010 en Japón se acordara el Protocolo de Nagoya. Este último es un anexo del CDB y desarrolla sus obligaciones estableciendo directrices contractuales acerca de la participación de los Pueblos en la explotación de sus CT en investigación, creación o aplicación de usos derivados y posterior comercialización. Su entrada en vigor está prevista para 90 días a contar de aquel en que se reúnan las ratificaciones de 50 países y hasta el 1 de febrero de 2012, había sido firmado por 92 Partes [(44)].

Respecto de la agricultura, cabe mencionar el Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos para la Agricultura y la Alimentación promovido por la FAO en 2001, el cual entró en vigencia en Octubre 2004, que tiene como objetivo garantizar el acceso y repartición equitativa de los beneficios derivados de la explotación de recursos genéticos y CT importantes para la comunidad mundial en las áreas de la agricultura y alimentación, estableciendo un sistema multilateral de acceso a recursos genéticos importantes para la agricultura y la alimentación. El Tratado reconoce el derecho del agricultor de reutilizar para su propio consumo el producto de sus cosechas, la importancia de que la actividad de mejoramiento fitogenético "informal" se siga realizando por parte de los agricultores; reconoce claramente a los Pueblos indígenas como mejoradores informales y custodios de la biodiversidad y establece la obligación de colaboración de los Estados en promover la conservación in situ de las plantas silvestres. Este Tratado en cierto modo vendría a limitar el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en cuanto recaigan sobre recursos genéticos importantes para la agricultura y la alimentación.

Respecto de derechos de los Pueblos Indígenas, la propiedad intelectual los impacta más allá de lo que acontece con el resto de la población, ya sea porque hay casos en que la propiedad intelectual lograda se basa o proviene directamente de sus CT, los que son usados sin autorización, o bien por apropiación directa al obtenerse registros sobre ellos, incidir en el empobrecimiento genético de las variedades usadas por pueblos dependientes de

[(44)] Fuente: http://www.magrama.gob.es/es/biodiversidad/temas/recursos-geneticos/protocolo-de-nagoya/index_protocolo_nagoya.aspx. Fecha de la última consulta 25 de Marzo de 2013.

la agricultura y en definitiva por una explotación comercial de sus conocimientos o recursos, todo lo cual menoscaba el fundamento de su cultura: la relación espiritual con la biodiversidad que los circunda [45].

Los Pueblos Indígenas mantienen una estrecha relación con el ambiente y practican, en su mayoría, economías de subsistencia dependientes de la agricultura, así, la expansión y asimetría en la aplicación de normas sobre Propiedad Intelectual en el sector agrícola y farmacéutico fricciona con sus derechos a través de la concesión de patentes y privilegios sobre las obtenciones vegetales reconocidas por el ADPIC y la UPOV 78 y 1991 [46]. Por un lado, se critica el abandono del cultivo de las semillas tradicionales de los Pueblos Indígenas por el uso reiterado de las variedades mejoradas, causando la extinción o desuso de las variedades tradicionales, con un posterior degrado ambiental; y, por otro, se critica la asimetría con que se ha aplicado el sistema de Propiedad Intelectual frente a países menos desarrollados, permitiendo el registro en terceros países de variedades vegetales endémicas o el aprovechamiento no autorizado de conocimientos tradicionales de Pueblos Indígenas principalmente sobre recursos genéticos [47].

Se señala asimetría en la aplicación del sistema ya que para obtener una patente de invención es necesario cumplir con los requisitos establecidos en el art. 27 del ADPIC´s, esto es: que no esté prohibido su registro; ser nueva, demostrar capacidad inventiva y tener aptitud industrial o comercial y al ser un conocimiento pre-existente (aún cuando no registrado), ya no sería nuevo, al tratarse de una variedad endémica sobre la que se obtiene un registro,

---

[45] X. Seuba, *Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Estado de la cuestión y desarrollos recientes*, cit., p. 191: "La privatización del conocimiento, y su traducción en forma de apropiación de la vida tanto en su generación (semillas) como en su mantenimiento (salud) y en su mejora (educación) reflejan fielmente cuál es el motor que empuja a este mundo globalizado."

[46] C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge,* cit., p. 5: "TK also plays a significant role in developed countries, where the demand for herbal medicines has grown in recent years. The world market for herbal medicines has reached, according to one estimate, US$43 billion, with annual growth rates of between 5 and 15%."

[47] H. Pacheco, *Recursos Genéticos y Pueblos Indígenas*, p. 288: "Los CT no se ven amenazados sólo en lo que se refiere a variedades vegetales o recursos genéticos, sino en todas las manifestaciones provenientes de la cultura como cantos, relatos, figuras, textiles, técnicas de extracción, etc.".

no sólo no es nueva, sino que además se conoce su vínculo con un territorio y pueblo determinado [48].

Se ha señalado que la Propiedad Intelectual afecta los derechos culturales de los Pueblos Indígenas por cuanto permite la apropiación no autorizada de sus conocimientos, haciendo que estos salgan de la esfera de sus culturas, perdiendo sus titulares el control de aquello que les es propio razón por lo que afectaría el derecho de decidir qué hacer con su propio patrimonio, uno de los pilares del derecho a la autodeterminación [49].

De ahí que el desafío no sea solamente la protección, jurídica y material, la preservación y desarrollo de los conocimientos de los Pueblos Indígenas, sino que hay cuestiones más profundas en confrontación, ya que existe un modo de ser y de pensar diferentes entre los Pueblos Indígenas y aquellos que se valen del registro de los CT. Esta diferencia se expresa en que son diferentes las normas que rigen la concepción, el uso, posesión y, si se quiere, la enajenación del conocimiento, normas que pertenecen a lo que se denomina derecho consuetudinario y se determinan de pueblo a pueblo, mientras que en el mundo de hoy se están regulando a través de las normas de propiedad intelectual estandarizadas para todos [50]. No es simplemente que se usen esos conocimientos, ya sea con o sin autorización, si no que hay concepciones diferentes acerca del valor del conocimiento y la forma en cómo éste se transmite y va publicado.

Mientras que el sistema de propiedad intelectual expuesto se promueve la propiedad privada del conocimiento, en la concepción de los pueblos indígenas el conocimiento es concebido para su uso por todos y para ser traspasado a las generaciones futuras, de manera que se podría oponer como

---

[48] A. Ompi, *Protecting Indian´s Traditional Knowledge*, en *Wipo Magazine*, Nº 3, Junio 2011, p. 6: "There are concerns that this knowledge is being used and patented by third parties without the prior informed consent of TK holders and that few, if any, of the derived benefits are shared with the communities in which this knowledge originated and exists. Such concerns have pushed TK to the forefront of the international agenda, triggering lively debate about ways to preserve, protect, further develop and sustainably use TK."

[49] H. Pacheco, *Recursos Genéticos y Pueblos Indígenas*, cit.

[50] C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge,* cit., p. 3: "Traditional and indigenous knowledge (TK) has been used for centuries by indigenous and local communities under local laws, customs and traditions."

una concepción de bien público [51].

2.2. – *La apropiación no autorizada.*

En Chile, al igual que otros países como México, las normas que se refieren a Propiedad Intelectual han sido dictadas según los parámetros establecidos no sólo en los tratados internacionales multilaterales, sino que observando las exigencias establecidas para responder a la necesidad de agilizar los intercambios comerciales sobre bienes o productos con conocimiento y protegidos bajo formas de propiedad intelectual, sin tener en consideración ni los impactos en el medio ambiente ni sus efectos en los Pueblos Indígenas [52]. Es frecuente encontrarse con casos de registro de variedades vegetales que no son nuevas, son incluso endémicas o nativas de algunos países o regiones, casos que se conocen como biopiratería [53], siendo famosos el de la variedad de arroz Neem de la India, la ayahuasca de Perú o el frijol amarillo de México, en éste último, incluso se pretendió el pago de los royalties por el uso de la variedad por parte de cultivadores mexicanos que la han usado por siglos [54].

Respecto de Chile, se han encontrado registros similares en las Bases de Datos de propiedad industrial de Australia, Estados Unidos y la Unión Europea y sin que estos resultados pudieran considerarse concluyentes, al-

---

[51] R. Cippitani, *L'ordinamento giuridico nella Società della Conoscenza,* cit., p. 171, esta concepción aparecería, entonces más cercana a lo que entiende promover la sociedad del conocimiento: "In questa società, è molto più importante la produzione, l'uso e il trasferimento, la condivisione delle conoscenze, piuttosto che la proprietà ed il commercio dei beni materiali."

[52] M. Michaus, *México en la Cooperación Internacional en materia de Propiedad Intelectual, e*n *Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa*,2009, Santiago. p. 139: "Los estándares de protección se incrementaron en particular en el tema relativo a marcas y patentes, así como la protección de los secretos industriales fue incluida. Esta figura había estado previamente regulada en el Código Penal, pero nunca se llevó a la práctica. Así como las disposiciones previstas en NAFTA y ADPIC, México implementó su legislación en materia de Propiedad Intelectual."

[53] C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge,* cit., p. 9: "Bio-piracy through IPRs has arisen as a result of the devaluation and invisibility of indigenous knowledge systems and the lack of existing protection of these systems".

[54] C. Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge,* cit., p. 20.

gunos de los registros encontrados se exponen inmediatamente [55].

Un caso es el de la variedad Fuchsia Magellanica que en Chile se conoce como Chilca, Chilco, Chilcón, Fucsia, la que presenta los registros bajo forma de patentes en Australia, registros que son mostrados en la figura más abajo.

Otra patente encontrada en Australia es el de la variedad de árbol o arbusto Aristotelia chilensis conocida como Maqui, que corresponde a la patente número 15.898 [56].

Mostrando Página 1 de 1

App. No.	Género	Denominación	Nombre Comercial	Nombre común	Propietario	Contacto (domicilio legal)
FCH006	Fucsia	Galleta	*Ninguno especificado*	Fucsia	H. & D. Godsmark	Lyndale Propiedad Intelectual
FCH004	Fucsia	Jardín Semana	*Ninguno especificado*	Fucsia	N. Richardson	Hayes Mayoristas Viveros
FCH003	Fucsia	Feliz día de la boda	*Ninguno especificado*	Fucsia	N. Richardson	Hayes Mayoristas Viveros
FCH002	Fucsia	Avellano	*Ninguno especificado*	Fucsia	N. Richardson	Hayes Mayoristas Viveros
FCH007	Fucsia	John Librar	Petardo	Fucsia	John y Valerie Librar	Lyndale Propiedad Intelectual
FCH008	Fucsia	NuFu1	Las luces eléctricas	Fucsia	NuFlora	Trents Nursery
FCH001	Fucsia	Ronald L. Locherbie	*Ninguno especificado*	Fucsia	N. Richardson	Hayes Mayoristas Viveros
FCH005	Fucsia	Steeley	*Ninguno especificado*	Fucsia	N. Richardson	Hayes Mayoristas Viveros

Figura 1: Resultado de búsqueda de registro de patentes de Fucsia en Australia [57].

En Chile se han identificado 2.630 flores endémicas y de los registros encontrados, podría considerarse que sólo existe una ínfima cantidad de éstas patentadas en el extranjero. En Estados Unidos se encontró en la revisión de bases de datos de la Oficina de marcas y patentes de Estados Unidos la patente "Viola plant named Heartthrob"; número US PP19, 996 P2, la que fue concedida el 12 de mayo de 2009 a Harini Korlipara. Otra patente encontrada se titula **"**Alstroemeria plant named Zalsaleo**"**; número de patente

[55] Agradezco los trabajos de mis alumnos de Propiedad Intelectual de la carrera de Biotecnología, 2012, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile: Ivonne Álvarez, Eliza Traipi, Roxana Velásquez, Nicole Lagos, Grissel Proboste, Sebastián Gutiérrez, Javiera Torres y Carla Leal, ya que sin su colaboración, no se hubiere podido presentar esta parte del trabajo.

[56] J. Torres, K. Leal, S. Gutiérrez, *Registros de Especies Vegetales Chilenas,* en *New Zealand y Australia*, Trabajo realizado para aprobar la asignatura propiedad intelectual en la carrera de Biotecnología de la Universidad de La Frontera. No publicado. 2012, Temuco, Chile.

[57] Datos disponibles en http://www.ipaustralia.gov.au/auspat/index.htm

US PP18, 491 P2, concedida el 19 de febrero de 2008 al inventor Cornelis Arie Hoogendoorn [58].

En la base de datos de patentes Europeas se encontró la número EP 070 544 A2, concedida el 17 de junio de 2009 a la inventora Marianna Gross [59].

Los registros encontrados permiten afirmar que efectivamente habría una cierta liberalidad en el otorgamiento de patentes sobre variedades vegetales en los países consultados ya que las variedades endémicas de un país no pueden en modo alguno considerarse nuevas, por lo que podría considerarse que no se ha observado de modo correcto el tratado de los ADPIC´s.

De estos casos, el de la fucsia se trata de una planta que tradicionalmente ha sido empleada por los Pueblos Indígenas de Chile para el teñido de sus telares. Otro registro directamente relacionado con las culturas tradicionales es el del canelo, árbol sagrado del pueblo Mapuche, utilizado en sus ceremonias religiosas y de propiedades antisépticas, existiendo en Estados Unidos 9636 patentes concedidas que respondía a la búsqueda de la palabra "cinnamon", muchas de las cuales dicen relación con sus principios activos según se infiere del nombre, pero por la cantidad, no fue posible determinar si pudieren provenir de conocimientos tradicionales, al menos por ahora [60].

3. — *Propiedad Intelectual y patrimonio intangible de los Pueblos Indígenas.*

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el patrimonio para el derecho es un "Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, afectos a un fin, susceptibles de estimación económica." [61]

También en el ámbito del derecho, el patrimonio es un atributo de la personalidad como el nombre, el domicilio, la nacionalidad o el estado civil. El

[58] I. Álvarez, E. Traipi, R. Velásquez, *Flores Endémicas Chilenas Patentadas en Estados Unidos y Europa*, Trabajo realizado para aprobar la asignatura propiedad intelectual en la carrera de Biotecnología de la Universidad de La Frontera. No publicado, 2012, Temuco.

[59] *Idem*.

[60] Fuente: Oficina de patentes y marcas comerciales de Estados Unidos: www.uspto.gov Fecha de la última consulta 23 de Mayo de 2013.

[61] Esta es una definición que tiene su fuente en el Derecho Romano en donde el patrimonio se reconocía a una familia o gens.

patrimonio está integrado por bienes que tienen un destino y que gozan de un avalúo económico. Luego, los bienes que integran el patrimonio pueden ser tanto corporales como incorporales.

Hablar de patrimonio incorporal es sinónimo de intangible y se encuentra integrado por el patrimonio cultural, éste último es un concepto que ha tenido notable desarrollo gracias a los distintos instrumentos que se han elaborado en la UNESCO. Uno de los primeros fue adoptado en Mayo de 1954, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, el cual en su art. 1º definió lo que se consideraba bienes culturales para efectos de la convención, comprendiendo en tal definición solamente bienes materiales o tangibles como los edificios y obras arquitectónicas y obras de arte y manuscritos, todos de valor histórico [(62)].

En 1970, la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, consideró tales a los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas en esta convención, empleando nuevamente un concepto más bien material o físico de los bienes [(63)].

[(62)] El art. 1º de esta Convención señala: "Artículo 1. Definición de los bienes culturales. Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario: a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.; c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales."

[(63)] Convención 1970, Art. 1º: a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico; b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 se sirve de la misma concepción material de bienes culturales de la Convención de 1954 a fin de extender su cobertura, pero estableció la clasificación que distingue entre patrimonio natural y patrimonio cultural [(64)]. Dentro de éste último distinguió entre patrimonio cultural material o tangible, y patrimonio cultural inmaterial o intangible.

Como patrimonio cultural tangible se ha asentado una definición que es citada frecuentemente por los autores y que se ha atribuido a la UNESCO, que señala: "*El patrimonio cultural está formado por los bienes culturales que la historia le ha legado a una nación y por aquellos que en el presente se crean y a los que la sociedad les otorga una especial importancia histórica, científica, simbólica o estética. Es la herencia recibida de los antepasados, y que viene a ser el testimonio de su existencia, de su visión de mundo, de sus formas de vida y de su manera de ser, y es también el legado que se deja a las*

---

historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional; c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos; d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico; e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados: f) el material etnológico; g) los bienes de interés artístico tales como: i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano); ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material; iii) grabados, estampas y litografías originales; iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia; h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones; i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones; j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos; k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos."

[(64)] UNESCO, Convención Sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, 1. Definiciones Del Patrimonio Cultural Y Natural. Artículo primero. A los efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio cultural": Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico."

generaciones futuras. Este además se clasifica en objetos muebles e inmuebles." [65]

El patrimonio cultural mueble e inmueble, siguiendo la definición clásica del derecho romano, se estableció según si estos bienes pueden o no trasladarse de un lugar a otro, si se pueden trasladar son muebles, todo lo demás son inmuebles [66].

Hasta ahí, no se había definido Patrimonio Cultural Inmaterial. Fue en 2001 que se elaboró la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, que en una de sus consideraciones define lo que se considera cultura e incorpora elementos inmateriales o intangibles: "Reafirmando que la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias" [67]. Pero tan importante como éste concepto, resulta ser la directa alusión que se hace a la importancia que reviste el respeto a la diversidad cultural de los pueblos indígenas en su artículo 4 a propósito de la Diversidad Cultural y Derechos Humanos [68].

---

[65] D. M. AGUILERA, *Patrimonio cultural e Identidad Local: el caso de La Ligua*. Ed. Museo de La Ligua, Chile, 2007, Disponible en Internet en www.museolaligua.cl fecha de la última consulta 23 de Junio de 2013, p. 7.

[66] Esta es la definición clásica, la que también sigue el Código Civil chileno en sus artículos 565 y siguientes.

[67] La propia UNESCO señala en el texto publicado en su sitio oficial "Definición conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998)." http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html Fecha de la última consulta 23 de Junio de 2013.

[68] Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001." DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS HUMANOS Artículo 4 – Los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance."

Finalmente, en 2003, fue la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que definió este último concepto en su Art. 2 No. 1 como: "*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana*." [(69)]

Como lo ha expresado la Directora de la UNESCO, Irina Bokova en 2010, el principal objetivo de esta última Convención no es "proteger", sino "Salvaguardiar". Para ella, la protección supone erigir barreras en torno a una expresión determinada, aislándola de su contexto y su pasado y reduciendo su función o su valor social. Salvaguardiarla significa mantenerla viva, conservando su valor y su función [(70)].

3.1. – *Normativa aplicable en Chile.*

La normativa aplicable en Chile en relación a la propiedad intelectual, ya se expuso en el número dos de este trabajo, y la relativa a Pueblos Indígenas está constituida por la Ley No. 19.253 "Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena" de 5 de Octubre de 1993, la que en su artículo 1 reconoce que para los Pueblos indígenas la tierra es "*el fundamento principal de su existencia y cultura*".

A nivel de tratados ratificados por Chile, en este punto, sólo se han ratificado dos tratados que se refieren a la protección de los Pueblos indígenas y a sus conocimientos tradicionales: El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 y el CDB de 1992 de las Naciones Unidas ya.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se adoptó

[(69)] Esta Convención entró en vigor el 20 de Abril de 2006 y ha sido ratificada por 142 Estados a 2012. Al respecto ver lista de los Estados Partes en www.unesco.org

[(70)] UNESCO, 2010. *Textos fundamentales de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003*. Ver el prólogo. Cedex, Francia. Disponible en www.unesco.org

en 1989, fue ratificado por Chile en 2008, entró en vigor el 15 de Septiembre de 2009 y en sus artículos 2 a 5 establece el deber de los Estados de promover y preservar la cultura y derechos culturales de los Pueblos Indígenas, y el art. 15 No. 1 atribuye a los Pueblos Indígenas la propiedad sobre sus recursos naturales y obliga a los estados a consultar a los pueblos interesados respecto de cualquier medida que pudiera afectarles [71]. No hay en este texto normas sobre propiedad intelectual, lo que podría deberse a que en la época en que se acordó este Tratado, esto es 1989, el desarrollo de los derechos de propiedad intelectual no se encontraba al punto que ha alcanzado en la actualidad.

Chile no obstante ser parte del Convenio sobre Diversidad Biológica, aún no ha ratificado el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica [72].

4. — *Jurisprudencia asociada al tema.*

En Chile, no ha sido posible encontrar fallos provenientes de la Corte Suprema o Cortes de Apelaciones referidos a disputas sobre propiedad intelectual como aquellas que se presentan en otros países en que se discute acerca de la novedad de un invento o la licitud de una patente de fármacos importantes para la salud pública [73], sino que los que existen sobre propie-

---

[71] Convenio 169 Oit, art. 15 No. 1: "Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos." La consulta se establece en el artículo 6.

[72] Fuente: Sitio oficial http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml Fecha de la última consulta 21 de Junio de 2013.

[73] J. Stiglitz, *La leçon de l'Inde aux géants de la pharmacie occidentale*, cit. India, en cambio, según el autor, se ha convertido en una importante fuente de jurisprudencia en la materia: "L´Inde ne représente que de 1% a 2% du marché pharmaceutique mondial. Mais elle est depuis longtemps le centre névralgique des batailles que livrent les laboratoires pharmaceutiques pour étendre les droits mondiaux de propriété intellectuelle, en raison de son industrie dynamique de médicaments génériques et de sa volonté de remettre en question la validité des dispositions relatives aux brevets à la fois au plan national et auprès de juridictions étrangères. «

dad intelectual se refieren más bien a copias o usos no autorizados de programas computacionales y obras como películas o canciones [74].

En cambio, la jurisprudencia sobre Pueblos Indígenas es abundante y aquella más reciente y relevante a este tema se origina en el deber de observancia del Convenio 169 de la OIT [75]. En este sentido se han dictado los fallos que se presentan en los siguientes puntos [76].

4.1. – *Corte Suprema* [77].

Causa Rol 1602 – 2012. Caso Línea de Transmisión Melipeuco – Freire. Acoge argumentos del Gobierno y falla contra Comunidades Mapuche por considerar que el territorio del trazado de la línea no es territorio indígena [78].

Causa Rol 2211 – 2012. Caso Proyecto minero El Morro Goldcorp. Comunidad Huascoaltinos contra Comisión Evaluación III Región, sentencia favorable a la Comunidad Indígena por cuanto consideró que el organismo ambiental habría desconocido la calidad de indígenas tanto de las tierras como de las personas y, en consecuencia, no aplicó normativa relacionada, especialmente Convenio 169 en cuanto a participación y consulta, ha-

[74] PODER Y NEGOCIOS, *Microsoft contra las salmoneras*, Año 4, número 56, Revista Abril 2012, Santiago de Chile, p. 12. "Una situación delicada es la que atraviesan por estos días las grandes salmoneras del país. Las involucradas serían nada más y nada menos que AquaChile, Marine Harvest, Mainstream y Camanchaca, quienes son investigadas por el "pirateo" de los software de Microsoft, situación descubierta por el propio fabricante y que cayó en el Juzgado de Puerto Montt hace cerca de tres semanas".

[75] Esta información se encuentra disponible en la página del Poder Judicial de Chile www.poderjucicial.cl y en forma sistematizada en http://www.politicaspublicas.net/panel/jp.html. Fecha de la última consulta 17 de Junio de 2013.

[76] No puede dejar de mencionarse siquiera como nota, por la gravedad de los hechos sobre que recaen, los fallos sobre recurso de Amparo o Habeas corpus recaído en la causa Comunidad José Jineo de Metrenco, Rol Corte Suprema 127 – 2011 y también sobre Amparo a favor comuneros de Temucuicui, lugar declarado "Zona Roja del conflicto mapuche". Rol Corte de Apelaciones de Temuco 1136 – 2011. Ambos fallos disponibles en la página web del poder judicial de Chile www.poderjudicial.cl.

[77] Se han omitido las sentencias de las Cortes de Apelaciones cuando en dichas causas existe un fallo de la Corte Suprema, que éste último tiene el carácter de definitivo o final.

[78] El trazado de esta línea de transmisión eléctrica corre por un antiguo ramal de Ferrocarriles del Estado de Chile.

biendo aprobado un proyecto de desarrollo sin haber obtenido su parecer.

Causa Rol 10090 – 2012, Caso megaproyecto eólico Chiloé. Corte Suprema: Sentencia a favor de comunidad williche por falta de un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental en la aprobación, por parte de la autoridad ambiental, de un proyecto de desarrollo en territorio indígena.

Causa Rol 258 – 2011. Caso Consejo Pueblos Atacameños versus COREMA [79] Antofagasta. Plano Regulador San Pedro Atacama. Sentencia a favor de los indígenas y que señala en su considerando Décimo: "esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla." [80]

Causa Rol 2262 – 2011, Caso I. Municipalidad de Putre contra COREMA por exploración minera Catanave. Este fallo fue contrario a la solicitud indígena de realización de una consulta para iniciar labores de prospección minera, sin embargo hubo voto disidente que manifestó la posición de anular el permiso concedido por la autoridad ambiental a la actividad minera por no haber realizado el proceso de consulta del artículo 6 del Convenio 169 [81].

Causa Rol 1608 – 2011. Caso 'Nuevo Aeropuerto Araucania' cuya sentencia desestimó la procedencia de la consulta indígena sobre el último acto que cerraba el proceso administrativo de autorización y encargo de la cons-

---

[79] Las Corema son la autoridad ambiental a nivel regional en Chile.

[80] Esta causa se puede consultar directamente en la página del Centro de Políticas Públicas disponible en: http://www.politicaspublicas.net/panel/jp/1473-2011-cortesupremasnpedro.html Fecha de la última consulta 20 de Junio de 2013.

[81] El Ministro de Corte Suprema don Haroldo Brito manifestó: "1.- Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida."

trucción de esta obra en territorios indígenas, el cual se inició en 2006, antes de la ratificación y vigencia del Convenio 169 [82].

Causa Rol 6062 – 2011 Caso Comunidad Puquiñe contra Comisión Regional del Medio Ambiente. La sentencia consideró ilegal y arbitraria la autorización de una Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco – Panguipulli, ya que la autoridad ambiental no cumplió con el proceso de participación y consulta del Convenio 169 y la legislación ambiental en su emisión.

Causa Rol 4078 – 2010. Caso Javier Nahuelpan y otros contra COREMA Región de los Ríos, por la autorización de un ducto de la empresa CELCO que descarga en el mar. Falla contra los indígenas por estimar que se cumplió con la Ley de Bases del Medio Ambiente19.300 y ello bastaba, en concepto de la Corte Suprema, para cumplir con lo preceptuado por el Convenio 169 [83].

Causa Rol 2840 – 2008. Caso Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama. Reconoció el dominio sobre aguas ancestrales. Este fallo ha sido histórico para los pueblos de la zona norte de Chile, ya que en una parte señala: "también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: " Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente", disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: "La utilización del término `tierras´ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"."

4.2. – *Cortes de Apelaciones.*

Las causas relevantes para este trabajo son:

Valdivia, Causa Rol 501 – 2011. Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros contra don Juan Heriberto Ortiz Ortiz. Sentencia a favor de comu-

[82] Esta sentencia también fue adoptada contra el voto disidente del Ministro Brito.

[83] También acordada contra el parecer del Ministro Sr. Brito.

nidades mapuche williche reconoce vulneración de derechos consagrados en el Convenio 169 y cita fallo de la Corte Interamericana de Justicia [84]: "DÉCIMO CUARTO.-Que útil es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el estado de Paraguay, señala que la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.".

Concepción, Causa Rol 289 – 2010. Comunidad Indígena Chilcoco con Municipalidad de Arauco, Convenio 169, Consulta y Lugares Sagrados. Sentencia que declara gananciosos a los indígenas al haberse intervenido un lugar de significación religiosa, en donde el fallo hace una reflexión significativa en cuanto a la importancia para los pueblos indígenas de la preservación de sus bienes culturales: "Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 Nº 1, de la Constitución Política de la República." [85]

Puerto Montt, causa rol 36 – 2010. "Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen contra Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda." Falló a favor de comunidad indígena haciendo diferencias en cuanto a la participación que establece la norma ambiental y lo que se ha denominado la consulta indígenas es norma autoejecutable, justiciable y distinta a consulta ambiental al entrar a intervenir

[84] Considerando Décimo Segundo: "en su artículo 5, señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y practicas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio."

[85] Considerando Duodécimo de la sentencia.

su territorio, entendiendo como tal el señalado en el Convenio 169: "Ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 Nº 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales." [86]

Temuco. Causa rol 1705-2009. Comunidad Palguín Bajo y Comunidad Antonio Huenuñanco contra de Comisión Regional de Medio Ambiente Araucanía. El caso se refiere también a la interposición de un recurso de protección contra la autoridad ambiental en Chile ya que se omitió efectuar una consulta a las comunidades indígenas afectadas por la instalación de una piscicultura utilizando un curso de agua que compartían [87]. La Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso, sin embargo la sentencia fue Revocada en la Corte Suprema, Recurso 1525/2010 por el siguiente fundamento: **"**no era necesario la elaboración de un *Estudio de Impacto Ambiental* por no reunirse los requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de las comunidades reclamantes, la autoridad recurrida sólo podía actuar de la forma en que lo hizo, habida consideración de la debida fundamentación entregada por los órganos públicos que intervinieron desde su competencia sectorial respecto del cumplimiento de la normativa ambiental;".

Temuco. Causa rol 1773-2008. Caso Machi Francisca Linconao contra Forestal Palermo. Al objeto de este trabajo, es uno de los fallos más relevantes en el tema, es el primer fallo que recoge lo señalado en el Convenio 169 y fue provocado por la machi Francisca Linconao, del territorio o Lof Rahue [88], perteneciente a la etnia mapuche, recurrió de protección en contra

---

[86] Sentencia causa rol Corte de Apelaciones de Puerto Montt No. 36 – 2010, considerando Noveno.

[87] El fallo señala: "Que en consecuencia lo que jurídicamente corresponde analizar es si hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al dictar la resolución antes aludida en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo 7 N°1 del Convenio 169 antes referido y en relación artículo 34 de la Ley 19.253."

[88] Los machi son los shamanes del Pueblo Mapuche, autoridad espiritual tradicional

del propietario de un Fundo o Hacienda colindante a su comunidad, por cuanto éste efectuaba tala de árboles en su propio fundo o hacienda, pero en un lugar usado por la comunidad de la machi para la recolección de plantas medicinales y, en consecuencia considerado sagrado para este pueblo [89]. Esta sentencia dictada el 01 Octubre de 2009 expresa sobre la observancia del Convenio 169 "Así el artículo 4 Nº 1 dispone que se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para Salvaguardiar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Artículo 5. Deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de dichos Pueblos. En el mismo sentido el artículo 8. Luego el artículo 13. Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los Pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular. Nº 2. Que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de **territorios**, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los Pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera." [90]

4.3. – *Jurisprudencia administrativa.*

Mención aparte merece el Dictamen 50.452 de 30 Agosto 2010 de la Contraloría General de la República, que es el órgano superior encargado de velar por la legalidad de los actos administrativos, que rechazó el Decreto del Ministerio de Educación N° 462 de 2009, que "Reglamenta el ejercicio de la función docente para el sector Lengua Indígena del los Educadores o Educadoras Tradicionales de los Pueblos Indígenas reconocidos por la ley N° 19.253", por cuanto no se ajusta a derecho, por incumplimiento de consulta previa. Si bien este Dictamen no desarrolla la cuestión de los derechos culturales, sí consideró que la materia regulada por el Decreto rechazado,

---

encargados de la religiosidad así como de la medicina tradicional de este pueblo.

[89] El Recurso de Protección es un recurso constitucional que se interpone cuando son afectadas las garantías consagradas en la propia constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, art. 5 y 19 y 20 de la Constitución del Estado de 1980.

[90] Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de Chile.

ésta es educación tradicional de los Pueblos Indígenas, era de aquellas que deben ir en consulta a los pueblos indígenas.

5. — *Sugerencias y conclusiones.*

En los casos de apropiación no autorizada o explotación de CT fuera de su contexto cultural, aparte de que pudiera no estarse aplicando bien el tratado de los ADPIC´s, también podría entenderse que habría una violación a los tratados de la UNESCO al estar menoscabando el patrimonio cultural inmaterial de un determinado pueblo.

Decidir sobre el uso que se le va a dar a aquello que a uno le pertenece, es uno de los pilares del derecho a la autodeterminación, y si la Propiedad Intelectual, debido a su defectuosa aplicación por parte de los países fuertes en esta materia que permiten el registro de conocimiento ya existente a nombre de quienes no son sus legítimos dueños, entonces es un sistema que debe ser corregido para dar respuesta al verdadero fin con que fue creado: premiar a quien manifiesta actividad inventiva, no a quien copia.

La Corte Suprema, en la serie de fallos mostrados, sobre consulta indígena presenta posturas contradictorias, ya que a veces ha estimado que las normas sobre participación ciudadana de la legislación ambiental satisfacen los requerimientos de la consulta indígena y, en consecuencia, no debería efectuarse un proceso especial para consultarles en específico a las comunidades indígenas su parecer sobre un proyecto, y en otros casos ha exigido que se cumpla expresamente con el Convenio 169 de la OIT.

Ahora, tratándose de cuestiones relativas a la propiedad intelectual y patrimonio intangible indígena o CT, podría estimarse que es una materia que debería ir siempre en consulta ya que al afectar su cultura, afecta directamente la esencia de su ser.

En el caso de Chile, habrá que observar cuál será la jurisprudencia que emanarán los nuevos Tribunales ambientales creados por Ley Nº 20600 del 28 de junio de 2012, siendo sus asientos Antofagasta, Santiago y Valdivia, precisamente zonas indígenas, y que completaron su entrada en funcionamiento el 28 de Junio de 2013.

EMILIO SUÑÉ LLINÁS(*)

EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS: HACIA UN DERECHO UNIFORME SUPRANACIONAL

SUMARIO: 1. La necesidad de una protección de datos personales uniforme para toda Europa. — 2. Legitimación del tratamiento de los datos personales: prohibición del consentimiento tácito. — 3. El derecho a la información y los derechos de los niños. — 4. Derechos de acceso, rectificación y cancelación: la cuestión de la portabilidad y del derecho al olvido. — 5. El responsable del tratamiento y sus obligaciones: no hay que notificar los ficheros. — 6. Encargado del tratamiento: obligatoriedad del encargado independiente o delegado de protección de datos. — 7. Seguridad de los datos, evaluación de riesgos y violaciones de datos. — 8. Las P.E.T.: protección de la intimidad desde el diseño y por defecto. — 9. Las autoridades de control: el principio de ventanilla única europea. — 10. Simplificación de los flujos transnacionales de datos: decisiones de adecuación y normas empresariales vinculantes.

1. — *La necesidad de una protección de datos personales uniforme para toda Europa.*

Hace ya años, en concreto en 1999, con respecto al régimen sancionador de la Directiva 95/46, ya puse de manifiesto que el Derecho Europeo de Protección de Datos estaba armonizado, sólo en apariencia [1]: *Este es, precisamente, el talón de Aquiles de la Directiva 95/46, que armoniza los ordenamientos europeos desde el punto de vista de la validez; pero no desde otro tan importante como el anterior, cual es el de la eficacia, lo que conlleva el riesgo cierto de frustrar la finalidad misma de la Directiva, al ser los regímenes sancionadores sumamente dispares entre los Estados. Así por ejemplo, España, que tiene uno de los más duros, por no decir el más duro de la Unión, al menos por lo que al sector privado se refiere, establece multas que*

(*) Universidad Complutense de Madrid.

(1) E. SUÑÉ LLINÁS, *Marco Jurídico del Tratamiento de Datos Personales en la Unión Europea y en España*, en la obra colectiva *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pp. 245 a 274.

pueden llegar, en el caso de las infracciones calificadas como muy graves, a los seiscientos mil euros, mientras que en supuestos idénticos, la legislación italiana sólo prevé una sanción de tres mil euros.

Más adelante, en otros estudios, destaqué que ni siquiera el Derecho sustantivo de Protección de Datos, tenía una armonización razonable, pues algunos Estados agotaban prácticamente las posibilidades ofrecidas por la referida Directiva 95/46, mientras que otros parecían empeñarse en mantener un sistema rígido, hiperburocratizado, severo hasta el extremo y al final muy poco eficaz. Siendo de nuevo España el paradigma de todo lo anterior. En 2006 denuncié por primera vez la obsolescencia de los Registros de Ficheros [(2)], dependientes de las Autoridades de Protección de Datos, que no tienen ningún sentido en un mundo donde la microinformática ha generalizado la informática distribuida, frente a la inicial informática centralizada. Asimismo, puse de relieve que la propia Directiva 95/46, permitía flexibilizar y hasta eximir del sistema de notificación a aquellas organizaciones que se dotasen de un *Encargado Independiente* de Protección de Datos, lógicamente a condición de que tal posibilidad se recogiese en la legislación nacional, dictada en transposición de la Directiva. De hecho no hice nada más que explotar los datos – y hasta reiterar las críticas – de la propia Comisión Europea, que el 15 de mayo de 2003, publicó el denominado *Primer Informe sobre la Implementación de la Directiva de Protección de Datos*, informe que es aconsejable leer, pues en él aparecen muchas de las deficiencias y disparidades, del sistema todavía vigente de la Directiva 95/46, cuya corrección se pretende con el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos.

A partir de ahí, consideré necesario, ya en 2009, promover abiertamente la necesidad de que en España se elaborase un nuevo sistema de protección de datos personales, ajustado a la Directiva 95/46, pero completamente distinto del contenido en la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 (LOPD). De hecho, concluía un estudio [(3)] intitulado: *El Agotamiento del Sistema Español de Protección de Datos Personales: Posibles Alternativas*, con la siguiente

---

[(2)] E. SUÑÉ LLINÁS, *La Protección de Datos Personales y el Registro de Ficheros*. En la obra colectiva *Estudios sobre Comunidades Autónomas y Protección de Datos Personales. II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid, 2006, pp. 247-251.

[(3)] E. SUÑÉ LLINÁS, *El Agotamiento del Sistema Español de Protección de Datos Personales: Posibles Alternativas*, en la obra colectiva, coordinada por E. SUÑÉ LLINÁS., L. F. YUSTE, *Derecho*

sentencia: *Estas son algunas de las razones por las que, a mi juicio, es necesario replantear por entero el sistema español de protección de datos personales.* Creo que no se puede ser más explícito.

Siempre fui consciente, y lo reiteraba a cada estudio, que una de las grandes claves para la transformación del sistema, se hallaba en la referida figura del *Encargado Independiente de Protección de Datos*; por lo que induje a un brillante y joven profesor, Francisco José Santamaría Ramos, a que elaborase una Tesis Doctoral sobre la materia, no sin antes redactar conjuntamente con él un estudio sobre el artículo 43 de la LOPD, denominado precisamente: *Responsables y Encargados del Tratamiento*, donde abundábamos ambos sobre estas ideas [4]. En 2011 se publicó la Tesis Doctoral de Francisco Santamaría [5]: *El Encargado Independiente: Figura Clave para un Nuevo Derecho de Protección de Datos*, que pese a la crítica indisimulada que efectúa del sistema español vigente, presente incluso en el título, fue premiada con un *Accesit* en los Premios Anuales de nuestra Agencia de Protección de Datos. Obvio es decir, a la luz de todo lo que ha sucedido con posterioridad, que merecía el Premio, pero es de agradecer que se le diera un accesit, en un país como España, donde toda crítica, por bienintencionada, acertada y positiva que sea – y quizás precisamente por eso – es severamente castigada, con arreglo a la máxima, atribuida a Cioran, según la cual, *ninguna buena acción deja de recibir su justo castigo*.

En resumen, se necesita un Derecho de Protección de Datos que sea propiamente uniforme, en Europa y proceder a una reforma en profundidad del sistema vigente de Protección de Datos, no sólo en España, sino también en Europa, una de cuyas propuestas más importantes es la institucionalización de los Encargados Independientes de Protección de Datos. Ello, además, está en perfecta consonancia y armonía con el sentir de la

---

Informático, Electrónico y de las Comunicaciones. Actas de la IIª Convención Internacional de Derecho Informático, Convención del Principado de Asturias. Madrid, 2009, p. CIID.

[4] E. Suñé Llinás, F. Santamaría, *Comentario al Artículo 43: Responsables y Encargados del Tratamiento*, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, 2010, Madrid.

[5] F. Santamaría Ramos, *El Encargado Independiente: Figura Clave para un Nuevo Derecho de Protección de Datos*, 2011, Madrid.

opinión pública, pues como destaca el Eurobarómetro [6] de 2011, *el 90% de los europeos quiere que el derecho a la protección de datos sea* el mismo *en toda la UE*.

En este contexto, la Comisión Europea publicó, el 25 de enero de 2012 COM (2012) 11 final, una Propuesta de REGLAMENTO del Parlamento Europeo y el Consejo, relativo a la *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (Reglamento general de protección de datos), en el que se aborda un nuevo Derecho de Protección de Datos para Europa y, con carácter general, se plantea en consonancia con los puntos de vista que había expresado reiteradamente el profesor que suscribe, por lo que es para mí obligado, también en líneas generales, hacer una valoración globalmente positiva del mismo.

Procederé, acto seguido, al análisis detallado de las más importantes innovaciones que el Reglamento de Protección de Datos plantea, desglosadas en epígrafes.

2. — *Legitimación del tratamiento de los datos personales: prohibición del consentimiento tácito.*

En el capítulo de *definiciones* (artículo 4), en relación con el consentimiento, se dice que es: *toda manifestación de voluntad, libre, específica, informada y explícita, mediante la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración ya sea mediante una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*.

Por su parte, el artículo 7 del Proyecto de Reglamento, se expresa como sigue:

Artículo 7:Condiciones para el consentimiento

1. El responsable del tratamiento asumirá la carga de la prueba de que el interesado ha dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para determinados fines.

2. Si el consentimiento del interesado se ha de dar en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otro asunto, el requisito de dar el consentimiento deberá presentarse de tal forma que se distinga de ese otro asunto.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La

---

[6] EUROBARÓMETRO, *Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, nº 359 2011especial, junio.

retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento antes de su retirada.

4. El consentimiento no constituirá una base jurídica válida para el tratamiento cuando exista un desequilibro claro entre la posición del interesado y el responsable del tratamiento.

Todo ello implica que las principales cuestiones a analizar, con respecto al consentimiento, son las siguientes:

Que sea *explícito*: Prohibición del consentimiento tácito. Se dice que ello se produce por oposición con lo permitido por la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995; pero personalmente pienso, que más bien el contraste se relaciona con una interpretación laxa y permisiva, para con los responsables de los tratamientos, de la referida Directiva 95/46, por parte de las Autoridades de Control y del propio Grupo (europeo) del artículo 29 de la referida Directiva. No se olvide que la definición de consentimiento que figuraba en el artículo 2, relativo a *definiciones*, letra h) de la misma, aludía a *toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada*. Personalmente pienso que la palabra manifestación tiene un contenido activo, frente a la mera expresión y que la unión entre la libertad, especificidad de la voluntad y su carácter de *informado*, en el que insiste especialmente la Directiva 95/46, son muy dudosamente compatibles con un consentimiento que no sea expreso, aunque no se interpretase así por los organismos de control. Y ello es todavía más patente, cuando el artículo 7 de la Directiva 95/46, precisa, además, que el consentimiento ha de ser *inequívoco*.

Si con todo lo anterior no se entendió que el consentimiento exigido por la Directiva 95/46, había de ser expreso, me veo obligado a reiterar que ello sólo pudo deberse a la laxitud interpretativa – en favor del responsable del tratamiento y en contra del ciudadano interesado – de las Autoridades encargadas de interpretar y aplicar la norma. No obstante, desde el punto y hora en que las Autoridades de Control de los diversos países de la Unión, admitieron el consentimiento tácito, bueno es que el nuevo Reglamento exija de forma tajante, e insista en que el consentimiento ha de ser *explícito*, de idéntica forma en que la Directiva 95/46, exigió en su momento, e insistió especialmente, en que había de ser *informado*.

El carácter *explícito*, como se dice en la propia definición que figura *ut*

supra, se refiere tanto a *voluntad declarada*, como a una *clara acción afirmativa*. O sea que la palabra *explícito*, no necesariamente significa que el consentimiento se produzca mediante la palabra hablada o escrita, sino que puede darse mediante otras acciones afirmativas, incluidas las mímicas, lo que no deja de ser una manera de oscurecer lo que al parecer se pretendía, pues una de las acepciones de *tácito* es *callado* y el nuevo Reglamento no exige tajantemente que el consentimiento se exprese siempre mediante la palabra oral o escrita, lo que de nuevo podría abrir las puertas a la aceptación del consentimiento tácito. Esperemos, pues, que se abandone definitivamente la aceptación del consentimiento tácito en materia de protección de datos personales, máxime cuando el propio Legislador, en el Preámbulo del Reglamento, cuyo contenido es criterio cualificado de interpretación de las normas, dice expresamente: *En la definición de consentimiento se añade el criterio «explícito» para evitar un paralelismo con consentimiento «inequívoco» que se preste a confusión y con el fin de dotarse de una definición única y coherente que garantice que el interesado es consciente de que da su consentimiento y a qué lo da.*

(25) Se debe dar el consentimiento de forma explícita por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, específica e informada de la voluntad del interesado, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa del interesado, que garantice que la persona es consciente de que está dando su consentimiento al tratamiento de datos personales, incluso mediante la selección de una casilla de un sitio web en internet o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio o la inacción no deben constituir consentimiento.

Como hemos visto, el artículo 7.2 del Proyecto de Reglamento exige, además, que el consentimiento siempre debe presentarse de forma separada (*distinta* dice el texto) de cualesquiera otros asuntos que figuren en una declaración escrita, lo que de nuevo acredita el carácter expreso e inequívoco del consentimiento, en el nuevo Reglamento.

- **El responsable del tratamiento asume la carga de la prueba del consentimiento**. Lo cual abona la prohibición del consentimiento tácito, pues la existencia de dicho consentimiento ha de ser demostrada por el referido responsable.
- **El consentimiento puede ser retirado en cualquier momento**. Aunque sin efectos retroactivos.

-La validez del consentimiento exige el equilibrio de poder entre el responsable y el interesado. Como se dice en la Exposición de Motivos (33): *con el fin de garantizar el consentimiento libre, debe aclararse que este no constituye un fundamento jurídico válido cuando la persona no goza de verdadera libertad de elección y por tanto no está en condiciones de denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno*. En el propio Preámbulo se expresa con claridad que ello afecta, sin duda, al marco de las relaciones laborales; pero se relaja la interpretación cuando el responsable del tratamiento se incardina en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3. — *El derecho a la información y los derechos de los niños.*

En materia de protección de datos personales, *de siempre* los derechos básicos del interesado (o afectado), han sido los de *acceso, rectificación y cancelación*, a los que más adelante se aludirá con especial amplitud. Podemos decir que estos derechos son una de las grandes piedras angulares de la protección de datos, carácter que también tiene la necesidad de recabar el *consentimiento* del interesado, al menos como regla, tanto para la obtención de datos personales, como para su cesión a terceros, debiendo ser tales consentimientos diferenciados.

Por demás, el derecho a la información, se engloba incluso en el Reglamento, bajo la moderna noción de *transparencia*, de forma que el artículo 11 del mismo, se refiere expresamente a dicho concepto:

Artículo 11:Transparencia de la información y la comunicación

1. El responsable del tratamiento aplicará políticas transparentes y fácilmente accesibles por lo que respecta al tratamiento de datos personales y al ejercicio de los derechos de los interesados.

2. El responsable del tratamiento facilitará al interesado cualquier información y comunicación relativa al tratamiento de datos personales, en forma inteligible, utilizando un lenguaje sencillo, claro y adaptado al interesado, en particular para cualquier información dirigida específicamente a los niños.

Todo ello sin perjuicio de que el artículo 14, se refiera específicamente al derecho a la información del interesado, justo antes de regular los clásicos derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Pues bien, el derecho a la información en la recogida de datos o sobre la existencia de ficheros y tratamientos acerca de los mismos, se podría considerar que es un *prius* para el efectivo ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, por lo que el interesado siempre ha tenido un derecho a la información, que fue muy potenciado por la Directiva 95/46. En este sentido, el Proyecto de Reglamento introduce pocas novedades con respecto a la Directiva, al regular el derecho a la información, en su exhaustivo artículo 14, con la salvedad de que se insiste en ese derecho en todo lo que pueda afectar a los niños, o a la infancia, por emplear una expresión más al uso en España.

En consecuencia, si la cuestión de los derechos de los niños se ha vinculado al derecho a la información en la recogida de datos no es, por supuesto, porque se agote en tal derecho, sino porque este es uno de sus aspectos más relevantes. Así por ejemplo, el artículo 11.2 del Proyecto de Reglamento, relativo a la *transparencia* de la información, precisa que *el responsable del tratamiento facilitará al interesado cualquier información y comunicación relativa al tratamiento de datos personales, en forma inteligible, utilizando un lenguaje sencillo, claro y adaptado al interesado, en particular para cualquier información dirigida específicamente a los* niños. En idéntica forma, uno de los supuestos en que el proyecto de Reglamento recomienda que se promueva la elaboración de Códigos de Conducta (artículo 38.1.e), es precisamente en lo relativo a *la información y la protección de los niños*.

Aun cuando el deber de información corresponde al *responsable del tratamiento,* el artículo 52.2 del Proyecto de Reglamento encomienda a la *Autoridad de Control* que en la información al público sobre los diversos aspectos de la protección de datos personales, procure especialmente extender la cultura de protección de datos entre el público infantil.

Cuestión distinta es cuándo considera el Reglamento en ciernes que una persona ha de ser considerada como niño, a cuyo efecto existe una cierta confusión: en el capítulo de *definiciones* (artículo 4), se dice expresamente que se entiende por *niño*, toda persona menor de 18 años. Ello es relevante en países como España, donde el límite para considerar a una persona *menor*, se hallaba en los 14 años, según establece el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección

de datos de carácter personal (LOPD). Sin embargo, el propio Reglamento Comunitario, establece en ocasiones otros límites de edad para definir cuándo la persona es un *niño*. Así por ejemplo, el artículo 8, en lo relativo a oferta de servicios de la sociedad de la información, exige que el consentimiento se produzca con asistencia de los padres o tutores, en el caso de los *menores de 13 años*. Por ello pienso que convendría clarificar esa imprecisión y tener criterios diáfanos, sobre la edad a la que una persona debe ser considerado *niño*, a los efectos de la normativa de protección de datos y evitar las expresiones *mayor/menor de*, puesto que su sentido matemático, siempre excluye la cifra que viene a continuación, mientras que el sentido coloquial suele entender la correspondiente expresión, en los términos de lo que matemáticamente sería *mayor/menor o igual*. Otra alternativa sería dejar el significado muy claro en el epígrafe de *definiciones*. Son cuestiones de técnica legislativa (legísticas) nada baladíes.

Más allá del derecho a la información, otros aspectos en los que el nuevo Reglamento comunitario exige que se ponga especial atención, cuando el círculo de afectados sean niños, son los relativos al *derecho al olvido y a la supresión* de datos (artículo 17), o a las *evaluaciones de impacto* de datos obtenidos a gran escala, cuando éstos sean *de niños* (artículo 33.2.d).

4. — *Derechos de acceso, rectificación y cancelación: la cuestión de la portabilidad y del derecho al olvido.*

Ya se ha expuesto, con los adecuados matices, que los derechos básicos del interesado, en materia de protección de datos, son los de *acceso, rectificación y cancelación*, cuya regulación en este proyecto normativo ofrece pocas novedades, con la salvedad de la cuestión de la *portabilidad*, vinculada al derecho de acceso, y el *derecho al olvido*, que como en su momento sucediera con el *bloqueo*, está íntimamente relacionado con el derecho de cancelación.

Dado el objeto del presente trabajo, muy centrado en los aspectos más innovadores del Proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos, haré poco más que dar el concepto de los derechos básicos del interesado, para centrarme en los aspectos mencionados en la cabecera de epígrafe.

El núcleo del *derecho de acceso*, según precisa el artículo 15.1 del Proyecto,

se refiere a que: *los interesados que lo soliciten tendrán derecho a obtener del responsable del tratamiento, en cualquier momento, confirmación de si se están tratando o no datos personales que les conciernen*. Lo importante, no es entrar en mayores precisiones, puesto que la regulación propuesta no varía sustancialmente con respecto a la Directiva, sino aludir directamente a la cuestión de la *portabilidad*.

El artículo 18 del nuevo Reglamento regula el referido *derecho a la portabilidad*, que se entiende como el derecho *a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos*. Sin duda se trata de una cuestión importante, y más en la época del *cloud computing*, porque el particular, al tener cada vez menos la *posesión física* de sus datos, se hallaba hasta el momento en una situación fáctica de dependencia con respecto a los ISPs (*Internet Services Providers*) que dificultaba, también en la práctica, su derecho a migrar de proveedor, sin arriesgarse a perder los propios datos. Ello tiene múltiples implicaciones más allá de la protección de datos personales, que afectan, entre otros extremos al Derecho de la Competencia (concurrencia de mercado), por lo que la regulación del derecho a la portabilidad, por parte del Legislador europeo, sin duda puede calificarse de afortunada y cabal.

Literalmente se dispone en el citado precepto del Proyecto de Reglamento, que: *cuando el interesado haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado, sin impedimentos por parte del responsable del tratamiento de quien se retiren los datos personales*.

En lo que se refiere al *derecho de rectificación*, se reproducirá también la normativa aplicable (artículo 16 del Reglamento), que se limita a decir: *El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales que le conciernen cuando tales datos resulten* inexactos. *El interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales cuando estos resulten incompletos, en particular mediante una declaración rectificativa adicional*.

Y ya en relación con el *derecho de cancelación*, que ahora se denomina derecho de *supresión*, el Legislador se deja arrastrar por la moda de entronizar el *derecho al olvido* que – insisto – no es más que una manifestación del clásico derecho de cancelación, en las particulares circunstancias que se dan en la

era Internet, en la cual hay que poner especial atención en que todo lo que se publica en la Red, al menos en lo que se refiere a datos personales, no permanezca allí indefinidamente. Como literalmente se dice en el artículo 17.1: *el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento* suprima *los datos personales que le conciernen y* se abstenga de darles más difusión. Obvio es reiterar que *supresión* equivale a *cancelación*, mientras que la *cesación en la difusión*, es una modalidad de la supresión, a la que se ha puesto de moda denominar como *derecho al olvido*.

El apartado 2 del artículo 17, es el que específicamente se ocupa de regular el *derecho al olvido*, en los siguientes términos: *Cuando el responsable del tratamiento contemplado en el apartado 1 haya hecho públicos los datos personales, adoptará todas las medidas razonables, incluidas medidas técnicas, en lo que respecta a los datos de cuya publicación sea responsable, con miras a informar a los terceros que estén tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de esa publicación*.

En todo lo demás, lo más importante del artículo reseñado, es la correcta regulación del *bloqueo*, como alternativa a la supresión o cancelación. El bloqueo supone *limitar el tratamiento* de los datos, de forma que se hagan inaccesibles, sin que ello implique su borrado, institución, que como acertadamente regula el Legislador comunitario, sólo puede darse en las circunstancias reseñadas en las 4 letras del artículo 17.4:

a) el interesado impugne su exactitud, durante un plazo que permita al responsable del tratamiento verificar la exactitud de los datos;

b) el responsable del tratamiento ya no necesite los datos personales para la realización de su misión, pero estos deban conservarse a efectos probatorios;

c) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a su supresión y solicite en su lugar la limitación de su uso;

d) el interesado solicite la transmisión de los datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18, apartado 2.

Un matiz me veo obligado a hacer sin embargo, puesto que los redactores del Proyecto de Reglamento no parecen haber tenido en cuenta la cuestión que el que suscribe planteara en 1999, cuando dije: *Ha de tenerse en cuenta, que uno de los mayores peligros, a largo plazo, de una aplicación inquisitorial de*

la legislación protectora de datos personales, puede ser el borrado parcial de la Historia [7], puesto que si se suprimen los datos personales, cuando ya han cumplido su finalidad, en el fondo se está *borrando la historia*, por lo que aquellos datos cuyo interés histórico sea claro deben conservarse, y así lo dispone el nuevo Reglamento, en su artículo 18.3.c), en relación con los datos destinados a *fines de investigación histórica, estadística y científica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83*. Lo que no se establece, y en este sentido llamo la atención del Legislador antes de que se apruebe el texto definitivo del Reglamento, es que tales datos, debieran incluirse en los supuestos – previamente reseñados – en los que el *bloqueo* operaría como alternativa a la supresión.

5. — *El responsable del tratamiento y sus obligaciones: no hay que notificar los ficheros.*

El artículo 4 del Proyecto de Reglamento, relativo a definiciones, conceptúa al *responsable del tratamiento* como la *persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines, condiciones y medios del tratamiento de datos personales*. En contraste con la figura del *responsable*, está la del *encargado del tratamiento*, al que se define como *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*. Es decir, que el responsable del tratamiento está facultado para *decidir* sobre el mismo, mientras que el encargado es alguien que actúa *por cuenta* del responsable.

Las referencias al *responsable del tratamiento* aparecen por doquier en el Proyecto de Reglamento, pero su regulación específica, junto a la del encargado – aunque quizás sería más adecuado decir *encargados* – se halla en el Capítulo IV del mismo (artículos 22 a 39).

En relación con la anterior Directiva 95/46, los aspectos más novedosos del nuevo Reglamento, es la introducción de la figura de los *corresponsables*, así como la de los *representantes de responsables no establecidos en la UE*, dada la trascendencia actual de los flujos transfronterizos, en un mundo globalizado.

---

[7] E. Suñé Llinás, *Marco Jurídico del Tratamiento de Datos Personales en la Unión Europea y en España*, en la obra colectiva *La armonización legislativa de la Unión Europea*, 1999, Madrid, pp. 245-274.

A tal efecto, me limitaré a reproducir el contenido de los artículos 24 y 25 del Reglamento:

Artículo 24: Corresponsables del tratamiento

Cuando un responsable del tratamiento determine, conjuntamente con otros, los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales, los corresponsables determinarán, por mutuo acuerdo, cuáles son sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular por lo que hace a los procedimientos y mecanismos para el ejercicio de derechos del interesado.

Artículo 25: Representantes de los responsables del tratamiento no establecidos en la Unión

1. En el caso contemplado en el artículo[8] 3, apartado 2, el responsable del tratamiento designará un representante en la Unión.

2. Esta obligación no será aplicable a:

a) un responsable del tratamiento establecido en un tercer país cuando la Comisión haya decidido que ese tercer país garantiza un nivel de protección adecuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41; o

b) una empresa que emplee a menos de doscientas cincuenta personas; o

c) una autoridad u organismo públicos; o

d) un responsable del tratamiento que sólo ofrezca ocasionalmente bienes o servicios a interesados residentes en la Unión.

3. El representante deberá estar establecido en uno de los Estados miembros en que residan los interesados cuyos datos personales son objeto de tratamiento en el contexto de una oferta de bienes o servicios, o cuyo comportamiento esté siendo controlado.

4. La designación de un representante por el responsable del tratamiento se entenderá sin perjuicio de las acciones legales que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

Tradicionalmente una de las grandes obligaciones del responsable del tratamiento, era la *notificación de ficheros* a las autoridades nacionales responsables en materia de protección de datos personales. De hecho, con el éxito de la

[8] El artículo 3.2, se refiere *al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión*, en los supuestos de oferta de bienes y servicios, o de control de la conducta de tales interesados.

informática distribuida, dicha obligación de notificación de tratamientos, si bien era lógica en las Leyes de Protección de Datos de primera generación, y hasta en el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 1981, al ser entonces predominante la informática centralizada, no tenía sin embargo ningún sentido en 1995, ya en plena era Internet y de auge de la informática distribuida, que es cuando se aprobó la Directiva 95/46. Por ello, dicha Directiva, en su artículo 18, ya no establecía la obligación de notificación de tratamientos de una forma incondicionada, sino que abría la posibilidad a posibles alternativas a la notificación, en un elenco de excepciones a la misma, o al contemplar la posibilidad de su simplificación. Una de estas excepciones – acaso la más importante – se halla en el nombramiento (siempre que la legislación nacional en transposición de la Directiva así lo contemplase, lo que nunca fue el caso de España) de un Encargado Independiente de Protección de Datos, al que me referí en el capítulo introductorio y estudiaré de forma más extensa en el capítulo que sigue al presente.

Como es lógico, la permisión de la Directiva, con ser positiva, acentuó las disparidades entre las legislaciones estatales, que se vuelven a homogeneizar en el Reglamento objeto de estudio, mediante la – razonable – supresión de la notificación de tratamientos.

La tradicional obligación de notificación de tratamientos, se sustituye por la obligación, reseñada en el artículo 28 del Reglamento, de que tanto el responsable como el encargado, conserven la *documentación de todas las operaciones de tratamiento*; lo que no es necesariamente burocrático, puesto que un sistema informático bien diseñado, permite conservar *logs* (registros de tratamientos) de forma automatizada, de la mayor parte de las exigencias reglamentarias. Es cuestión de una adecuada organización del tratamiento. Es más, tales obligaciones de conservación de la documentación, ni siquiera se exigen a personas físicas que traten datos personales sin interés comercial, ni a organizaciones que tengan dicho tratamiento como actividad accesoria y tengan menos de 250 empleados.

Además de lo anterior, el artículo 29 del Proyecto de Reglamento atribuye a responsables y encargados del tratamiento, funciones de cooperación con la Autoridad de Control del correspondiente Estado.

6. — *Encargado del tratamiento: obligatoriedad del encargado independiente o delegado de protección de datos.*

Como ya se ha puesto de manifiesto, el *encargado* del tratamiento, a diferencia del *responsable*, no es quien toma las últimas decisiones sobre el mismo, sino que se limita a tratar datos personales, *por cuenta* del responsable. Es decir, que mientras que el responsable es *la Dirección* (la normativa tampoco es especialmente precisa al respecto) de la organización que trata datos personales, el responsable es un *manager* o técnico, que puede ser tanto *interno* como *externo* a la correspondiente organización y así le configura el artículo 28 del Proyecto de Reglamento. Siempre se exige que el encargado procure que el *tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado, en particular en lo que respecta a las medidas de seguridad*.

Las obligaciones del *encargado* están definidas en el artículo 28.2 del Reglamento, aunque dado el objeto del presente trabajo no se expondrán exhaustivamente; pero hay que hacer constar que deben recogerse en un *contrato* u otro acto jurídico y hacerlo por *escrito*. Ello es especialmente importante, porque – sin ir más lejos – un abogado o un gestor administrativo, suele tratar datos personales de forma externa, por cuenta del responsable y, en consecuencia, son *encargados* del tratamiento a los efectos de la legislación de protección de datos, por lo que deben ser conscientes tales encargados que recae sobre ellos una gravísima responsabilidad, toda vez que si no se atienen al encargo, serán considerados responsables del tratamiento, a todos los efectos que puedan perjudicarles (artículo 28.4).

Es preciso señalar también que me había referido al encargado *o encargados* del tratamiento, porque en el fondo hay diversas especies de encargados, no sólo porque puedan ser internos o externos, sino también, por ejemplo, porque pueden existir encargados especializados en diversas funciones relacionadas con el tratamiento. Entre tales encargados, en el Reglamento destaca el papel que se atribuye al *Encargado Independiente*, entre otras razones, porque al haberse suprimido la notificación (y consiguiente registro) de tratamientos por la Autoridad de Control, es preciso potenciar las funciones de control en el seno de la propia organización y llevarse a cabo dicho control de una manera independiente.

Esta es una de las principales innovaciones del Proyecto de Reglamento, en la que insistí especialmente en publicaciones que se citan en el capítulo introductorio y que fue objeto de la antes citada Tesis Doctoral que me correspondió prologar, de Francisco José Santamaría: *El Encargado Independiente. Figura Clave para un Nuevo Derecho de Protección de Datos*. La propia Exposición de Motivos (Preámbulo) del Proyecto de Reglamento, es esclarecedora al respecto: *el artículo 35 introduce la obligatoriedad de contar con un delegado de protección de datos en el sector público y en el sector privado, cuando se trate de grandes empresas o en caso de que las actividades principales del responsable o del encargado del tratamiento consistan en operaciones de tratamiento que exijan un seguimiento periódico y sistemático. Esta disposición se fundamenta en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE, que establecía la posibilidad de que los Estados miembros introdujesen este requisito en lugar de una obligación general de notificación*.

El *Encargado Independiente*, se denomina en el Reglamento *Delegado de Protección de Datos* y es una figura regulada en los artículos 35 a 37 del Proyecto de Reglamento. La existencia de dicho *delegado* se exige en los siguientes supuestos:

Autoridades u Organismos Públicos. Por eso produce auténtica perplejidad que en España se haya suprimido, por razones de los conocidos como *recortes*, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, que fue la primera Agencia Autonómica de Protección de Datos que existió en dicho país, sobre todo habida cuenta de que la función de tales Agencias – cuyas competencias se extienden a los Entes Locales del correspondiente ámbito territorial – son muy parecidas a las de los *Encargados Independientes* o *Delegados de Protección de Datos* que el nuevo Reglamento pasa a exigir para los Organismos Públicos. En España, una vez más, no salimos de la eterna alegoría de Penélope, de tejer destejer, parecida al clásico abrir/cerrar zanjas. Lamentable. Y con un coste humano más dramático todavía.

Empresas de 250 trabajadores o más. Entiendo que debiera decir *organizaciones*, pues hay fundaciones u otras organizaciones sin ánimo de lucro, que tienen esa dimensión.

Organizaciones de cualquier dimensión, que realicen un seguimiento periódico y sistemático de los interesados.

El artículo 35 del Reglamento vela para que en la función del *Delegado* no se produzcan conflictos de intereses y le otorga un mandato de dos años, en

el que no puede ser libremente destituido, a fin de evitar un menoscabo en su independencia. Tampoco puede recibir instrucción alguna en el ejercicio de sus funciones. El nombre del Delegado debe ser comunicado tanto a la Autoridad de Control, como al público, a fin de que los particulares puedan dirigirse al mismo.

En relación con sus funciones, dada la importancia de las mismas y de que se trata de una institución cuya introducción normativa resulta tan acertada como novedosa, merece la pena reproducir el artículo 37.1 del Proyecto de Reglamento:

Artículo 37: Tareas del delegado de protección de datos

1. El responsable o el encargado del tratamiento encomendarán al delegado de protección de datos, como mínimo, las siguientes tareas:

a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y documentar esta actividad y las respuestas recibidas;

b) supervisar la implementación y aplicación de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;

c) supervisar la implementación y aplicación del presente Reglamento, en particular por lo que hace a los requisitos relativos a la protección de datos desde el diseño, la protección de datos por defecto y la seguridad de los datos, así como a la información de los interesados y las solicitudes presentadas en el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Reglamento;

d) velar por la conservación de la documentación contemplada en el artículo 28;

e) supervisar la documentación, notificación y comunicación de las violaciones de datos personales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32;

f) supervisar la realización de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos por parte del responsable o del encargado del tratamiento y la presentación de solicitudes de autorización o consulta previas, si fueran necesarias de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 y 34;

g) supervisar la respuesta a las solicitudes de la autoridad de control y, en el marco de las competencias del delegado de protección de datos, cooperar con la autoridad de control a solicitud de esta o a iniciativa propia;

h) actuar como punto de contacto para la autoridad de control sobre las cuestiones relacionadas con el tratamiento y consultar con la autoridad de control, si procede, a iniciativa propia.

7. — *Seguridad de los datos, evaluación de riesgos y violaciones de datos.*

El precepto más general sobre seguridad de los datos, se halla en el artículo 30 del Reglamento, que lejos de la rígida y burocrática regulación española [9], que sólo contribuye a hacer de la protección de datos personales una pesada carga para las empresas, sin mejorar por ello la protección de los ciudadanos, intenta establecer normas acertadas y flexibles, cuya implementación se confía a la responsabilidad de las propias empresas, sin que por ello exista merma de garantías, sino que por el contrario se establecen medidas que previenen los posibles efectos negativos de una violación de seguridad.

El Reglamento Europeo, se limita a reproducir la tradicional fórmula genérica, en cuanto a la obligación de *establecer medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado en relación con los riesgos que entrañe el tratamiento y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse, habida cuenta de las técnicas existentes y de los costes asociados a su implementación*. A partir de ahí, procura que se adopten medidas *preventivas* a través de la *evaluación de riesgos* y que se *reaccione* adecuadamente frente a las violaciones de seguridad, previéndose incluso notificaciones a la Autoridad de Control y a los propios interesados. Al revés de lo que se ha hecho durante tanto tiempo en España, la normativa europea es flexible y previsiblemente será eficaz.

-**Evaluaciones de impacto.** Según el artículo 33.1, *cuando las operaciones de tratamiento entrañen riesgos específicos para los derechos y libertades de los interesados en razón de su naturaleza, alcance o fines, el responsable o el encargado del tratamiento*

[9] Por increíble que pueda parecer el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, reguló específicamente esta cuestión por primera vez en España, con un total de 29 artículos, que se elevaron a 35, una vez que dicha regulación fue sustituida por el vigente Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (artículos 79 a 114).

que actúe por cuenta del responsable llevarán a cabo una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento previstas en la protección de datos personales. Tales riesgos se detallan en el apartado 2 el mismo artículo y, como es obvio, están muy directamente relacionados con el tratamiento de los *datos sensibles*, también denominados *especialmente protegidos*.

Por lo que se refiere al *contenido*, la evaluación de impacto *deberá incluir, como mínimo, una descripción general de las operaciones de tratamiento previstas, una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, las medidas contempladas para hacer frente a los riesgos, y las garantías, medidas de seguridad y mecanismos destinados a garantizar la protección de datos personales y a probar la conformidad con el presente Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas* (artículo 33.3). Obvio es decir que una evaluación de impacto constituye una auténtica *auditoría de riesgos* presentes en el tratamiento de datos personales.

El control preventivo es de tal intensidad que las evaluaciones de impacto están complementadas por la *Autorización y Consulta Previas* a la Autoridad de Control, en los supuestos reseñados en el artículo 34 del Proyecto de Reglamento.

Por lo que se refiere a las medidas de reacción frente a una violación preexistente de datos personales, el Reglamento contempla las siguientes:

-Notificación a la Autoridad de Control. Como señala el artículo 31.1 del Reglamento, *en caso de violación de datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control sin demora injustificada y, de ser posible, a más tardar veinticuatro horas después de que haya tenido constancia de ella. Si no se hace* en *el plazo de veinticuatro horas, la notificación a la autoridad de control irá acompañada de una justificación motivada*.

-Notificación de la violación al interesado. Según el artículo 32.1 del Reglamento, ésta debe darse *cuando sea probable que la violación de datos personales afecte negativamente a la protección de los datos personales o a la privacidad del interesado*. La no comunicación al mismo siempre depende, en última instancia, de la Autoridad de Control, que asimismo puede exigir al responsable que la lleve a cabo, a la vista *de los efectos negativos probables de la violación*.

8. — *Las P.E.T.: protección de la intimidad desde el diseño y por defecto*.

Las usualmente denominadas *Tecnologías Avanzadas de Privacidad*, son las que en inglés se conocen como PET (*Privacy Enhancing Technologies*), literalmente *Tecnologías de Mejora de la Privacidad* (Intimidad). De lo que se trata no es de confiar la protección de datos personales a la tecnología; pero sí servirse activamente de la tecnología, como un útil coadyuvante para mejorar los demás estándares, sobre todo vinculados con el Derecho y el Management, para la protección de los datos personales.

Las PET son un *viejo conocido* del Grupo del Artículo 29 de la Directiva 95/46, pues como ya señalé en un clásico escrito sobre protección de datos en Internet [(10)], en la documentación difundida por el mismo figuraban las posiciones del IWG (*Internet Working Group*) en la reunión celebrada en Hong Kong, en 1998, que partía de un planteamiento idéntico al que se ha enunciado en el apartado anterior, e insistía especialmente en que la tecnología garantizase el anonimato en la navegación web, facilitase el consentimiento previo e informado del interesado, antes de cualquier tratamiento de sus datos personales en la web, e incidía asimismo en restringir la posibilidad de que los buscadores de Internet recopilasen datos tendentes a la elaboración de perfiles personales.

Más allá de la web, el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos, contiene previsiones en su artículo23, aplicables con carácter general, sobre *Protección de Datos desde el diseño y por defecto*, cuya panorámica puede obtenerse a partir de la reproducción del referido precepto:

Artículo 23: Protección de datos desde el diseño y por defecto

1. Habida cuenta de las técnicas existentes y de los costes asociados a su implementación, el responsable del tratamiento implementará, tanto en el momento de la determinación de los medios de tratamiento como en el del tratamiento propiamente dicho, medidas y procedimientos técnicos y organizativos apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

[(10)] E. SUÑÉ LLINÁS, *La Protección de Datos Personales en Internet*, en la obra colectiva coordinada por E. SUÑÉ LLINÁS, *II Congreso Mundial de Derecho Informático*. 2000, Madrid, p. 8.

2. El responsable del tratamiento implementará mecanismos con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales necesarios para cada fin específico del tratamiento y, especialmente, que no se recojan ni conserven más allá del mínimo necesario para esos fines, tanto por lo que respecta a la cantidad de los datos como a la duración de su conservación. En concreto, estos mecanismos garantizarán que, por defecto, los datos personales no sean accesibles a un número indeterminado de personas.

Procede destacar la importancia de la protección tecnológica de la intimidad *por defecto*, que es justo lo contrario de lo que hacen actualmente las empresas tecnológicas que dominan La Red. Con la entrada en vigor del Reglamento, podrán denunciarse ante las Autoridades de Control, el software, plataformas, aplicaciones, etc. cuya configuración *por defecto* no procure el máximo respeto por la intimidad de las personas. Y, dado el planteamiento de base del Reglamento (recordemos p. e. a los representantes de responsables de países terceros del artículo 25), esto afecta a todas las empresas con amplia presencia europea en la prestación de servicios de la sociedad de la información, aunque no sean empresas radicadas en Europa.

9. — *Las autoridades de control: el principio de ventanilla única europea.*

Lo relativo a las Autoridades de Control se regula en el Capítulo VI del Reglamento, artículos 46 ss. Y les encomienda la aplicación del Reglamento, de forma coherente en toda la UE y de manera a su vez coordinada con la Comisión, lo que requiere profundizar en la cooperación, que ya se había iniciado con el Grupo del Artículo 29 de la Directiva 95/46. Lógicamente, como establece el artículo 52.1.c) del Reglamento, las Autoridades de Control deberán compartir información entre sí, prestarse asistencia mutua y velar por la aplicación coherente del Reglamento en toda la Unión Europea.

A las Autoridades de Control – en cuya organización concreta no entra el Reglamento – se les exige total *independencia*, pese a su nombramiento *político*, que puede corresponder tanto al Parlamento como al Gobierno. También hay garantías de *inamovilidad* en un mandato que, por demás, no puede ser inferior a 4 años. Destacan las funciones de las Autoridades de Control en cuanto a la *sensibilización del público* (artículo 52.2), que esperemos que se tra-

duzca de una vez por todas en el fomento de una *cultura europea de protección de datos,* así como en un efectivo asesoramiento y apoyo a los interesados, establecido en el mismo artículo.

El principio de *ventanilla única* (así denominado en la Exposición de Motivos del propio Reglamento Europeo), se define en el artículo 51.2 del mismo, relativo a la *competencia* de las Autoridades de Control, cuando dice: *cuando el tratamiento de los datos personales tenga lugar en el marco de las actividades de un responsable o un encargado del tratamiento establecidos en la Unión, y el responsable o el encargado estén establecidos en varios Estados miembros, la autoridad de control del Estado miembro en que esté situado el establecimiento principal del responsable o del encargado será competente para controlar las actividades de tratamiento del responsable o del encargado en todos los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo VII del presente Reglamento*.

En otras palabras, el ámbito de la protección de datos personales es propiamente *europeo*, toda vez que una organización o empresa que se halle establecida en varios Estados, estará controlada por la Autoridad de Control de aquel Estado donde radique su establecimiento principal, lo que beneficia claramente a las grandes multinacionales, e indirectamente a los países más poderosos de Europa, que de esta manera se aseguran el control de la protección de datos personales de sus empresas más importantes, en todo el ámbito de la Unión Europea. Ello no deja de tener aspectos positivos, toda vez que las grandes empresas estarán más motivadas a tener su establecimiento principal, en aquellos países donde exista menos rigidez y burocratismo, a la hora de aplicar una Legislación de Protección de Datos, que ya será uniforme en toda la Unión Europea.

Precisamente por esta circunstancia, el Grupo del Artículo 29 de la Directiva 95/46, cuya denominación misma denotaba su institucionalización precaria, es sustituido por un *Consejo Europeo de Protección de Datos* (artículos 64 ss. del reglamento), integrado por los Directores de las Autoridades de Control de cada Estado y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, cuya competencia se extiende a los organismos de la Unión, en sí mismos considerados. La Comisión Europea no es miembro de pleno derecho del Consejo Europeo de Protección de Datos, aunque sí tiene derecho a participar en sus actividades y a estar representada en el mismo. La importancia del *Consejo Europeo de Protección de Datos*, está llamada a ser muy relevan-

te, toda vez que el artículo 66.1.b) del Reglamento le atribuye competencia para emitir *directrices, recomendaciones y mejores prácticas dirigidas a las autoridades de control, a fin de promover la aplicación coherente del presente Reglamento*.

10. — *Simplificación de los flujos transnacionales de datos: decisiones de adecuación y normas empresariales vinculantes*.

Lo relativo a flujos transfronterizos de datos personales, se regula en el Capítulo V del Reglamento (artículos 40 ss.). La idea de fondo, aunque no se haga explícita, es muy clara: No tendría ningún sentido que Europa se dotara de un sistema muy garantista, en cuanto a la protección de datos personales se refiere, si los datos personales de los europeos pudieran salir libremente de las fronteras continentales y tratarse en países donde existieran pocas o nulas garantías de una protección adecuada de la intimidad y de los Derechos Fundamentales de la persona, en general. Es por ello, que ya el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 23 de enero de 1981, no era partidario, salvo excepciones, de que los datos personales pudieran salir libremente de los países parte en el propio Convenio, salvo que el país tercero gozase de un nivel de protección *equivalente*. La posterior Directiva 95/46, por su parte, flexibilizó la idea de *equivalencia*, exigiendo solo un nivel de protección *adecuado*, muy probablemente habida cuenta de que otros gigantes económicos, como USA, país con el que después se firmaron los acuerdos de *puerto seguro* (*secure harbor*), no tiene un sistema ni remotamente equivalente al europeo.

-Decisiones de Adecuación: A los anteriores efectos, el gran problema de la Directiva es que otorgaba, en principio, competencias decisorias a los Estados, sin perjuicio de que pudiera intervenir también la Comisión Europea, lo que generaba confusión y no estaba exento de contradicciones. En oposición con ello, el nuevo Reglamento (artículo 41) ha otorgado la competencia decisoria sobre dicho nivel de protección adecuado, directamente a la Comisión, que puede adoptar, por consiguiente, *decisiones de adecuación*. Tales decisiones se basan en los siguientes *criterios*, que asimismo figuran en el artículo 41:

-Que el Estado en cuestión sea un auténtico *Estado de Derecho* o de *Rule of Law*.

-Que existan en el mismo *Autoridades de Control* independientes.

-Valoración de los *compromisos internacionales* asumidos por dicho Estado.

-Cuando la decisión no sea de adecuación, quedará prohibida toda transferencia de datos personales al correspondiente país tercero, pero la Comisión estará facultada para entablar consultas con el mismo, a fin de que dicho país pueda solventar esta situación, lo que asimismo estaba previsto en la Directiva 95/46.

-Las decisiones empresariales vinculantes y otras garantías apropiadas de países terceros: Mientras la Comisión no haya tomado una *decisión de adecuación* sobre determinado país, cabe que se transfieran datos personales al mismo, si se ofrecen *garantías apropiadas*, que pueden derivar se la aceptación de las siguientes cláusulas, establecidas en un instrumento jurídicamente vinculante, o de no ser así, autorizadas previamente por una Autoridad de Control:

-Cláusulas tipo de protección de datos, adoptadas por la Comisión.

-Cláusulas tipo adoptadas por una Autoridad de Control.

-Cláusulas contractuales con el destinatario de los datos, autorizadas previamente por una Autoridad de Control.

-Normas empresariales vinculantes.

Todo ello con la salvedad de que también es posible dicha transferencia, a partir del elenco de *excepciones* recogidas en el artículo 44, que son tantas que casi parecen constituir una regla. Entre ellas destacan el consentimiento del interesado, que la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato, el supuesto de transferencias relacionadas con procedimientos judiciales, el interés público, transferencias procedentes de registros públicos, o transferencias efectuadas en pro de intereses vitales del interesado, que figuran, como se decía, en un inusitadamente largo elenco de excepciones.

Lo que más nos interesa, dada su importancia, es estudiar con detalle las normas empresariales vinculantes, que se hallan reguladas en el artículo 43 del Reglamento, y deberán ser autorizadas por una Autoridad de Control a la empresa que las apruebe, sobre la base de que sean jurídicamente vinculantes y confieran a los interesados derechos exigibles. El contenido mínimo de las normas empresariales (o corporativas) vinculantes, es el siguiente:

-Estructura y datos de contacto del grupo de empresas y de sus miembros.

-Las transferencias de datos a efectuar, incluidas categorías de datos personales, tipos de tratamientos y sus fines, tipos de interesados, e indicación del tercer país de que se trate.

-Carácter jurídicamente vinculante.

-Principios generales de la protección de datos personales.

-Derechos de los interesados y medios para ejercerlos.

-Aceptación por parte del responsable o del encargado del tratamiento establecidos en el territorio de un Estado miembro, de la responsabilidad por cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro del grupo de empresas no establecido en la Unión.

-Forma en que se facilita a los interesados información sobre las normas empresariales vinculantes.

-Información acerca del Delegado Independiente de Protección de Datos de la Empresa.

-Mecanismos internos para verificar el cumplimiento de las normas empresariales vinculantes.

-Mecanismos para la comunicación de modificaciones en las políticas de protección de datos y su notificación a la Autoridad de Control.

-En general, mecanismos de cooperación con la Autoridad de Control, para la verificación del cumplimiento de las normas empresariales vinculantes.

En resumen, nos hallamos ante un Reglamento, que siendo tributario de los criterios de la Directiva 95/46, recoge las mejores prácticas en aplicación de la misma y crea un Derecho Uniforme para todo el territorio de la UE, en el que básicamente se echa en falta, que siga dejando en un mundo aparte, o mejor dicho en un *limbo* aparte, la protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones y muy principalmente de Internet, lo que no deja de ser una claudicación de la UE ante las poderosas empresas que dominan dichos sectores, casi siempre en detrimento de los consumidores y usuarios.

Nuria González Martín[*]

NOTAS ACTUALES EN TORNO A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR PARTE DE UNO DE SUS PROGENITORES Y LA MEDIACIÓN

Sumario: 1. Introducción. — 1.1. El ABC de la Convención de La Haya de 1980. — 2. Guía de Buenas Prácticas en Mediación. — 3. Mediación familiar internacional: desafíos y especialización. — 4. Desafíos para el Derecho Internacional Privado. Cooperación entre Autoridades. — 5. Derecho aplicable o conflictos de leyes. — 6. Asuntos migratorios. — 7. Cargos penales. — 8. Especialización y formación. — 8.1. Formación del mediador. — 8.2. Diversidad cultural. — 8.3. Violencia doméstica. — 9. La distancia y la tecnología de comunicación (Online Dispute Resolution -ODR-). — 9.1. Elementos subjetivos. — 9.2. Algunas experiencias: Programas binacionales. — 10. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

En 2013 estamos celebrando el 30° aniversario de la entrada en vigor de la *Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores* (en adelante Convención o Convenio de La Haya de 1980), un tratado internacional que ha facilitado el retorno o que tiene como propósito *el pronto retorno de los menores traslados o retenidos ilícitamente por parte de uno de sus progenitores en algunos de los Estados parte,* es decir, la inmediata restitución del niño, niña o adolescente a su residencia habitual [1] – y así al

[*] Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] La Convención de La Haya de 1980 procede si el niño era "residente habitual de un Estado Contratante". La Convención no aclara o silencia cual es la definición de lugar habitual de residencia. "This silence is thought to be deliberate, ´the aim being to leave the notion free from technical rules, which can produce rigidity and inconsistencies as between legal systems´ (*Isaac v. Rice*, 1998 U.S. Dist., in *Lexis*, p. 12602). The term is interpreted from the child´s perspective [*Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d 1396, 1401 (6th Cir. 1993)] and considers whether the child has been taken out of the family and social environment in which his or her life has developed. M. R. Walshand and S. W. Savard, *International Child Abduction and the Hague Convention,* en *Barry Law Rev.,* 629, 2006, p. 32. M. N. González, Relatoría de la *Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de*

Estado donde la corte o tribunal podrá resolver asuntos de guarda, custodia y visitas [2]-; un tratado que ha tenido más que presente cuestiones de índole fundamental para el desarrollo de la niñez pero al que le falta eslabones importantes para una buena y actual aplicación práctica del mismo [3]. No sobra decir que el futuro o, aún más importante, el presente de nuestros niños depende de un sano e integral desarrollo dentro de un seno familiar.

Así, de esta manera, cuando hablamos de familia nos referimos a una variedad de estructuras familiares [4] en la que incluimos, por el tema que nos atañe en este momento, aquellas donde, por la separación o el divorcio, el involucramiento de ambos padres con sus hijos debe seguir siendo una prioridad y en donde visualizamos, en la práctica, una situación diametralmente opuesta.

No olvidemos que mientras podemos llegar a ser exesposas o exesposos, nunca vamos a tener exhijos o exhijas. Cuando se da una situación de separación de pareja, el cuidado emocional, físico y económico de los menores tiene que ser tomado en cuenta por ambos padres de manera, una vez más, incondicional.

En este contexto, la sustracción internacional parental de menores se torna un tema de máxima preocupación, actualidad y relevancia ante el considerable incremento de casos detectados.

1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, La Haya, Holanda, 1-10 junio 2011, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* vol. XII, 2012.

[2] La Convención de La Haya de 1980: Artículo 16 "… después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio".

[3] J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* USA, num.1, Fall 2008, p. 2.

[4] M. N. González, *Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística*, en J. Carbonell, M. Carbonell, Miguel, M. N. Gonzále, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho,* México, 2012.

Cuando hablamos de sustracción internacional parental de niños, niñas y adolescentes generalmente nos referimos al "traslado ilícito" o "retención ilícita" [5] del menor a otro país por parte del padre o la madre [6]. Este problema puede haber aumentado ante factores tales como:

-La internacionalización de las relaciones familiares [7].

-La crisis de la familia como institución y, más específicamente, del matrimonio como institución, así como el incremento de crisis entre las parejas.

-El aumento de conflictos, como consecuencia de la disolución marital o sentimental, cuando hay niños.

La batalla que surge en las parejas rotas y el uso y manipulación de los menores como arma, como botín de guerra, provoca un aumento en las situaciones de sustracción y el daño irreparable de por vida para los menores [8].

---

[5] El artículo 3 de la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores expresa que el traslado o retención se considera ilícito cuando se quebrantan los derechos de guarda y custodia atribuidos a una persona, institución u organismo, ya sea de manera conjunta o por su cuenta, bajo la ley del Estado en el que el niño tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior al traslado o retención.

[6] En un pequeño número de casos que están incluidos dentro de la Convención de La Haya de 1980, puede ser otra persona distinta al padre (un abuelo, padrastro u otra persona relacionada o no relacionada) o una institución u otro organismo cuyos derechos de custodia han sido quebrantado por el traslado o retención ilícita del niño. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 11.

[7] La globalización económica también implica, por supuesto, un crecimiento de los viajes internacionales y el turismo y éstos dan lugar a un incremento de los matrimonios binacionales, por ejemplo, además de darse circunstancias laborales, profesionales, académicos, etcétera.

[8] El daño psicológico sufrido por un niño sustraído es de proporciones inconmensurables. S. E. Reynolds, *International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected Under the Child Abduction Convention,* 44, en *Fam. Ct. Rev.* 2006, pp. 464-466, y todo ello sin mencionar cuestiones que suelen aparecer como el síndrome de alienación parental. M. N. González, *Convivencia paterno/materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional*, en *Alienación parental y derechos humanos, 2° ed., primera reimpresión,* CNDH-Primera Visitaduria General. Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Familia y la niñez, 2013, pp. 9-52.

Por estas razones, priman bases torales como el Interés Superior del Menor, principio fundamental establecido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (UNCRC, por sus siglas en inglés) [9], igualmente el derecho del niño a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, garantizado en el artículo 10.2 UNCRC [10]. Otra cuestión, igualmente sobresaliente, es el principio de que el menor tiene derecho a ser oído, artículo 12 UNCRC [11], en todos los casos, con carácter general y sin excepciones y para ello debe propiciarse el marco normativo más adecuado. En sintonía con esta voz u opinión del menor, es importante tener siempre presente que la voluntad de los menores no debe ser considerada, por sí sola, como elemento decisivo a la hora de adoptar una decisión por parte del juez, y así lo reforzaremos en el apartado siguiente dedicado a sentar las bases de la sustracción internacional parental de menores.

Un panorama, el esbozado, que debe reconducir, de una u otra manera, a la prevención y a la búsqueda de mecanismos que ayuden a detectar y a detener, si no desactivar, la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores como una meta de primer orden.

En este contexto, y por el tema conexo de esta contribución, en una disputa que surge ante la separación de la pareja, concretamente, en una disputa familiar internacional sobre derechos de custodia y contacto, por ejemplo, es realmente importante promover acuerdos.

---

[9] El artículo 3.1 UNCRC expresa "In all actions concerning children… the best interest of the child shall be **a** primary consideration". http://www.ohchr.org/english/law/crc.htm (última consulta 9 noviembre 2012). Véase, en torno al tema, M. N. González, J. S., Rodríguez, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano,* México, 2011, p. 243

[10] United Nations Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child, articulo 10 (2), http://www.ohchr.org/english/law/crc.htm (última consulta 9 noviembre 2012).

[11] M. Forcada, J. Francisco, *Capítulo Decimo Tercero, Derecho del niño a ser oído,* Tenorio, Lázaro and Tagle, Graciela (Coords.), *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial,* México, 2011, pp. 246-265. En el caso puntual de la sustracción parental internacional de menores surge la duda sobre si el niño debería estar involucrado en la mediación y si es así, cuál es la mejor manera de hacerlo.

En este sentido, destacamos el aumento en el uso de la mediación y otros procesos similares que facilitan la resolución amigable de disputas en derecho familiar [12]. Esto subraya la importancia de la consecución de soluciones acordadas en dichas disputas familiares a través de procesos como la mediación entre el progenitor perjudicado [13] y el progenitor sustractor [14], lo cual permitiría al niño desarrollarse en un ambiente lo más estable posible. Para nosotros, los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC), tales como la mediación, podría ser el mejor camino, y esto se evidencia en el reciente crecimiento de iniciativas legales relacionadas con niños y en el actual énfasis en la mediación para resolver casos de sustracción internacional de menores.

Así las cosas, el objetivo de este artículo es, en primer lugar, analizar o revisar la funcionalidad de la Convención de La Haya de 1980 a través de su Guía de Buenas Prácticas en Mediación, es decir determinar si tal guía promoverá la mediación como un método útil para la resolución de conflictos en materia familiar y más específicamente en los casos de sustracción internacional parental de menores.

En el mismo contexto, el segundo objetivo de esta contribución será explorar los actuales esfuerzos que aseguren a los padres tener la oportunidad de elegir voluntariamente la mediación con mediadores familiares internacionales experimentados y el uso, incluso, de herramientas tecnológicas que contribuyan a la consecución de acuerdos en la materia.

Para la consecución de dichos objetivos, la estructura de la presente contribución se cierne al desarrollo de un primer apartado introductorio que permitirá ubicar al lector en torno a las premisas y móviles que han ido detonando

---

[12] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 21, http://www.hcch.net.

[13] En inglés, se utiliza el término "left-behind parent" o "searching parent" (progenitor perjudicado) y se refiere a toda persona u organismo cuyos derechos de custodia se vean supuestamente vulnerados por un traslado o una retención ilícitos (artículo 3 de la Convención de La Haya de 1980).

[14] En inglés, se utiliza el término "taking parent", "kidnapping parent" o "parental kidnapper" (progenitor sustractor) y se refiere a toda persona, institución u organismo acusado de haber trasladado – de su residencia habitual a otro Estado – o retenido a un niño en forma ilícita.

el aumento de situaciones de sustracción internacional parental de menores. A continuación, en un segundo apartado, se propone un recorrido por el "ABC" del Convenio de La Haya de 1980 para que, una vez más, podamos dar claridad a las bases que rigen la normatividad internacional sobre la materia, si bien, hacemos hincapié que este rubro distará del resto en su forma, es decir, planteamos una redacción concisa y puntual, sin apenas notas a pié de página, para que sin distraer al lector logremos sentar las pautas precisas de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores. Con estas premisas, estimamos que tenemos el camino preparado, en un tercer apartado, para centrarnos en un atisbo de análisis de la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de mediación, a través de un repaso de la Guía de Buenas Prácticas en Mediación y así finalizar, en un cuarto apartado, con las vicisitudes que entraña la mediación familiar internacional ante los desafíos para el derecho internacional privado – con temas de cooperación, conflictos de leyes, cargos penales y asuntos migratorios – y la necesaria especialidad, en donde tendrá un lugar primordial el entrenamiento de los mediadores especializados ante retos lingüísticos, de diversidad cultural, violencia doméstica, finalizando con el planteamiento de los medios tecnológicos ante la distancia física ubicada en estos casos de sustracción, supuestos que no se encuentran estipulados de manera expresa dentro de la Guía de Buenas Prácticas en Mediación pero que son parte del debate más actual.

1.1. – *El ABC de la Convención de La Haya de 1980.*

En este apartado, como adelantamos, se pretende hacer un recorrido, sencillo y puntual, presentando las bases que permea a la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores.

De esta manera, podemos comenzar expresando que la sustracción internacional parental de menores tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, es decir, el *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* y otra de ámbito regional, es decir, la *Convención Interamericana de 1989 sobre restitución internacional de menores*[15]. En donde destacamos, de manera práctica, dos cuestiones:

[15] M. N., González, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata,* México, 2009.

- Convenciones con un título que difiere en su nomenclatura, al indicar sustracción y restitución, y en donde nos posicionamos acorde con una doctrina mayoritaria que toma la denominación de sustracción como la más idónea al determinar que para ser restituido un menor víctima de un traslado o retención ilícita, primeramente tiene que ser sustraído. Con esta cuestión en mente, no debemos tomar el concepto como sinónimo pero tampoco debemos, o tenemos, que desecharlo cuando el término es utilizado indistintamente para referirse a una figura jurídica internacional de este calibre y naturaleza, centrándonos, más que en el acierto semántico, en las cuestiones jurídicas que entraña un supuesto de tanta magnitud.
- Convenciones, como expresamos, que provienen de diferentes ámbitos – universal y regional, respectivamente – en donde destaca el número mayor o menor de países que suscriben dichos convenios determinado por el foro de codificación de donde provienen – sin connotación de jerarquía – pero con un contenido prácticamente idéntico. Agregamos en este punto – como corolario del procedimiento debido en un caso de sustracción internacional parental de un menor – que debemos mencionar, por esta ocasión, que la Convención Interamericana sobre Restitución tiene una importante y clara *cláusula de compatibilidad* entre ella y la Convención de La Haya de 1980 sobre sustracción *in comento*, en su artículo 34, al establecer: "*Entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980".* El hecho de la inclusión de cláusulas de esta naturaleza es un acto por demás plausible, al dejar claridad absoluta en la aplicación de convenios internacionales –máxime ante el solapamiento de materias como sería el caso de la sustracción internacional parental-; una cuestión que el legislador internacional debiera poner especial cuidado a la hora de su inclusión en los instrumentos de *Hard Law*, es decir, ante tratados internacionales tradicionales rígidos. Si bien es cierto que, en el caso puntual, al ser dos convenios con un contenido prácticamente idéntico la invocación de uno u otro instrumento internacional por parte de Estados que tienen firmados y ratificados ambas normas, no tiene inconveniencia alguna.

Por el tema puntual referido en esta contribución, nos centrarnos en el análisis de la primera de ellas en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980 pero insistimos al lector que el contenido es similar, si no idéntico, a todas luces y en donde para verificar si es aplicable o no alguna de estas convenciones a un Estado en particular, tendrá que revisarse el ámbito de aplicación espacial de cada una de ellas y así constatar si forma o no parte de su ordenamiento jurídico interno en particular.

El Convenio de La Haya de 1980 fue adoptado, en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, por el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes. El día 25 de octubre de 1980, los delegados firmaron el acta final del periodo de sesiones que incorpora el texto del Convenio y una recomendación que contiene un formulario modelo de las demandas de retorno de los menores desplazados o retenidos de forma ilícita. Una recomendación que tiene una gran importancia desde que destaca su valor jurídico, aún siendo no vinculante.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis años por parte de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) – también se puede dar la circunstancia de que sean sustractores los abuelos, tíos, etcétera – quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el ya mencionado artículo 3 de la Convención de La Haya de 1980 establece que: "… el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando éste derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención".

Asimismo, el artículo 8 de la Convención de La Haya de 1980 expresa que toda persona, institución y organismo que alegue la infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor; tenemos entonces que el padre/

madre sustraído/a puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Cuando queremos analizar o estudiar un convenio internacional, en primer término nos abocamos a la determinación de los cuatro ámbitos de aplicación de la norma internacional, es decir, ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal para así determinar si un instrumento internacional, en particular, forma parte de nuestro sistema jurídico interno. Posteriormente, se analiza el contenido concreto de dicha norma. De esta manera determinamos para la Convención de La Haya de 1980:

- Ámbito de aplicación material. De acuerdo al artículo 1 de la Convención hay que:
- Asegurar la restitución inmediata – al lugar de su última residencia habitual – de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes.
- Respeto de los derechos de custodia y visita vigentes, emitidos por el juez de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícita, en los demás Estados contratantes.

Ambos objetivos se encuentran directamente ligados con el Interés Superior del Menor (ISM). El Interés Superior del Menor no está expresamente incorporado en la Convención de La Haya de 1980 pero sí en sus objetivos y preámbulo y esto fue determinado así bajo la idea de evitar que se recurra a él como forma de evadir las restituciones [16]. Con este sentido, el ISM, en materia de sustracción, consiste – a pesar del concepto jurídico indeterminado que representa dicho ISM – en respetar y garantizar de manera prioritaria el pleno ejercicio de los derechos del menor y que en relación al Convenio de La Haya de 1980 es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, y en su caso, a una restitución rápida y segura [17] y si llegara a proceder

---

[16] V. Pérez *Explanatory Report, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction,* en *Hague Conference on Private International Law, III Actes et Documents de la Quartorzieme Session 426,* 1980, p. 458.

[17] M. R. C. Pérez, *El interés superior del niño en el convenio de la Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación*, en *Revista de Derecho de Familia,* Abeledo-Perrot, Argentina, núm. 56, pp. 23 y ss.

alguna de las excepciones determinadas en la propia Convención (artículos 12 y 13 principalmente), probadas por el sustractor, se debe denegar la restitución a fin de proteger el mencionado Interés Superior del Menor.

Otra cuestión, igualmente sobresaliente, es el principio de que el menor tiene derecho a ser oído en todos los casos, con carácter general y sin excepciones, y para ello debe propiciarse el marco normativo más adecuado y así potenciar, de una forma real y efectiva, el multimencionado ISM. En sintonía con esta voz u opinión del menor, es importante tener siempre presente que la voluntad de los menores no debe ser considerada, por sí sola, como elemento decisivo a la hora de adoptar una decisión por parte del juez [18], de esta manera se manifiesta el poder judicial al reiterarse sentencias que van en este sentido; ponemos como ejemplo el dictamen del Fiscal y la confirmación de la sentencia apelada por la Suprema Corte argentina en 2012, al expresar: "vi. – en el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores. vii. – en razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del arto 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar" [19].

De esta manera, y acorde a una doctrina mayoritaria, también debe ser valorada la opinión del menor en función del contexto, peculiaridades físicas y psicológicas del menor – edad y grado de madurez – y del grado de conflicto familiar entre los adultos implicados y entre éstos y el menor [20].

Como refuerzo, expresar que cuando no haya regulación local vigente, se debe respetar el principio fundamental de la garantía de audiencia y del debido proceso legal -aplicándose siempre, como mínimo, los procesos que

---

[18] M. Forcada, F. Javier, *Derecho del niño a ser oído*, L. Tenorio, G. Tagle (Coords.) *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial,* México, 2011, pp. 246-265.

[19] Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 22/8/12: "G., P. C. el H., S. M. s/reintegro de hijo". Extracto Dictamen Sra. Procuradora Fiscal, p. 9.

[20] M. Forcada, F. Javier, *Derecho del niño a ser oído*, cit.

señala tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989-.

-Ámbito de aplicación personal. Se observará en todos los asuntos en los que menores de dieciséis (16) años hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de guarda, custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

El nexo o punto de contacto es la residencia habitual del menor, o sea, el lugar donde el menor tenía su centro de vida, es decir, donde habitaba, acudía a la escuela y tenía sus actividades recreativas, entre otras. Ni el lugar de nacimiento ni la nacionalidad son puntos de contacto por regla general y para estos casos en particular.

- Ámbito de aplicación espacial**.** Los Estados que han firmado y ratificado la Convención de La Haya de 1980 en la actualidad son un total de 89 y la numeración o relación de los países que son contratantes o parte se puede ver en la página oficial de la Conferencia de La Haya http:www.hcch.net
- Ámbito de aplicación temporal. El artículo 35 estipula que "el presente Convenio sólo se aplicará entre los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor en esos Estados"; por ende, contiene una aplicación irretroactiva, obligándonos a aplicar supletoriamente el Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores y derivará, como expresamos, en las disposiciones de derecho autónomo o interno del país en cuestión.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así el artículo 7 menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando ya sea directamente o a través de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1. localizar al menor; 2. prevenir que sufra mayores daños; 3. garantizar la restitución voluntaria; 4. Buscar resolución amigable; 5. intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6. facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7. incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la re-

gulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8. conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9. garantizar la restitución del menor sin peligro y 10. mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional estipula, "La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor", en donde la cooperación, bajo este fin, también se torna imprescindible.

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es realmente importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución, si bien el mecanismo de retorno es considerado, como ya pusimos de manifiesto al establecer el ISM, como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alterno de solución de controversias, tal y como reforzaremos en la parte final de este apartado dedicado al ABC del Convenio de La Haya de 1989.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9 expresa que en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, dispone que la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro Estado, transmitirá dicha solicitud directamente y sin demora, potenciando el principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

Es importante – para poder comprender a carta cabal – tener claridad en los mencionados ámbitos de aplicación que darían cobertura, o no, al supuesto jurídico objeto de nuestro estudio, la sustracción internacional parental de menores, pero también es igualmente importante tener ubicado que dicha figura jurídica plantea un procedimiento, interno o autónomo, tanto en el país dónde el menor fue sustraído, trasladado ilícitamente, como en el país donde el menor se encuentra trasladado o retenido ilícitamente. En el primer caso – Estado requirente – el procedimiento implicaría definir el fondo de la cuestión – guarda y custodia – y en el segundo caso – Estado requerido – el procedimiento versaría en torno a la procedencia de la restitución o no.

En relación a este último punto, tenemos que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, sólo podrá hacer

valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 y que se enumeran a continuación:

- que hubiere transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita;
- que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue traslado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;
- el consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño;
- cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga la menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable;
- cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y éste se oponga a su restitución [21];
- también se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (artículo 20 de la Convención de La Haya de 1980);
- por último, se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo el artículo 17 de la Convención de La Haya de 1980 "que el hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento".

Por último, destacamos o subrayamos aún más dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de este recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

---

[21] Véase lo comentado en este mismo apartado en torno al *Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 22/8/12: "G., P. C. el H., S. M. s/reintegro de hijo". Extracto Dictamen Sra. Procuradora Fiscal, p. 9*

- En ningún caso el juez ante el que se tramita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el artículo 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: "… después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio"; si, en cambio, el juez decide en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, artículo 5, inciso b) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.
- El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de iniciación del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expeditez que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

No olvidemos que el principal problema de funcionamiento de la materia de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, además de la necesidad del conocimiento y uso puntual de la normativa convencional, es la demora en el proceso (administrativo y judicial), con lo cual concebir y asumir un procedimiento puntual (un proceso interno o autónomo) para el mismo es vital para la consecución exitosa de la restitución del menor al lugar de su residencia habitual en su interés superior.

Como mencionamos con anterioridad, el énfasis puesto en el tema de la promoción de acuerdos o resoluciones amigables, así como la promoción de Medios Alternos de Solución de Controversias a través de la mediación, es un tema de máxima actualidad e interés para los casos relativos a la sustracción internacional parental de menores. Podemos visualizar, a grandes rasgos, tres formas de solución de disputa asistida en material familiar: a) la negociación informal, en el contexto de la Convención de La Haya de 1980, análoga al procedimiento en muchos Estados para buscar el retorno voluntario o la resolución amigable [con un papel importante de la Autoridad] b)

el proceso ante la corte o tribunales, negociaciones que son normalmente llevadas a cabo por jueces o abogados y que son también comunes en casos de la Convención que a menudo conducen a órdenes de consentimiento y c) procesos formales no adversariales, en donde los más comunes, en materia familiar, es la mediación, conciliación y más recientemente el derecho colaborativo – al menos en los Estados Unidos de América –. Para los efectos de nuestra contribución solo consideramos la mediación como un proceso particular practicado por personas capacitadas como mediadores [22].

La mediación es importante y prueba de ello lo tenemos en la concepción de un instrumento de *Soft Law*, como es la Guía de Buenas Prácticas en Mediación formulada o perfilada a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, como ya anotamos arriba, no debemos dejar de subrayar que es realmente importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o resolución amigable [23] – artículos 7 y 10 del Convenio de La Haya de 1980 –.

Ante la información vertida en este apartado solo resta subrayar que al expresar que cuando un padre/madre sustrae un hijo a otro país, él o ella está desencadenando diferentes asuntos legales en donde puede haber demandas civiles en uno o en ambos países ordenando la restitución inmediata del menor, igualmente puede haber demandas penales con una potencial sanción criminal –incluso pena privativa de libertad para uno de los padres en el país requirente-, sanciones monetarias, casos de custodia, solicitudes de audiencia y cualquier otra maniobra legal en diversas jurisdicciones, por lo tanto, y llevados por nuestra trayectoria personal, la mediación se detona como un medio alterno a la justicia tradicional en donde un mediador, especialmente entrenado y preparado, puede trabajar de manera paralela al marco legal "establecido entre los dos países implicados" o puede intentar prevenir a los padres para que no den pie al inicio de un proceso legal de tan grandes y complejas magnitudes. Los mediadores también pueden trabajar con los padres después de una solicitud u orden – o no – de restitución del tribunal y de esta manera facilitan la comunicación para que resuelvan las nuevas etapas o situaciones que se pue-

[22] S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention,* vol. 7, Oxosfor, 2011, pp. 11-12

[23] *Ibidem,* pp. 13 y ss.

dan dar. Cuando los padres alcanzan un acuerdo final a través de la mediación, dicho acuerdo puede ser o no legalmente ejecutable en ambos países.

La buena conducción de una mediación, en casos de sustracción internacional de menores por parte de unos de sus padres, también deriva en dilucidar si el traslado que se dio en dicho proceso se deben a situaciones sencillas tales como la oportunidad de un empleo, retornar al país de origen o una oportunidad de mejor calidad educativa o, si por el contrario los motivos están relacionados con una violenta relación, miedo, opresión u otros motivos relacionados con la violencia doméstica y en estos casos, el mediador debe saber si es apropiado o no continuar con la mediación así como si es necesario denunciar situaciones criminales. Igualmente es importante señalar que el mediador no debe guiar solo hacia el tema, pareciera principal, sobre el lugar físico de reubicación del menor sino sobre cuestiones colaterales que en un futuro inminente se presentarán tales como visitas, contactos, escuelas, idiomas o religión que seguirá el menor, entre otras de los muchos acuerdos que se deben fijar para la mejor interacción familiar en el interés superior del niño, niña o adolescente y siempre con un menor costo económico y emocional que si el caso se lleva ante un tribunal. Acuerdos que, a través de la comunicación buscada en la mediación, pretenden que sean duraderos en el tiempo – dada su factibilidad al ser creados por los propios interesados – por lo que conlleva o atañe a las relaciones familiares de por vida.

Por otro lado, es conveniente aclarar que un mediador, incluso cuando esté formado como abogado, no puede dar asesoría legal a los padres pero debe conocer el proceso legal y de esta manera lo que hace es dirigir el proceso de mediación hacia un acuerdo viable para la familia. En estos casos de sustracción internacional parental de menores y el papel de la mediación, destacamos un número significativo de iniciativas binacionales a nivel mundial, además de la implementación de la solución de disputas en línea, es decir, a través de los medios electrónicos, la denominada resolución de disputas en línea, *Online Dispute Resolution* (ODR por sus siglas en inglés).

Por último, pero no menos importante, el tema que apuntamos en torno a la voz del menor, tenemos que ubicarlo, asimismo en el contexto de la mediación y para ello tenemos que la Recomendación del Consejo de Europa N° R. (98) 1 sobre mediación familiar, establece que el mediador informe a los padres sobre la necesidad de consultar a sus hijos menores.

Con esta antesala queremos dejar el camino preparado al lector para que en los apartados siguientes pueda visualizar estas cuestiones apuntadas de manera más puntual.

2. — *Guía de Buenas Prácticas en Mediación.*

La sustracción internacional parental de menores es un tema que en los últimos tiempos ha sido objeto central de estudio en numerosos foros internacionales entre el que destacamos, por su reciente convocatoria, el realizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado [(24)], a través de la agenda atendida en la Sexta Reunión [(25)] de la Comisión Especial de junio de 2011 y enero de 2012 [(26)], para la operación práctica del Convenio

---

[(24)] Véase en relación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, los instrumentos relativos al *Hard Law* y *Soft Law*. M. N. GONZÁLEZ, *Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis*, OEA, Washington, D.C., 2011, en http://www.oas.org

[(25)] Se llevaron a cabo reuniones anteriores: First meeting of the special commission, October 1989; Second meeting on January 18-21 1993; Third meeting March 17-21 1997; Fourth, March 22-28 2001; Special Commission September-October 2002. Fifth October 30 – November 9 2006. The sixth meeting took place in two different dates: (June 1-10, 2011 and January 25-31, 2012 with 92 R&C, www.hcch.net under "Child Abduction Section".

[(26)] De esta manera, se hace énfasis en los problemas específicos, vigentes y más demandantes relacionados con la puesta en práctica de las dos convenciones revisadas durante la sexta reunión de la comisión especial (2011-2012), es decir, las convenciones de 1980 y 1996. Partiendo de tales premisas se llevó a cabo el debate sobre lo siguientes asuntos: *1. La cooperación entre las Autoridades Centrales designadas para la Convención de 1980; 2. El procesamiento de las solicitudes de restitución realizadas por las Autoridades Centrales; 3. El papel que juegan las Autoridades Centrales con respecto a la Convención de La Haya de 1996; 4. El entrenamiento y la fraternización de las Autoridades Centrales para efectos de las Convenciones de 1980 y 1996; 5. Las reuniones y la colaboración en línea de las Autoridades Centrales de las Convenios de 1980 y 1996(uso de las tecnologías de información); 6. Peticiones de visita/contacto remitidas bajo las convenciones de 1980 y 1996 7. Alegaciones de violencia doméstica y procedimientos de restitución; 8. Asuntos relacionados con el acceso a la justicia y el trato justo; 9. La discusión acerca de la jurisprudencia relacionada con la convención de 1980; 10. La voz/opinión del niño en el proceso de restitución y otros procedimientos; 11. El uso de Guías de Buenas Prácticas para la Convención de 1980, Parte III dedicada a las Medidas de Protección y Parte IV dedicada a la Ejecución; 12 El planteamiento de un borrador práctico para la Convención de 1996; 13. Red judicial y comunicaciones judiciales directas; 14. Planteamiento de un borrador para*

de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención de La Haya de 1996 sobre jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores [27].

La mayoría de las últimas Convenciones de La Haya en material familiar explícitamente alientan o promueven la mediación y procesos similares para encontrar soluciones apropiadas para los casos de disputas transfronterizas y, concretamente, a través de instrumentos de *Soft Law* [28]. Numerosas Guias de Buenas Prácticas apoyan una efectiva implementación de la aplicación práctica de la Convención de La Haya de 1980, de hecho, las disputas familiares transfronterizas han sido discutidas, siempre en clave de visualizar el camino o el futuro del trabajo de la Conferencia de La Haya, por ejemplo [29]:

- En abril de 2006, los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya autorizaron a la Oficina Permanente a: "preparar un estudio de factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, que comprenda el posible desarrollo de un instrumento en la materia" [30];

---

una Guía de Buenas Prácticas en Mediación relacionada con la Convención de 1980; 15. Principios de mediación desarrollados dentro del contexto del proceso de Malta; 16. Protocolo. A éste respecto, una crónica puede encontrarse en: M. N. González, Relatoría de la *Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, La Haya, Holanda, 1-10 junio 2011,* en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, 2012. http://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/amdi*

[27] Téngase en cuenta que durante la Sexta Reunión de la Comisión Especial fueron analizadas tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención de 1996 sobre responsabilidad parental. Debido a la materia que nos ocupa en el presente artículo, solo se hará referencia a los aspectos relacionados con la primera convención, es decir, la Convención de La Haya de 1980.

[28] M. N. González, *Private International Law in Latin America: from Hard to Soft Law*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* México, vol. XI, 2011, pp. 393-405 http://www.juridicas.unam.mx/revistas/amdi; M. N. González, *Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis*, OAS, Washington, D.C., 2011.

[29] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 14 (traducción no oficial).

[30] Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affrairs and

- En abril de 2007, el Consejo decidió invitar a los Miembros de la Conferencia de La Haya a: "presentar comentarios, antes de fines de 2007, acerca del estudio de factibilidad sobe mediación transfronteriza en asuntos de familia (…)" [31];
- En abril de 2008, el Consejo: "invita a la Oficina Permanente a continuar el seguimiento y a mantener informados a los Miembros sobre las nuevas evoluciones en material de mediación transfronteriza en asuntos de familia" [32], asimismo, se le solicitó a la Oficina Permanente que, como primera medida, iniciara los trabajos para: "una Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de la mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (…), que será sometida a la consideración de la siguiente reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de dicho convenio (…) en 2011" [33].
- En marzo/abril de 2009, el Consejo: "reafirmó su decisión tomada en la reunión de abril de 2008 en relación con la mediación transfronteriza en materia de familia. Se aprueba la propuesta de la Oficina Permanente para que la Guía de Buenas Prácticas sobre la Mediación en el contexto del Convenio(…) sea enviada para consulta a los miembros a principios de 2010 y posteriormente para su aprobación a la Comisión Especial, que revisará el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores (…) durante su próxima reunión en 2011" [34].

Policy of the Conference. www.hcch.net under "Work in Progress" and "General Affairs", Recommendation N° 3.

[31] Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (2-4 April 2007) www.hcch.net under "Work in Progress" and "General Affairs", Recommendation N° 3 (traducción no official)

[32] Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008) www.hcch.net under "Work in Progress" and "General Affairs", p. 1.

[33] Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008) www.hcch.net under "Work in Progress" and "General Affairs", p. 1.

[34] Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (31 March-2 April 2009) www.hcch.net under "Work in Progress" and "General Affairs", pp. 1-2.

Un borrador de Guía circuló entre los Estados Miembros de la Convención de La Haya de 1980 como avance de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para la aplicación práctica de la Convención de La Haya de 1980 y de la Convención de La Haya de 1996. Así, de esta manera, la Recomendación N° 58 expresa: "*Se solicita a la Oficina Permanente que realice revisiones de la Guía a la luz de las discusiones de la Comisión Especial, tomando en consideración, asimismo, el asesoramiento de expertos. Se considerará la inclusión de ejemplos de acuerdos obtenidos en el marco de la mediación. La versión revisada será circulada entre los Miembros y los Estados contratantes para su consulta final*"[35].

Como ya mencionamos, se hizo énfasis en la promoción de acuerdos amistosos y, más concretamente, en la promoción de medios alternos de solución pacífica de controversias [36] a través de la mediación y a través de la mencionada Guía Práctica de Buenas Prácticas en Mediación [37], invocando el buen uso de los artículos 7 y 10 del Convenio de La Haya de

---

[35] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 16.

[36] "Three forms of assisted dispute resolution are common in family matters: informal negotiations; the court process; and formal non-adversarial processes (…)[1] *Informal negotiations* (…) In the Convention context this is akin to the procedure in many States for seeking voluntary return or amicable resolution [with an important Authority´role] (..) [2] *court process* (…) these negotiations are usually led by judges or lawyers and are also common in Convention cases, often leading to consent orders (…) [3]*Formal non-adversarial processes* (…) The most usual processes in family matters are mediation, conciliation and more recently, collaborative law". En el presente artículo solo consideramos la mediación usada para referirse a un proceso particular practicado por personas capacitadas como mediadores. S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention,* vol. 7, Oxford, 2011, pp. 11-12.

[37] Esta Guía es la Quinta Guía de Buenas Prácticas desarrollada para apoyar la aplicación práctica de la Convención de La Haya de 1980. Las cuatro Guías previas que se han publicado son: *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I – Central Authority Practice* (Jordan Publishing, 2003); *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part II – Implementing Measures* (Jordan Publishing, 2003); *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part III-Preventive Measures*; *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part IV–Enforcement* (Jordan Publishing, 2010). www.hcch.net under "Child Abduction Section" and "Guides to Good Practice".

1980 [38], alentando acuerdos voluntarios y amistosos, o acuerdos a través de la mediación, basados en la cooperación internacional entre autoridades.

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Parte V Mediación, tiene la siguiente estructura [39]:

- Capítulo 1 ofrece un panorama general sobre las ventajas y desventajas o límites en el uso de la mediación en las disputas familiares internacionales;
- Capítulo 2 explora desafíos como la cooperación, biculturalidad, bilingüismo, y la distancia geográfica que se da en estos casos, entre otras vicisitudes;
- Capítulo 3 se centra en el entrenamiento especializado para la mediación en los casos de sustracción internacional parental de menores;
- Capítulos 4-13 establecen el proceso de mediación en los casos de sustracción internacional de menores en un orden cronológico desde cuestiones de acceso a la mediación hasta el resultado de la mediación y sus efectos jurídicos;
- Capítulo 14 está dedicado al uso de la mediación como prevención de la sustracción de menores;
- Capítulo 15 está dedicado a otros procesos alternos de solución de controversias destinados a conseguir soluciones acordadas en dichos supuestos de sustracción y
- Capítulo 16, último, dedicado a cuestiones especiales relativas al uso de la mediación en casos que quedan fuera de la Convención de La Haya de 1980.

Como hemos expresado, esta contribución no abarca cada uno de los te-

---

[38] Es realmente importante distinguir, siguiendo y coincidiendo con Sarah Vigers, entre mediación y retorno voluntarío y resolución amigable (*Articulo 7*: "Central Authorities… shall take all appropriate measures… to secure the voluntary return of the child or to bring about an amicable resolution of the issues. *Artículo 10*: "The Central Authority of the State where the child is shall take or cause to be taken all appropriate measures in order to obtain the voluntary return of the child"). "The return mechanism is generally and correctly considered to be the heart of the Convention regime; however, it is neither the only nor the primary solution offered by the instrument (…)". S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, cit., p. 13.

[39] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 20.

mas mencionados en dicha Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación sino que se centra en ciertos aspectos que parecen tener una necesidad urgente de ser atendidos como por ejemplo la cooperación y los conflictos de leyes, asuntos migratorios, los cargos penales o, debido a la innovación que implica, la implementación, en el entrenamiento de los mediadores familiares internacionales, de cuestiones como el lenguaje, las diferencias culturales o la distancia geográfica, la violencia doméstica y, agregamos nosotros, la implementación y la promoción de las solución de conflictos en línea en estos casos, la conocida Online Dispute Resolution (ODR) [40].

Una doctrina mayoritaria converge en la necesidad del desarrollo de una cultura del acuerdo, una cultura de la paz, particularmente en el campo de las relaciones familiares, animados en la búsqueda de acuerdos tras una separación, donde no solo es posible decidir sobre la restitución sino la búsqueda de acuerdos conexos relativos a los menores sin llegar al punto donde un juez deba decidir por las partes involucradas.

Del balance expuesto se deriva un sistema de pesos y contrapesos y en este sentido en materia de mediación la balanza se inclina más hacia los pros que los contras. En consecuencia con lo anterior, el proceso de mediación tiene un número significativo de ventajas, tales como:

-Facilita la comunicación entre las partes "in an informal atmosphere and allows the parties to develop their own strategy regarding how to overcome the conflict" [41];

-Es un proceso estructurado pero flexible;

-Es un proceso que puede ser completado más rápidamente que ante un tribunal, es decir, se ahorra tiempo;

-Es, consecuentemente, menos intrusivo porque la mediación es privada [42]

---

[40] En América Latina, hay autores que han introducido estos temas. Véase Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino,* Buenos Aires, 2012, pp. 173 y ss.

[41] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 21.

[42] Estamos pensado que la mediación es confidencial. El mediador tiene toda la información que se ha revelado en la mediación de manera confidencial con pocas excepciones: amenazas, abuso del menor y actividad criminal. Overview of International Family Mediation. International Social Service-USA in collaboration with National Association for Com-

frente a la corte [43].

-Ofrece más opciones, es decir, no solo en relación al acuerdo de retorno sino en acuerdos relativos a temas diversos como puede ser la escuela a la que acudirá el menor, entre otros;

-Empodera a las partes de cara a conflictos futuros de una manera más constructiva;

-Es más probable que se consiga una solución sostenible [44] y por esta razón es más probable que sea una solución duradera;

-Puede ser útil en una etapa temprana de un conflicto antes de que éste pueda crecer o "escalar";

-Tiene un bajo costo;

-Tiene una buena relación costo/beneficio;

-Es la mejor herramienta que tiene el mediador para ayudar a los padres a entender las diferencias culturales en casos de sustracción internacional y

-Por último, en el Interés Superior del Niño, puede prevenir reubicaciones innecesarias de un niño en situaciones de retorno, obviamente estamos pensando en casos que involucran también una sustracción internacional parental [45].

Más aún, la mediación tiene otras ventajas sobre el litigio en los casos de sustracción internacional de menores bajo la Convención de La Haya de 1980 [46]:

---

munity Mediation. www.iss-usa.org (consultada el 25 marzo 2013)

[43] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013) Mediation. Settling out of court.

[44] "The range of issues the parties decide to focus on at the beginning of the mediation soon reveals that there are many more questions at stake which must at least be raised and partially – if not completely – solved during the mediation in order to find the basis for a sustainable arrangement (…) In other words, the procedure is not limited to the issues under legal dispute, but rather open to a much wider range of topics the participants need to settle". P. Christoph C., J. Walker, *An International Mediation: From Child Abduction to Property Distribution*, en *American Journal of Family Law*, vol. 23 num. 3, Fall 2009, p. 167.

[45] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013) Mediation. Settling out of court.

[46] J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* 1, Fall 2008, pp. 19-29.

- Infrecuente e inconsistente aplicación del tratado convirtiéndolo en un impredecible, caro y largo litigio [47];
- La mediación tiene más opciones (particularmente en los casos de retorno de La Haya), es decir, una vez que un acuerdo es alcanzado en relación al lugar de la residencia del menor, los padres pueden acordar en torno a detalles de la custodia que quedarían fuera de la supervisión de una corte bajo la Convención de La Haya de 1980 [48].
- Los casos de La Haya pueden conllevar un amplio rango de sanciones penales, civiles y económicas que podrían ser evitadas bajo la mediación [49] y
- La mediación permite a las partes dirigir un rango más amplio de asuntos que el litigio ante La Haya [50].

---

[47] Por ejemplo, en los Estados Unidos cada caso de sustracción internacional de menores debe decidirse aplicando la Convención a través de ICARA, los conflictos de leyes, las leyes federales y una lista creciente de casos federales en que se ha interpretado la convención e ICARA, agregando que el costo de los especialistas es prohibitivo. La mediación puede facilitar una solución expedita y traer un balance de poder, además de reducir costos. J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, cit. pp. 22-23.

[48] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013) Mediation. Settling out of court.

[49] El progenitor sustractor puede ser sujeto de un amplio rango de sanciones civiles, penales y financieras por parte del progenitor perjudicado y las sanciones pueden extenderse hacia terceras personas como abuelos o abogados familiares que pudieran ser "coconspiradores" "In the U.S., potential claims include civil conspiracy or even charges under the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO). Abducting parents can also face potentially devastating immigration consequences". J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, cit., p. 29. About the issue of compensation for the left-behind parent see R. Schuz, B. Shmueli, *How to Compensate the Left-Behind Parent in International Child*, en *Columbia Journal of Gender and Law between Tort Law, Contract Law and Child Law,* 23, 2012, pp. 65-131. Both the left-behind parent as well as the taking parent could benefit from mediation.

[50] "Mediation is also promising in cases where the abducting parent takes the child back to his or her country of origin (…) because of ´feelings of isolation´ in the child´s state of habitual residence. Isolation stems from such factors as a lack of family support, language and cultural barriers, or just general homesickness. In a number of these cases, the abducting parent does not necessarily want to relocate permanently or cut off the child from contact with the left-behind parent". El proceso de mediación puede traer consigo muchos acuerdos positives relacionados con las visitas, visajes, manutención, educación, etc. J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A*

No obstante las ventajas mencionadas no todos los conflictos familiares pueden ser resueltos a través del acuerdo mediado. Hay una serie de límites o desventajas tales como [51]:

- La naturaleza del conflicto;
- Las necesidades específicas de las partes;
- Las circunstancias específicas del caso;
- La incapacidad o falta de voluntad para reunirse o escuchar;
- Los requisitos legales específicos;
- La mediación usada como táctica dilatoria en los casos de retorno de La Haya [52] y
- Los acuerdos deben ser reconocidos por los tribunales o incorporados a una orden de los tribunales para que tenga obligatoriedad.

Con esta perspectiva, se puede subrayar que los beneficios de la mediación en los casos de sustracción internacional de menores son extraordinarios; las ventajas priman sobre las desventajas y una idea principal es que se conduzca de una manera ética, como herramienta apropiada y efectiva para resolver casos de sustracción internacional de menores. Las metas que se necesitan cubrir son numerosas:

- Salvaguardar el ISM;
- Salvaguardar la integridad del proceso de mediación y
- Salvaguardar el compromiso creado ante la comunidad internacional a través de organismos internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DIPr).

Una Guía de Buenas Prácticas en Mediación es probablemente el mejor camino para resolver la mayoría de los problemas relativos a esta materia.

---

new Frontier for Mediators, cit., p. 26. En el mismo sentido, véase P. CHRISTOPH C., J. WALKER, *An International Mediation: From Child Abduction to Property Distribution*, cit., p. 42.

[51] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 23.

[52] Por ésta razón, en los Estados Unidos si un niño ha sido sustraído hacia un país firmante de la Convención de La Haya de 1980 es necesario preguntarle a un abogado si se debe proceder con una solicitud de retorno de La Haya y al mismo tiempo intentar una mediación.

3. — *Mediación familiar internacional: desafíos y especialización.*

Cuando pensamos en desafíos y la debida especialización de la mediación en los casos de sustracción internacional parental de menores, necesitamos también pensar que estos casos implican más que conocimiento de leyes familiares, es decir, estos casos conllevan, por ejemplo, emociones complejas, tiempos estrictos, numerosas leyes nacionales, convenciones internacionales, políticas gubernamentales, intérpretes, abogados, jueces, padres e hijos y todo ello, en la mayoría de los casos, físicamente – y/o emocionalmente – localizados a cientos de kilómetros [53].

En la mediación nacional, profesionales entrenados, quienes frecuentemente tienen conocimientos legales o sociales, trabajan con ambos padres con el objeto de alcanzar una solución a su conflicto. El mediador o mediadores ayudan a ambos padres a sentirse confortables con la solución adoptada por ellos mismos [54]. La mediación en los casos internacionales necesitan algo más porque hay distancia geográfica, lengua y barreras culturales además de diferentes sistemas legales que pueden complicar una solución; quizás el punto más importante del conocimiento es que el mediador debe tener habilidades y entrenamiento de excelencia pero más aún en materia familiar internacional, en materia de custodia y sustracción [55]. Si traemos a colación el caso de los Estados Unidos de América, cuando una solución es alcanzada, los padres firman un acuerdo escrito de mediación y una vez depositado en los tribunales es un documento público y puede solicitarse su ejecución ante la corte cuando no se cumple con el mismo [56], en otras

---

[53] M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, University School of Law,* 9, 2009, p. 556.

[54] Overview of International Family Mediation. International Social Service-USA in collaboration with National Association for Community Mediation. www.iss-usa.org (March 25, 2013).

[55] H. N. Hatfield, M. A. Kucinski, *Growth Spurt Hits International Law Related to Children*, en *Maryland Bar Journal,* 2012, p. 44.

[56] "The parties choose how they want the agreement implemented. Agreements can be formal and filed with the courts or they can be more informal and used as a guide for their future behavior. Parties can ask that the court or their lawyer to fashion the agreement into an order to be signed by the court". Overview of International Family Mediation. In-

ocasiones, un acuerdo final realizado a través de la mediación, podrá o no, ser legalmente ejecutable en ambos países.

Muchos de estos desafíos y especialización son tratados en la mencionada Guía de Buenas Prácticas en materia de mediación, algunos de ellos, serán objeto de análisis en éste artículo.

4. — *Desafíos para el Derecho Internacional Privado. Cooperación entre Autoridades.*

Cuando la Conferencia de La Haya debatió el tema de la sustracción internacional parental de menores, la conclusión fue que una convención con contenido de cooperación podría ser más efectiva que una convención tradicional de DIPr focalizada en la armonización de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de custodia [57].

Como desarrollo de las propias convenciones de menores, la Conferencia de La Haya de DIPr ha transformado por sí sola el derecho familiar internacional. La cooperación basada en las más recientes convenciones incluye la intervención de las Autoridades Centrales en los Estados parte y la comunicación entre una diversidad de interlocutores involucrados en este específico tema.

Como vemos, la cooperación es un principio fundamental que necesita ser tratado, pero la cooperación entre Autoridades Centrales bajo el Convenio de La Haya de 1980 es también una meta, porque esta convención insta a los estados parte a cooperar y a emplear un rango amplio de remedios y fuentes para resolver disputas internacionales en estos casos de sustracción de manera expedita.

Para la Convención de La Haya de 1980, las Autoridades Centrales son órganos administrativos y representantes de los Estados signatarios cuyas funciones – dentro de un órgano gubernamental nacional – pueden variar

---

ternational Social Service-USA in collaboration with National Association for Community Mediation. www.iss-usa.org (March 25, 2013).

[57] V. E. Pérez, *Explanatory Report, Convention on the Civil Aspects of International hild Abduction, Hague Conference on Private International Law, III Actes et Documents de la Quartorzieme Session 426*, 435 (1980).

pero que su papel principal es de facilitador activo [58] o entidad cooperadora y colaborativa [59].

Cuando se arregla o acuerda el contacto entre el progenitor perjudicado y el niño sustraído durante el proceso de mediación, la cooperación entre autoridades puede ser necesaria para eliminar cualquier riesgo para el niño, incluyendo la nueva sustracción [60].

A las Autoridades Centrales se les invita a "to take a pro-active and hands-on approach in carrying out their respective functions in international access (…) contact cases" [61]. De hecho, los mediadores deberían estar conscientes de la importante asistencia o ayuda que las Autoridades Centrales pueden ser capaz de proveer en relación al contacto entre el progenitor perjudicado y el niño sustraído. Podrían ser igualmente conscientes de la necesaria y cercana cooperación con las Autoridades Centrales y otras dependencias en relación al acercamiento en torno a medidas necesarias de protección [62].

Finalmente, cuando un acuerdo entre los padres llega a través de la mediación, de hecho, ello también va en consonancia con el objetivo de la Convención de La Haya de 1980 cuando expresa en su artículo 7 que: "Las Autoridades Centrales deben cooperar unas con otras y promover la cooperación entre autoridades competentes en sus respectivos estados para asegurar el retorno expedito de los niños y lograr los otros objetos de esta convención; tomarán las medidas apropiadas a) para descubrir el paradero de un menor sustraído o retenido de forma ilícita; b) evitar que se haga más

---

[58] R. Pawlowski, *Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child Custody Disputes*, *Family Court Review,* 2007, p. 305.

[59] Guide to Good Practice for the use of Central Authorities. http://www.hcch.e-vision.nl/upload/abdguide_e.pdf

[60] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 72.

[61] Conclusions & Recommendations N° 18 of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission and Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children, Jordan Publishing, 2008, http://www.hcch.net under ´Child Abduction Section´ then ´Guides to Good Practice´

[62] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 72.

daño al niño o perjuicio a las partes interesadas al adoptar medidas o hacer que se tomen medidas cautelares; c) dar seguridad al retorno voluntario del niño o favorecer una resolución amigable de los problemas; d) intercambiar cuando ello sea deseable, la información relativa al contexto cultural del menor; e) proveer información de tipo general respecto a las leyes aplicables de su Estado relativas a la aplicación de la Convención; f) Iniciar o facilitar el establecimiento de los procesos judiciales o administrativos con miras a obtener el retorno del menor, y en casos apropiados, hacer los arreglos para organizar o garantizar el ejercicio de los derechos de acceso; g) cuando las circunstancias lo requieran, proveer o facilitar la provisión de asistencia legal y orientación incluyendo la participación de un abogado y sus asesores; h) proveer tales arreglos administrativos según sea necesario y apropiado para garantizar el retorno seguro del menor; (e) i)… eliminar cualesquiera obstáculos para la aplicación de la Convención"; es decir, el presupuesto que las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan(…) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

Por último, expresar que cuando un tratado es firmado las Autoridades Centrales son designadas y, normalmente, tales autoridades se encuentran en los Ministerios o Secretarias de Asuntos Exteriores o Relaciones Exteriores. A propósito de tal designación y ubicación, la Sexta reunión de la comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980, en sus Recomendaciones y Conclusiones, estableció la posibilidad de que a través de dichas Autoridades: "*61. La Comisión Especial destaca los esfuerzos que ya se realizan en ciertos Estados para establecer un Punto de Contacto Central de conformidad con los Principios. Se alienta a los Estados a considerar el establecimiento de tal Punto de Contacto Central o la designación de su Autoridad Central como Punto de Contacto Central. Los detalles de contacto de los Puntos de Contacto Centrales se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya*".

El establecimiento de dichos puntos de contacto en principio es una iniciativa loable y bienvenida, no obstante, señalamos la posibilidad de convertirse

en un asunto complejo a la hora de verificar que realmente la lista de mediadores familiares internacionales expuesta contenga realmente aquellos que tienen el debido entrenamiento y no aquellos que pudieron tener acceso a tales listas.

5. *Derecho aplicable o conflictos de leyes.*

La globalización y la movilidad de la población demanda una buena regulación del derecho de familia. Los países enfrentan grandes desafíos cuando se ven envueltos en una situación en torno al DIPr. Así, por ejemplo, el derecho de familia en los Estados Unidos de América tradicionalmente ha sido una materia de interés local y estatal, lo cual ha generado significantes problemas de conflictos de leyes incluso a nivel nacional. Ann Laquer Estin ha expresado que en los Estados Unidos "National and local laws are inadequate to manage transnational family issues, especially in cases of international adoption or parental abduction (…) closely related to a number of laws of different hierarchy" [(63)] incluso en los Estados Unidos, la participación en tratados multilaterales ha sido fuente de una controversia política y legal, frecuentemente enmarcada en términos de federalismo [(64)]. La Convención de La Haya de 1980 está implementada en las leyes de los Estados Unidos mediante la *International Child Abduction Remedies Act* (ICARA) [(65)].

Así las cosas, los Estados Unidos no tienen una ley federal familiar sino que tienen leyes propias en cada estado, a las cuales les falta consistencia. Si bien es cierto esto, posee una *Uniform Law Commission* [una organización no gubernamental con base en los Estados Unidos que genera iniciativas

---

[(63)] Its implementing legislation in the U.S. is the International Child Abduction Remedies Act (ICARA), 42 U.S.C.&&11601-11610 (1988). As an international treaty, the Hague Convention is on a par with the Constitution and supersedes any conflicting laws. A. L. Estin, *Families Across Borders: The Hague Children´s Conventions and the Case for International Family Law in the United States*, en *Florida Law Review,* vol. 62, num. 1, 2010, pp. 71-ss.

[(64)] "In constitutional terms, Article II, Section 2, assigns to the President and the Senate responsibility for conducting foreign affairs and determining the nation´s obligations under international law". A. L. Estin, *Families Across Borders: The Hague Children´s Conventions and the Case for International Family Law in the United States* p. 101. Sobre la interacción entre las leyes estatales y federales en el derecho familiar americano, véase A. L. Estin, *Sharing Governance: Family Law in Congress and the States*, en *18 Cornell J.L. & Pub. Pol´Y*, 2009, p. 267.

[(65)] 42 USC 11601 et seq.

de leyes uniformes en varios campos, incluyendo el derecho de familia [66]] esforzándose por crear cierto entendimiento de cohesión entre los estados, pero este proceso solo funciona si cada estado adopta la ley uniforme sustancialmente en la forma en la que fue diseñada. En relación al tema de la mediación, también hay poca consistencia en cada estado respecto a la selección, certificación y normativa de los mediadores. De esta manera, cada estado define a la mediación, cuándo puede ser usada y quién puede mediar. Algunos estados no definen ninguno de estos criterios, dejando a la mediación como una profesión que se ejerce sin regulación [67].No obstante esta situación, la sección de derecho internacional de la *American Bar Association* ha formado un grupo de trabajo para hacer recomendaciones a este respecto, incluyendo las certificaciones mínimas que requiere un mediador, un programa de entrenamiento para mediadores y cómo manejar los casos en los que se argumenta violencia doméstica [68]

De esta manera, vemos cómo la internacionalización de las leyes afecta a las leyes nacionales y ese cambio desarrolla nuevas fuentes primarias de las leyes nacionales en los Estados Unidos, tales como la *Uniform Child Abduction Prevention Act* (UCAPA, actualmente en vigor en el Distrito de Columbia [69]) y las leyes del derecho penal federal. "In the common law domain,

---

[66] www.uniformlaws.org Para subrayar el papel tan relevante del Uniform Law Commission, como una organización estadounidense sin fines de lucro que armoniza las leyes estatales, a raíz de que los Estados Unidos han firmado la Convención de La Haya de 1996, trabaja en la implementación, por ejemplo, del borrador de la *Uniform Child Custody Jurisdiction & Enforcement Act* (UCCJEA).

[67] M. A. Kucinsky, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, en *American Journal of Family Law,* vol. 26, num. 2, 2012, p. 83.

[68] H. N. Hatfield, M. A. Kucinski, *Growth Spurt Hits International Law Related to Children,* en *Maryland Bar Journal,* 2012, p. 44. Véase, asimismo, www.globa-linitiative.org

[69] District of Columbia Code, annoted, &16-4606 et. Seq. "UCAPA is particularly useful in helping prevent parental child abductions because it list a fairly exhaustive set of factors designed to alert a judge to the possibilities of child abduction (…): abandoning employment, selling a primary residence, closing bank accounts or seeking passports for themselves or the child. Other risk factors include: a person who has strong familial or cultural ties to another country or state, or who has used multiple names or identities. One often overlooked risk factor is the likelihood a parent could take a child to a country that is not a signatory of the 1980 Abduction Convention". We coincide and we put special emphasis or stress that the United States no border exit controls, that is, "no requirement

tortuous interference with parental rights is an old concept finding new life in reaction to the globalization of families and the limited application of the 1980 Abduction Convention" [70].

Los asuntos de jurisdicción y derecho aplicable también tienen que ser tomados en consideración al hacer borradores de acuerdo de mediación [71].

En este sentido, las autoridades administrativa y judicial en los Estados requerido y requirente deberían cooperar entre sí tanto como sea posible para remontar las posibles dificultades haciendo que un acuerdo que resuelve amigablemente una disputa de sustracción internacional de menores sea legalmente obligatorio y ejecutable en ambos estados [72], si fuere el caso.

Cuando están inmersos en una situación de sustracción internacional parental, los niños, los miembros más vulnerables de la familia, se ven sujetos a situaciones que parecen volverlos aún más vulnerables porque las partes enfrentan desafíos múltiples en dos o más sistemas legales, por lo tanto se expone al niño a un proceso aún más complicado y prolongado de adjudicación y ejecución [73]. El tiempo, en estos casos que involucran las primeras etapas del desarrollo humano, tiene un valor especial [74].

Para finalizar, la Convención de La Haya de 1980 tiene perfectamente bien definidas las competencias al establecer que será el juez del lugar donde fue sustraído o retenido ilícitamente el menor, el que decidirá lo relativo

---

exists that a parent must demonstrate permission to take a child out of the United States before leaving." H. N. Hatfield, M. A. Kucinski, *Growth Spurt Hits International Law Related to Children* cit., p. 43. "The existence of ´exit´ controls varies from country to country" M. A. Kucinski, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, en *American Journal of Family Law,* vol. 26, 2, 2012, p. 84.

[70] H. N. Hatfield, M. A. Kucinski, *Growth Spurt Hits International Law Related to Children* cit., p. 42.

[71] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 83.

[72] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 83.

[73] R. Pawlowski, *Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child Custody Disputes*, *Family Court Review,* 2007, p. 302.

[74] *Idem.*

a la restitución, así como el juez que resolverá sobre asuntos de guarda y custodia, es decir, el juez de la residencia habitual del menor previa a la sustracción o retención ilícita y por consiguiente, las leyes aplicables serán determinadas por el juez que resuelva cualquiera de las dos materias, aunque el verdadero reto radica en la jerarquía de las leyes internacionales aplicables en cada uno de los países involucrados, tal y como hemos puesto de manifiesto al plantear el caso en los Estados Unidos.

6. — Asuntos migratorios.

En casos de disputas familiares internacionales, los asuntos de migración y visas frecuentemente complican más la situación. Con el objeto de promover resoluciones amigables a las disputas internacionales, los Estados deben tomar medidas para asegurar que el progenitor perjudicado es capaz de obtener los documentos de viaje necesarios para asistir a una sesión de mediación en el país hacia el cual el niño fue sustraído o en su caso participar en los procedimientos legales [(75)].

La Convención de La Haya de 1980 se enfoca – y así lo planteamos en el apartado referido al ABC de la sustracción – en asuntos de residencia, no de ciudadanía. La Convención no otorga beneficios migratorios. Cualquiera que busque entrar, por ejemplo, en los Estados Unidos que no sea un ciudadano americano debe cumplir con los requisitos de entrada adecuados, aún si a esa persona se le ha ordenado regresar a los Estados Unidos. Esto aplica tanto para los niños como los padres involucrados en cualquier caso de sustracción de menores, incluyendo aquellos casos de sustracción de La Haya [(76)].

El otorgamiento de documentos de viaje puede jugar un papel importante en el resultado de los procedimientos legales o de la mediación en una disputa parental internacional, en casos en donde la restitución del niño sea ordenado por los procedimientos de retorno de la Convención de La Haya, el

---

[(75)] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 33.

[(76)] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

padre sustractor puede necesitar documentos de viaje para regresar junto con el niño al país de su residencia habitual. Los Estados deben facilitar los documentos de viaje necesarios en dichos supuestos. Lo mismo se aplica en casos en los que el progenitor sustractor decide regresar al niño de manera voluntaria y se incluye aquí el retorno de un niño que haya sido acordado por mediación. Tampoco las visas o los asuntos migratorios deberían constituir un obstáculo para que se ejerza el contacto transfronterizo; el derecho del niño a tener contacto con ambos padres, tal y como se expresa en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, necesita ser salvaguardado en ISM [77].

En el supuesto concreto de los Estados Unidos de América, cuando un padre sustractor en un caso de La Convención de La Haya de 1980 no es elegible para entrar en los Estados Unidos, conforme a las leyes migratorias americanas, dicho padre puede recibir una exención temporal para ingresar a los Estados Unidos a través del uso de *Significant Public Benefit Parole* con el objeto de participar en los procedimientos de custodia y otros relacionados en un tribunal de los Estados Unidos [78].

7. — Cargos penales.

La Convención de La Haya de 1980 fue diseñada para permitir que las crisis sean resueltas forzando a que las autoridades en el Estado hacia el cual el niño fue sustraído, ordenen el retorno del niño a su Estado de residencia habitual inmediatamente previo a la sustracción salvo por las excepciones establecidas en la Convención.

Aunque la Convención de La Haya de 1980 solamente se refiere a los aspectos civiles en relación a la sustracción internacional parental de menores, los procedimientos penales en contra del progenitor sustractor en el país de la residencia habitual del menor puede afectar los procedimientos de

---

[77] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 34.

[78] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

retorno bajo la Convención de La Haya de 1980 [79]. Como tales, los cargos penales pueden tener un efecto negativo involuntario en la forma en la que opera la Convención [80].

Siguiendo con el ejemplo norteamericano, el Departamento de Estado, en los casos que competen a la Convención de La Haya de 1980, el énfasis está en el pronto retorno del niño a su lugar de residencia habitual en donde debe resolverse la disputa sobre la custodia. Los tribunales en algunos países, incluyendo los Estados Unidos, han denegado el retorno de niños simplemente porque el progenitor sustractor podría ser arrestado si acompañara al niño a casa [81].

No sobra decir que el Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Asuntos sobre Menores, como Autoridad Central cuando abre un caso de sustracción internacional parental de menores, expresa que esto debe hacerse directamente en la Oficina de menores del *National Crime In-*

---

[79] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 34.

[80] Un asunto, en esta ocasión con una gran repercusión mediática, lo constituyó el "caso Carrascosa". María José Carrascosa, de nacionalidad española, se encuentra en prisión preventiva en Nueva Jersey, Estados Unidos, desde noviembre de 2006 por trasladar a España, en enero de 2005, a Victoria, la hija que tuvo con Meter Innes, ciudadano norteamericano. En noviembre de 2006 ingresa en prisión y en 2009 se le condena a 14 años de cárcel por la sustracción de su hija. El 20 de abril de 2009, se reunieron en La Haya jueces españoles y norteamericanos para intentar un acuerdo pero no fue posible. En abril de 2013 María José Carrascosa interpone un nuevo recurso de habeas corpus ante el tribunal federal de Nueva Jersey. Los hechos: La pareja residió en Estados Unidos durante los cinco años que duró la relación, en enero de 2005 Victoria viaja a España junto a su madre María José. Meter interpone una solicitud de restitución internacional de la menor y un juzgado de Valencia, España, denegó la restitución de la niña el 6 de julio de 2005 al considerar que no existía sustracción de menores; sin embargo, el Tribunal Superior de Nueva Jersey, acordó cinco meses antes que la madre debía retornarla y como no lo hizo, por desacato acabó en prisión en el momento que viajó a los U.S. Pere Ríos, "Exteriores tramita 84 casos de sustracción internacional de hijos", Barcelona, 13 de abril de 2009. Pere Ríos, "Exteriores tramita 84 casos de sustracción internacional de hijos", Barcelona, 13 de abril de 2009. www.elpais.com/articulo/sociedad/Exteriores/tramita/84/casos/sustracción/internacional/hijos/elpepisoc/20090413elpepisoc_2/tes consultado el 13 de abril de 2009.

[81] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

formation Center (NCIC) pero aconseja que no siempre es prudente levantar cargos penales en contra del progenitor sustractor en ese momento (nosotros entendemos desde el principio) [82] porque una vez admitido los cargos penales pueden ser difíciles o imposibles de retirar [83].

En estos casos de sustracción internacional parental de menores siempre existen graves conflictos y hay tres situaciones a tomar en cuenta en casos con cargos penales: la postura del progenitor perjudicado; la postura del progenitor sustractor y la posición relativa al niño sustraído.

El progenitor perjudicado quiere quedar en la misma posición que tenía antes de la sustracción, situación económica, emocional y psicológica [84]. En el aspecto económico cuando se enfrenta a un entorno hostil en lo legal, cultural y lingüístico, por ejemplo, él puede tener que hacer gastos para determinar el paradero del niño y en viajar [85] hacia el país de la sustracción así como, posiblemente, vivir en dicho país, igualmente en el pago de costas legales para solicitar el retorno del niño en los tribunales del Estado requerido. En el aspecto emocional la incertidumbre de recuperar al niño y el contacto reducido con el niño o su ausencia total puede ocasionar una perturbación emocional considerable sin mencionar los casos en los que se alega violencia doméstica en su contra [86].

---

[82] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 21, 2013) under Mediation.

[83] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Pressing Criminal Charges". "International parental child abduction is crime in every State [the United States] and the District of Columbia (…) International parental child abduction may also a Federal crime under the International Parental Kidnapping Crime Act (IPKCA)".

[84] "In many of these cases, the central issue for the left-behind parent is, in fact, contact or visitation, and not necessarily the wish for a permanent return", A.M. Hutchinson, D. Carter, *Child Abduction Mediation Pilot Project*, en *IFL*, 2001, p. 151.

[85] In the United States, the Department of Justice´s Office for Victims of Crime (OVC) has established a fund called The Federal Crime Victim Assistance Fund. When no other resources are available, this fund has at times been used to assist left-behind parents with travel costs associated with reunification. The National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) administers the OVC funds for left-behind parents. http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Reuniting with your Child".

[86] N. L. Browne, *Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims*

Surgen varias preguntas: ¿Cuál es la forma apropiada de solicitarle a un progenitor sustractor una compensación al progenitor perjudicado? ¿A través de una demanda civil en contra del progenitor sustractor? [87] ¿A través de una querella contractual civil en contra del progenitor sustractor cuando un contrato entre los padres ha sido quebrantado? ¿A través de un procedimiento penal contra el progenitor sustractor? [88] o ¿a través del tribunal del Estado requerido para el retorno del niño, como parte de los procedimientos bajo la Convención de La Haya de 1980?

Para Schuz y Shmueli el asunto de la compensación para el progenitor perjudicado es necesaria y coinciden que el modelo de sustracción de la convención es el preferido o la solución para el progenitor perjudicado [89] a pesar de los dilemas que esto pueda generar.

La mediación internacional en casos de sustracción internacional de menores necesita tomar en consideración los posibles procedimientos penales iniciados en contra del progenitor sustractor en el país del cual el niño fue sustraído. En aquellos casos en los que los procedimientos penales han sido iniciados, la cuestión necesita ser abordada mediante la mediación. La cooperación cercana entre Autoridades judiciales y administrativas puede ser necesaria para asegurar que cualquier acuerdo al que se haya llegado en mediación no se vea frustrado por los procedimientos penales en marcha [90].

---

and Left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child, en *Duke Law Journal,* 2011, p. 1214.

[87] En Maryland, el caso Khalifa v. Shannon, 404 Md. 107, discutió una causa por daño extracontractual en un caso de sustracción parental de un menor. Tal vez sea una opción interesante el buscar juicios de tipo financiero en contra del derecho de una persona a remediar un mal cuando no hay otra forma de hacerlo, sin embargo, en el caso Khalifa, el padre obtuvo una resolución monetaria significativa pero nunca pudo ejecutarse porque la madre vive en Egipto done una sentencia de los Estados Unidos no tienen ejecutabilidad por lo tanto, a menos que exista una manera de obtener un pago al darse la sentencia este tipo de solución es disuasivo. Conversación con Melissa A. Kucinsky.

[88] En los Estados Unidos solo el Fiscal Estatal o de Distrito puede decidir los cargos que serán o no anulados, a pesar de las mejores intenciones del padre quien originalmente fue demandante y podría querer desistirse y esto puede constituir una dificultad para la mediación. Conversación con Melissa A. Kucinsky.

[89] R. Schuz, B. Shmueli, *Between Tort Law, Contract Law and Child Law: How to Compensate the Left-Behind Parent in International Child*, en *Columbia Journal of Gender and Law,* 23, 2012, pp. 65-131.

[90] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the

Otro asunto es que para los progenitores perjudicados que buscan el retorno de sus hijos, los tribunales en muchos países no toman en cuenta las decisiones previas realizadas en las cortes del país de residencia habitual [91]. Para nosotros, el reconocimiento y ejecución de estas órdenes, particularmente entre Estados miembros de la Convención, deben ser obligatoria porque la mayoría de las convenciones internacionales han regulado estas situaciones. Por ejemplo, la Convención de La Haya de 1980 tiene un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales establecidos ya en los mencionados artículos 16 y 17.

Por otra parte, el progenitor sustractor tiene otros problemas que resolver, nos referimos a la situación de migración y a las consecuencias inmigratorias potencialmente devastadoras en las cuales no nos extendemos por haber sido abordados en el apartado anterior; además de aquellas vinculadas, directamente, con las demandas penales interpuestas por el progenitor perjudicado en su contra y que no conducen más que a complicar y entorpecer un retorno voluntario o un retorno ordenado por el tribunal del Estado requerido, el Estado en donde el niño se encuentra retenido ilícitamente, tal y como acabamos de exponer desde el contexto norteamericano.

Por último, pero no menos importante, tenemos por una parte, que las consecuencias para un niño sustraído son devastadoras. Los niños que son sustraídos por sus padres a menudo son apartados de un ambiente que les es familiar y repentinamente quedan aislados de sus parientes, amigos y compañeros de clase. En un esfuerzo por evadir el cumplimiento de la ley, los progenitores sustractores los reubican frecuentemente y/o los sacan de la escuela de manera inesperada [92]. Un niño sustraído está en riesgo de padecer serios problemas emocionales y psicológicos con consecuencias de largo plazo aun-

---

Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 34.

[91] La argumentación de soberanía nacional porque "sovereign nations cannot interfere with each other´s legal systems, judiciaries, or law enforcement" or "generally every country only has jurisdiction within its own territory and over people present within its borders" or "court orders are not generally recognized in other countries". http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013) "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

[92] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Solutions" *The Human and Social Cost of International Parental Child Abduction.*

que el niño vuelva a unirse con el progenitor perjudicado al punto que puede suceder que ya no tengan un lenguaje en común o puede ser que su progenitor perjudicado haya vuelto a casarse y el niño tenga una nueva familia [93].

Por otra parte, dependiendo de las circunstancias, los cargos penales pueden ser una herramienta poderosa para lograr el regreso del niño de manera segura o expedita; sin embargo, también pueden tener el efecto opuesto y poner en peligro el regreso del niño [94]. ¿Son los cargos penales una opción efectiva? [95] Como es nuestra dinámica, podemos ver los pros y los contras para visualizar hacia dónde se inclina la báscula: Tenemos pros y contras:

Las ventajas en estas situaciones son:

- El proceso penal puede ayudar a que se localice al niño;
- La persecución puede proteger al niño de sustracciones reiteradas y
- La consciencia pública de una persecución exitosa de un sustractor puede ayudar a disuadir a otros sustractores;

Las desventajas son [96]:

---

[93] En este sentido, véase lo expuesto con respecto al derecho del niño a ser escuchado.

[94] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

[95] En el caso Carrascosa, comentado arriba, la niña no está ni con el padre ni con la madre porque la sentencia se dicta a favor de la no restitución de la menor a su padre y la madre se encuentra cumpliendo condena en una prisión norteamericana por desacato a la autoridad y sustracción internacional de la menor.

[96] No lo enunciaremos explícitamente pero en las desventajas pueden darse la alienación parental. El tema de la alienación parental supone un tema necesario que abordar también en los casos de sustracción internacional de menores. González Martín, Nuria, "Convivencia paterno/materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional", *Alienación parental y derechos humanos, 2° ed., primera reimpresión,* CNDH-Primera Visitaduría General. Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Familia y la niñez, pp. 9-52. La violencia, la alienación parental, se da con cierta frecuencia o con cierto patrón en los casos de separación y/o divorcio, familias disociadas, donde los cónyuges no viven bajo un mismo techo. El síndrome de alienación parental (APS) es una de las prácticas más habituales que podemos encontrar ante la ruptura matrimonial en donde hay la presencia de hijos/as. The concept born with Richard Gardner, see R. A. Gardner, *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation, en Academy Forum*, 1985. La forma que adopta una ruptura de pareja y los daños colaterales hacia los hijos cobra una dimensión impensable, en donde la postura del conflicto de intereses prima frente a otros problemas que son, en principio, de mayor relevancia. El clásico o tradicional enfoque en la generación de pérdidas y ganancias es un

- Una orden penal dura puede desalentar un retorno negociado o voluntario;
- Algunos jueces extranjeros se han rehusado a ordenar el retorno de un niño bajo la Convención de La Haya de 1980 si ello puede desembocar en el arresto del padre;
- El progenitor sustractor puede reaccionar intensificando sus esfuerzos por permanecer oculto;
- Ello puede ser emocionalmente dañino para el niño, el niño tendrá consecuencias sustanciales a largo plazo [97].

8. — Especialización y formación.

Hay muchos aspectos a tomar en cuenta cuando se analiza lo que debiera ser el entrenamiento de un mediador familiar internacional; no obstante, en esta ocasión debido al enfoque del presente artículo, nos concentraremos en problemas específicos relacionados con la sustracción parental internacional de menores y la mediación.

De esta manera, las características generales y particulares de la mediación y los mediadores tales como la lengua, la cultura, violencia doméstica o distancia geográfica y tecnologías de comunicación serán atendidas en un contexto transfronterizo. Tales aspectos son en gran medida el objeto de estudio de un instrumento de *Soft Law* tal como es la mencionada Guía de Buenas Prácticas en Mediación que se comenta en el presente artículo.

8.1. – *Formación del mediador.*

Las ventajas y desventajas de la mediación y sus limitaciones fueron discutidas anteriormente. Todos estos asuntos están estrechamente corre-

---

escenario generador de conflictos no propicio para la solución del mismo de la manera más pacífica. En el ámbito internacional no hay una normativa destinada únicamente a la alienación parental, pero se pueden frenar sus efectos a través de la aplicación de algunos instrumentos internacionales, de corte universal y regional. ante la sustracción internacional de un niño, niña o adolescente por parte de uno de sus progenitores –en donde se da prácticamente con sistematicidad la alienación parental-, se visualiza o se trabaja en el acercamiento a favor de las formas extrajudiciales de resolución de conflictos.

[97] Entre otras: http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (March 26, 2013) under "Possible Solutions-Using the Hague Abduction Convention".

lacionados con la formación o capacitación del mediador, por consiguiente, se tiene la necesidad de hacer énfasis en la importancia del papel del mediador y así:

Primero. Un buen mediador ayuda a las partes a comunicarse de manera efectiva para alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso y así conseguir una solución mutuamente aceptable a las disputas [98].

Segundo. Un mediador familiar está entrenado en el manejo de complejos asuntos emocionales, profundamente arraigados en los padres que debaten el presente y futuro de su hijo [99].

Tercero. Un mediador familiar internacional que trabaja con padres en asuntos de disputa de custodia transfronterizos debe tomar en cuenta, adicionalmente, la separación física que hay entre padre e hijo [100].

Específicamente, en este contexto, podemos ver dos cuestiones: una Solución Alternativa de Disputas (ADR, por sus siglas en inglés) tales como una mediación familiar internacional [101] y la solución de disputas en línea (ODR, por sus siglas en inglés) [102]; ambos pueden ser buenas o incluso las mejores acciones [103]. No podemos olvidar que la tecnología nos rodea por todas partes. Kucinski ha expresado que la tecnología está permitiendo a las

---

[98] M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, en *Journal of Dispute Resolution,* 2010, p. 297.

[99] *Idem.*

[100] *Idem.*

[101] M. N. González, *Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y mexicano*, en Opertti Badán, Didier, Fernández Arroyo, Diego P., Parra-Aranguren, Gonzalo, Moreno Rodríguez, José Antonio et Basedow, Jürgen (Coords.), *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP-ASADIP, Biblioteca de derecho de la globalización, 2010, pp. 615-646.

[102] M. M. Albornoz, M. N. González, *Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries*, en *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 44, Issue 2, 2013.

[103] "Many mediators prefer to mediate a dispute face-to-face, however, that is often times impossible. One parent may be unable to travel for practical (i.e. the cost) or logistical (i.e. unable to obtain a visa) reasons. Therefore, some mediators may have no choice but to use technology to facilitate mediation between parents", M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, en *Journal of Dispute Resolution,* 2010, p. 298.

personas tener una voz, ser escuchadas y sin duda será una herramienta cada vez más importante para los mediadores en las disputas transfronterizas [104].

Por todas estas características y situaciones, un caso de sustracción internacional de menores – un asunto legal complicado, urgente y mayormente hostíl – necesita, en el ISM, ser resuelto por un buen proceso de mediación en el que hay dos padres que eligen resolver sus problemas relacionados con su hijo de manera cooperativa sin la intervención de un tribunal [105].

Por otra parte, entre las muchas situaciones que ejemplifican la utilidad de la mediación en disputas familiares internacionales a través de un mediador especializado, tenemos [106]:

- en una etapa muy temprana de una disputa familiar que involucra a niños, la mediación puede ser de utilidad para evitar la sustracción*;*
- en el contexto de una sustracción internacional de menores, la mediación entre el progenitor perjudicado y el progenitor sustractor puede facilitar el retorno voluntario del niño o algún otro resultado acordado;
- en el transcurso de los procesos de retorno de La Haya, la mediación puede ser utilizada para establecer un marco de trabajo menos conflictivo y hacer más fácil la promoción del contacto entre el progenitor perjudicado y el niño durante los procedimientos;
- en una orden de retorno*,* la mediación entre los padres puede contribuir al retorno seguro y expedito del niño entre otras cuestiones.

Por otra parte, puede demostrarse que siempre que la mediación internacional se lleve a cabo, la cultura está generalmente presente. Estas mediaciones multiculturales requieren formación en el proceso mismo de mediación, los asuntos familiares, las leyes internacionales y un claro entendimiento de cómo usar la cultura en vez de permitir que se convierta en un obstáculo.

Una de las metas más importantes para el mediador es encontrar el correcto balance para motivar a dos individuos de cultura diversa a alcanzar una meta común. Con este objeto, en casos de sustracción internacional parental de menores, el mediador necesita prepararse para la mediación conociendo

---

[104] M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit., p. 297.

[105] *Idem.*

[106] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation, cit, p. 20.

los potenciales obstáculos para una buena comunicación y los obstáculos potenciales que pueden limitar la capacidad del mediador para trabajar con los padres. La idea es mantener el enfoque en la construcción de una relación.

Los mediadores en casos de sustracciones parental trans-culturales deben estar capacitados para manejar las emociones y, en este contexto; para hacer concesiones respecto a comportamientos que expresan emociones para lograr una mediación multicultural efectiva.

En mediaciones parentales trans-culturales, los mediadores deben ser capaces de: "(1) lograr el equilibrio adecuado entre personas con distintas culturas, lo cual les permite hacer una distinción entre las personas y sus problemas y las culturas que dan igual atención a la persona y al problema; (2) entender cuándo la cultura de una de las partes demanda apertura total o si lo mejor sería poner a una persona en sesión cerrada, normalmente como un medio para evitarle pasar vergüenza; (3) saber cuándo la cultura de una persona requerirá que dicha persona sea responsable de sus acciones frente a momentos en que la persona viene de una cultura más colectivista que requiere que más de una persona participe en el proceso y se involucre de manera adecuada a terceros y a aquellos que puedan tomar decisiones en el proceso; (4) lograr el equilibrio entre las partes que requieren resultados inmediatos y directos y aquellos que necesitan más tiempo para hacer ajustes, que surjan las concesiones y que surja la aceptación; (5) conocer y entender las entretelas culturales de las posturas iniciales de las partes –ya sea que empiecen con sus posturas finales o bien que inflen lo que necesitan asumiendo que eso los ayudará a alcanzar una resolución más aceptable; (6) conocer o saber cómo manejar la forma cultural de expresar las emociones de las partes –algunas culturas simplemente no pueden operar en una situación en la que las emociones se expresan de manera abierta y directa; otras necesitan que éstas expresiones abiertas se den para luego ir más allá de estas emociones y concretar las resoluciones; (7) entender el uso cultural del "si" y el "no"; y (8) conocer cómo la cultura dicta cuál será el acuerdo final –será que el acuerdo simplemente se dé por sí mismo, o será que ésta cultura dicta una interpretación continua y canales abiertos para la solución de problemas" [107].

[107] M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, University School of Law,* 9, 2009 (la traducción es nuestra).

Otro de los hándicaps, en una capacitación sobre sustracción internacional de menores, es la cuestión de que el mediador debe aprender también cómo manejar la violencia doméstica [108].

Igualmente, y esa es una opinión que en lo personal mantenemos con gran firmeza, para reducir las dificultades en un contexto de sustracción, el mediador debe saber acerca de la resolución de disputas en línea, como el mejor medio que tienen las partes que se encuentran en diferentes países.

En el caso de la co-mediación, quizás es importante buscar el equilibrio: una mujer y un hombre; un profesional del área legal y otro del campo psicosocial; uno de cada nacionalidad de los padres y si esto no funciona, uno de ellos debe ser bicultural y uno de ellos debería ser bilingüe, entre otras cuestiones.

El proceso de mediación debe ser expedito y por esta razón el mediador necesita estar preparado para éste intenso trabajo de uno o quizás dos fines de semanas [109] cuando nos encontramos a distancia.

Los beneficios de un foro en línea sólo son efectivos si el mediador ha sido adecuadamente capacitado para usar este medio, mostrando de manera práctica empatía y la capacidad para detectar las incongruencias en éste contexto a través de la comunicación de textos, por ejemplo [110]. Los me-

---

[108] Existe opiniones divididas respecto a la conveniencia o no de utilizar la mediación en casos de violencia doméstica. Nosotros estamos a favor de la mediación en general y en los casos de violencia doméstica mediante la intervención de mediadores especialmente capacitados. Negarle la opción de este medio alterno a la víctima supondría un doble perjuicio, además de tener un efecto positivo en dichos casos como por ejemplo evitar que la víctima y agresor/a se encuentren en un tribunal en lugar de en sesiones separadas de mediación o en línea, a través de los medios tecnológicos.

[109] Antes de una sesión de mediación es difícil establecer un calendario y una estrategia porque no hay mucho en qué pensar en torno a un caso de sutraccción internacional de menores en el que "both parents may have filed a petition seeking the return of the child, a court case, or even criminal charges, and such pre-existing process will affect the timeline under which the mediation must be completed. If the mediation requires interpreters, the amount of time needed to properly conduct the mediation will increase. If the mediator must stop the process to have documents translated…", M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit., p. 307.

[110] "As part of this adaptation, a textual communication has been created to convey emotions. Smiley faces ´(SEE SYMBOL)´ are used to convey a positive emotion, while ´ALL CAPS´ is used to demonstrate anger or strength of emotion". A. M. Braeutigam,

diadores deben estar capacitados para usar la comunicación por textos de manera efectiva – desarrollar un estilo de escritura claro y buenos hábitos de escritura – y en foro en línea – viendo el impacto de la cultura tecnológica – para ser capaz de crear y mantener la confianza y una buena relación entre las partes y el mediador lo cual es crucial para una mediación exitosa [111].

En resumen, un mediador familiar internacional debe ser capaz de atender lo sustantivo de un caso que es internacional, trans-jurisdiccional, transcultural y emocional y estar preocupado por el bienestar del menor y ser capaz de llevar todo esto a cabo de manera ética y profesional [112] y por qué no, en un contexto de resolución de disputas en línea.

8.2 – Diversidad cultural.

Después de la diversidad de elementos señalados arriba como retos para la prevención de la sustracción internacional parental de menores y dentro de la especialización o capacitación para la mediación familiar internacional, la "cultura" juega un papel especial [113], y el impacto que los asuntos interculturales pueden tener en la mediación deben tenerse en cuenta.

Definitivamente en los casos donde una sustracción internacional ya ha ocurrido, la mediación puede ser también una herramienta efectiva, particularmente si se lleva acabo de una manera que sea culturalmente neutral y

---

Fusses that Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts, en *5 Appalachian Journal Law,* 275, 2006, p. 291.

[111] L. J. GIBBONS et al, *Cybert-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message,* en 32, en *N.M. L. Rew*, 27, 43-45, 2002, p. 35.

[112] M. A. KUCINSKI, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit., p. 308.

[113] En este contexto, la "Carta Magna de la Niñez", es decir, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, el artículo 20(3) prevee que "Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya "; Artículo 29(c) prevée que "Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya", Artículo 30 "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma".

respetuosa de la necesidad de resoluciones rápidas en caso de sustracción de menores [114].

La cultura se ha incorporado recientemente en las capacitaciones de los mediadores y esto no es una mera coincidencia. Estamos convencidos que una mediación familiar internacional exitosa requiere un entrenamiento especial en este campo.

Es evidente que el mundo de hoy ha cambiado con respecto a tiempos pasados, incluso el pasado reciente; la globalización y la economía así como los intercambios personales presentan grandes retos para la interacción familiar internacional. En este contexto, podemos expresar que la diversidad cultural es un factor fundamental para entenderla [115], reconocido y valorado como una parte de la identidad de una persona [116].

La cultura ha sido definida de diversas maneras pero para efectos de la mediación seguimos la definición de Ting-Toomey que expresa: "A complex frame of reference that consists of patterns of traditions, beliefs, values, norms, symbols, and meanings that are shared to varying degrees by interacting members of a community – iceberg metaphor –" [117].

Una de las características de la mediación familiar transfronteriza es el

---

[114] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013) "Mediation. Settling out of Court".

[115] Pero no el único, "cultural considerations are so complex and ever-changing in our globalized world that defining a person by identity to a single culture and using that identity to predict values or behavior is prone to error. However, because it is helpful to have clues about how our negotiating counterparts perceive the world and perhaps value things differently than us, cultural variations should be considered" (paragraph underlined not by the author) Folberg, Jay, Golann, Dwight, Stipanowich, Thomas J., and Kloppenberg, Lisa A., *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law,* 2°ed., USA, Aspen, 2010, p. 182.

[116] K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell,* St. Paul, 2003, p. 55. Citado Folberg, Jay; Golann, Dwight; Stipanowich, Thomas J. and Kloppenberg, Lisa A. *Resolving Disputes. Theory, Practice and Law*, cit., p. 182, la reflexión es que "cultural considerations are so complex and ever-changing in our globalized world that defining a person by identity to a single culture and using that identity to predict values or behavior is prone to error" pero en su discurso la idea es que las variaciones culturales deben ser tomadas en cuenta.

[117] S. Ting-Toomey, *Communicatin Across Cultures,* New York:, 1999, p. 10; *Y. Matsuno, S. Neallani, Shelina*, *Family Mediation, Distance Mediation, Intercultural Mediation –What does any of this have to do with Maintenance Enforcement? A Discussion Paper*, presented in *Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide,* Heidelberg, 5-8 March, 2013.

hecho de que las partes, en general, tienen diferentes culturas y es muy necesario conocer sus valores y expectativas respecto a muchos aspectos del ejercicio de la responsabilidad parental, por ejemplo, la educación o el cuidado religioso [118] de sus hijos. Ciertamente, al cultura tiene tantos elementos como hay nacionalidades, religiones, etnias, organizaciones u ocupaciones [119] que es necesario identificar para hacer un buen manejo cuando se trata de la mediación familiar internacional y todo ello sin dejar de mencionar aquellos casos en los que la ley del país de origen en relación a la custodia del niño está construida en leyes basadas en la religión o normas culturales y concepciones que no van en sintonía con los derechos humanos [120].

Parece fácil pero la cultura contiene un código de señales, verbal y no verbal [121], son símbolos que conectan a las personas que pertenecen a un grupo específico.

El papel del mediador en estos asuntos es crucial porque puede revelar la diferencia entre una buena o mala comunicación a la mitad del proceso de mediación, y esto es así, un aspecto de la cultura que tiene especial impacto en el proceso de mediación es la comunicación [122], es decir, la cultura afecta la comunicación entre las partes y el mediador y puede afectar la forma de definir una familia [123] y lo que es el ISM [124], como principio fundamental. Por lo tanto, los mediadores que llevan a cabo una mediación en tales casos

---

[118] C. Bruch, *Religious Law, Secular Practices, and Children´s Human Rights in Child Abduction Cases under the Hague Child Abduction*, 33 en N.Y.U. *Journal International Law & Policy* 2000, 49, pp. 49-51.

[119] K.. Avruch, *Culture and Conflict Resolution,* cit., pp. 59-60; M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, University School of Law,* 9, 2009, p. 556.

[120] R. Schuz, *The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes*, en *Journal of Law& Family Studies,* vol. 12, 2010, p. 453.

[121] V. Satir, V*Conjoint Family Therapy*, 3°ed., Palo Alto, Cal., Science and Behavior Books, 1983, pp. 9 and ss.

[122] K. K. Kovach, *Mediation in a nutshell,* St. Paul, 2003, p. 55.

[123] Sin olvidar que las familias desarrollan sus propias normas y señales de comunicación "many of which are outside the radar of outsiders" M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, cit. p. 573.

[124] D. W. Augsburger, *Conflict Mediation Across Cultures: Pathways & Patterns,* Westminster, 1992, p. 191.

deben tener una comprensión sólida del trasfondo cultural de las partes, así como el reconocimiento de las diferencias culturales de la otra parte [125]. Tal vez, la mencionada co-mediación es un buen ejercicio para llevar a cabo una mediación familiar internacional exitosa [126] teniendo en cuenta el tiempo que se requiere para realizar una mediación familiar internacional con perfiles culturales [127].

Definitivamente, la cultura implica la forma en que los padres se comunican y también implicará la forma en que un mediador se comunicará con cada padre y su interpretación de los mensajes verbales y no verbales de los padres [128]. Al decir de Kucinski la cultura implica la forma en que dos padres se comunican. También implica la forma en que un mediador se comunica con cada padre, así como su interpretación de los mensajes verbales y no verbales de los padres [129].

Como vemos, cuando hablamos de la especialización del mediador familiar internacional nos referimos a aspectos tales como los mencionados retos culturales o lingüísticos, por ejemplo. El conocimiento de algunos matices de una cultura en particular puede ayudar al mediador a saber cuándo y cómo modificar el proceso [130] y esto es así porque la comunicación y la

---

[125] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 31. J. R. Dominguez, *The Role of Latino Culture in Mediation of Family Disputes*, en *Journal of Legal Advocacy & Practice,* 1, 1999, pp. 154-171.

[126] Otra cuestión es emplear un gestor cultural o intérprete, el primero con el objeto de plantear el factor cultural y el segundo, por qué no, para nivelar el desequilibrio de poder entre las partes. Es importante enfatizar que en los casos de mediación para sustracción parental internacional el modelo alemán utilize un abogado mediador y un terapeuta mediador como co-mediadores; "it can be helpful to partner with another third-party intervener of a different culture who can guide you, in addition to the parties, in seeing things from a new perspective", M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, cit., p. 572.

[127] Tener en cuenta que bajo la Convención de La Haya de 1980, el objetivo es obtener una sentencia final a las seis semanas de que se inicie un caso de La Haya.

[128] M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, cit., p. 558.

[129] *Idem* (la traducción es nuestra).

[130] K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell,* cit., p. 55.

comprensión puede hacer una gran diferencia [131]. Parte de la disputa implica el no reconocer o no darse cuenta de las diferencias culturales de otra persona [132]. En estos casos, a pesar de la neutralidad e imparcialidad del mediador, él puede ayudar activamente a las partes a entender las diferencias en sus percepciones.

De acuerdo con una doctrina mayoritaria, por una parte, los asuntos culturales tienen que ver más con la forma que con la sustancia [133] –quizás más en asuntos de negocios-, en general, evitar una mala comunicación es la meta, con o sin acuerdos y el prepararse para dichos retos es crucial.

Por otra parte, debemos tener en cuenta la forma en que las partes perciben la relación o las relaciones familiares [134] para ayudar, de igual manera, y tener un buen entendimiento. Aquí es importante subrayar que hay numerosas consideraciones culturales de la comunicación a tener en cuenta como el tipo de volumen, tono, ritmo, tiempo y resonancia [135], o el lenguaje no verbal, por ejemplo el saludo en Japón, haciendo una reverencia y bajando la vista; el volumen de las conversaciones, incluso las triviales, en Israel; evitar tocar o saludar con la mano izquierda que es signo de impureza para las personas en la India; el significado del regateo de un artículo comprado en un mercado marroquí; iniciar una buena y amigable relación con tus anfitriones invitándoles a una ronda de bebidas (o simplemente un firme saludo de

---

[131] *Ibidem,* p. 56, expresa que existen gran diversidad cultural en términos de comunicación y puso como ejemplo el contacto visual en la mayoría de las culturas occidentales frente a las culturas asiáticas (puede tanto un señal de que se está escuchando al emisor o un insulto o falta de respeto para el individuo).

[132] *Idem.*

[133] G. R. Shell, *Bargaining for Advantage. Negotiation Strategies for Reasonable People,* 2° edit., 2006, p. 20.

[134] Estamos pensando en torno a las "Nuevas Estructuras Familiares" (maternidad subrogada, adopción, padres del mismo sexo, familia monoparental, etc.) y la necesidad de cambiar la "perspectiva" en relación con la noción de "familias" y el contexto de la mediación, mediación familiar, mediación familiar internacional y el papel de la cultura. M. N. González, *Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística*, en Carbonell, José, Carbonell, Miguel and González Martin, Nuria, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho,* México, 2012; M. N. González, *Maternidad subrogada y adopción internacion*al, en S. I Brena (Coord.) *Fertilización asistida. Reflexiones interdisciplinarias,* México, 2012.

[135] M. A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, cit., p 562.

mano) en Australia; estrechar mano en lugar de dar un beso a una persona que nos es presentada en los Estados Unidos o llegar tarde a una sesión de mediación sin que esto signifique falta de interés o respeto sino algo que probablemente es una simple característica cultural.

Finalmente, es importante expresar que los detalles culturales de los padres pueden dictar el que ellos deban consultar con terceros, dentro de su grupo cultural, antes de efectuar un acuerdo vinculante [136].

Para lograr estas metas, se requiere una capacitación específica. Ser bilingüe es muy importante para este tema y la co-mediación antes citada así lo requiere, pero ser "bicultural" es igualmente importante. La elección de mediadores especializados puede hacer la diferencia. Un modelo que se ha seguido de manera exitosa en algunos esquemas de mediación y que han sido específicamente desarrollados para la sustracción transfronteriza de menores que involucran a padres de diferentes estados de origen, es la mediación [137]. En éste contexto podríamos entender bi-nacional como sinónimo de bi-cultural.

8.3. – *Violencia doméstica.*

Actualmente muchos casos de sustracción parental internacional implican casos de violencia doméstica severa.

La violencia doméstica puede adoptar muchas formas: 1) el maltrato físico o psicológico –que puede extenderse al abuso sexual, emocional o económico-; 2) el abuso de los menores y/o de la pareja; 3) los incidentes aislados o los patrones sostenidos y recurrentes [138].

---

[136] *Ibidem*, p. 560.

[137] Franco-German Project of Bi-national Professional mediation (2003-2006); US-German Bi-national Mediation Project; Polish-German Bi-national Mediation Project. Cit Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 32.

[138] Y la violencia doméstica tiene un ciclo de violencia: a) una fase en la que se genera tensión; b) un incidente con una escala en la violencia; c) una fase de reconciliación con perdón y promesas. Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, pp. 72-73.

La Convención de La Haya de 1980 prevé una excepción para el retorno del menor a su residencia habitual demostrando que el niño estaría en grave peligro de sufrir un daño si es restituido La Convención de La Haya prevé ésta excepción de retorno una vez que el sustractor demuestra que la sustracción o retención de un niño fue lícita cuando, entre otras cuestiones, el retorno o restitución podría desembocar en un grave daño físico o psicológico (artículo 13 (b)) [139] y así cuando ya ha ocurrido la sustracción, las Autoridades Centrales están obligadas a "prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales" de acuerdo con el artículo 7(2) (b) de la Convención de La Haya de 1980.

El problema en este punto es el "uso" y, aún más importante, el "abuso" que se hacen de estas acusaciones o alegaciones, realmente, en el contexto de la violencia doméstica, por ejemplo, a menudo infundado [140].

En casos de sustracción internacional de menores, las acusaciones de violencia doméstica no son raras, puede demostrarse que algunas de estas acusaciones con infundadas pero otras son legítimas y pueden ser la causa por la cual el progenitor sustractor se va del país con el niño. La violencia doméstica es una cuestión muy delicada y necesita ser tratada de manera adecuada [141].

Aunque el artículo 13 (b) fue pensado cuando la mayoría de los sustractores de menores eran padres y antes de que la violencia doméstica se convirtiera en una preocupación pública, se interpretaba como un medio para proteger a las víctimas de la violencia doméstica y a sus hijos [142]. La proliferación de acusación de violencia doméstica es tal que se debe tener gran cuidado

---

[139] El "riesgo grave" (basado, generalmente, en la violencia doméstica) excepción basada en el artículo 13 (b) es la más utilizada en los casos de la Convención de La Haya de 1980.

[140] Recomendaciones y Conclusiones de la Sexta Reunión de la comisión especial de La Haya de 1980 de juno 2011 y enero 2012. La Conferencia de La Haya de DIPr está preparando una Guía de Buenas Prácticas en materia de violencia doméstica.

[141] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 73.

[142] N. L. Browne, *Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child*, en *Duke Law Journal,* 2011, p. 1213.

para no usar ese recurso sin pensar en las consecuencias que tiene para todas las partes involucradas y pensando en primer lugar, y de manera fundamental, en el niño; de otra manera esto minaría la doble meta de evitar las sustracciones de menores así como lograr el rápido retorno de los niños [143].

Una cuestión más es si es del todo posible o conveniente mediar en casos de violencia doméstica. Los autores están divididos.

Algunos expertos consideran la mediación en tales casos como no apropiada, por varias razones: 1) el momento en que se da la separación del abusador es el más peligroso para la víctima o 2) las víctimas de la violencia doméstica, a menudo tienen dificultad en velar por sus propios intereses cuando enfrentan al abusador.

Otros expertos se pronuncian en contra de una exclusión general de la mediación en los casos que involucran a la violencia doméstica, siempre y cuando profesionales capacitados específicamente y conocedores de la materia estén involucrados [144].

Pensamos que es verdaderamente necesario mediar en tales casos porque, por una parte, el problema es demasiado grave como para descartar la posibilidad de elegir a la mediación como medio para resolver estos asuntos y por otra parte [145], tal vez la víctima de la violencia doméstica también podría sentirse más cómoda en un ambiente controlado y confidencial de mediación [146].

Pero el análisis va más allá de estas circunstancias porque un tema es la acusación de violencia en el contexto nacional y otra son los casos de violencia en un contexto internacional.

Mediar disputas en las que están implícitas acusaciones de violencia doméstica han demostrado ser todo un reto excepcional y altamente contro-

---

[143] *Ibidem,* p. 1202.

[144] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 73.

[145] La mediación en casos de violencia doméstica busca que las partes se encuentren en equilibrio de poder con la ayuda o guía de mediadores profesionales especializados "as reunite has found, when its mediators have proceeded to mediate these cases, the victim often becomes empowered and finds a voice, and grows during the process, more so than in a courtroom". M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, en *Journal of Dispute Resolution,* 2010, p. 318.

[146] *Idem.*

vertido en el contexto nacional [147] y de igual manera en el contexto internacional debido a que las normas sociales y culturales, entre otras, pueden poner en peligro a las partes y tener un impacto adverso en el proceso de mediación y de acuerdo con esto está el resultado; es decir, todas las causas importantes para no mediar en los casos que involucran violencia doméstica en el contexto nacional se amplifican en el contexto internacional [148].

Definitivamente, uno puede percibir de manera intuitiva la necesidad de mediar en casos de violencia doméstica de manera que no se haga una doble discriminación en contra del individuo que sufre esta situación, es decir, ser una víctima y no tener acceso a un proceso de ADR. No obstante, se necesita una guía adecuada para ayudar a la victima a entender y manejar esta cuestión o situación crítica.

En éste contexto, con relación al proceso de mediación, hay muchas maneras en que puede ser adaptado para proteger y dar poder a la víctima [149].

Finalmente, de acuerdo con la Guía de Buenas Prácticas, la mediación no debe poner en riesgo la vida ni la seguridad de ninguna persona, especialmente a las víctimas de la violencia doméstica, a los miembros de la familia o al mediador incluso. La elección entre una mediación directa [150] o indirecta [151], el lugar de la mediación y el modelo o método de la mediación [152] deben ser adaptados a las circunstancias del caso. No hay más conclusión en este tema que, cuando la mediación es considerada adecuada en un caso con

---

[147] J. Alanen, *When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* Fall, 2008, p. 51.

[148] *Ibidem*, p. 52.

[149] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 73.

[150] La mediación en la que ambas partes participan de manera directa y simultánea en sesiones de mediación con el mediador (cara a cara o mediante herramientas de larga distancia).

[151] Aquella en la que las partes no se reúnen en forma directa durante el proceso de mediación sino que el mediado se reúne con cada parte por separado (llamado también caucus). Esto puede acontecer en dos Estados diferentes con un mediador y una parte en un Estado o en el mismo Estado realizándose la mediación en diferentes horarios o al mismo tiempo pero en diferentes salas.

[152] Nos referimos a la mediación simple o co-mediación o bicultural/bilingüe.

problemas de violencia doméstica, necesita ser conducida por mediadores expertos con capacitación especial para mediar en tales circunstancias [153].

9. — La distancia [154] y las tecnologías de comunicación [155] (Online Dispute Resolution –ODR – [156]).

[153] Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 75.

[154] Para nosotros, la distancia (mediación) y la Resolución de Disputas en Línea o ODR están directamente relacionadas pero algunos autores diferencian ente "mediación a distancia" y "ODR", Matsuno and Neallani expresan: "The term ´distance mediation´ was used because the term ´ODR´, or online dispute resolution, typically referred to disputes that were facilitated by some form of computer application. Although the term ´ODR´ now includes tools that do not use computer technology, such as the phone or video conferencing, we have continued to use distance mediation ´because its focus is more on the element of ´distance´ than on the specific technology used in bridging that distance for the parties" Y. Matsuno, S. Neallani, *Family Mediation, Distance Mediation, Intercultural Mediation –What does any of this have to do with Maintenance Enforcement? A Discussion Paper,* cit.

[155] El término tecnología es empleado para referirse a las tecnologías de información y comunicación que pueden ser cualquier arreglo de herramientas de comunicación electronica incluyendo teléfonos fijos y móviles, teleconferencia, correo electrónico, mensajes de texto, video conferencias o conferencias en red –con tecnologías de cómputo-. El término "plataforma" o "aplicación" es utilizado para referirse a un equipo de cómputo en particular o tecnología de conferencia en línea o programa de cómputo. Y otra cosa son las tecnología síncronas y asíncronas; las tecnologías síncronas son aquellas que permiten a la gente comunicarse en tiempo real o al mismo tiempo cuando se encuentran en lugares distintos – tales como la video conferencia y la conferencia en red-, la tecnología asíncrona, permite la comunicación dentro de un determinado periodo de tiempo, en forma consecutiva, cuando las personas están en diferentes lugares, por ejemplo el correo electrónico y los foros de discusión. S. Jani, *Mediating from a Distance: Suggested Practice Guidelines for Family Mediators* (British Columbia Mediator Roster Society, 2010), online: http://www.mediatebc.com/PDFs/1-14-Family-Mediation---FAQs/Mediating_From_a_Distance_2nd_Edition_Nov-2012.aspx.

[156] Debemos subrayar que la Solución Facilitada (TFR) "only covers a fraction of ODR. Specifically, TFR refers to processes whereby a lot of complaints filed by customers against a company go through several filters designed to resolve as many cases as possible without requiring the respondent (the company) to participate. For example, the consumers' case can be resolved based on the policy they agreed to, or based on standard exchange negotiation". Conversación con Loïc E. Coutelier, Esq. Director of Arbitration and Product Manager MODRIA (www.modria.com)

Queremos subrayar, primeramente, que la presente sección trata de un asunto que no está incluido en la Guía de Buenas Prácticas de Mediación de la Convención de La Haya de 1980, pero que estimamos de suma importancia; nos referimos a la tendencia hacia la proposición de la implementación de ODR cuando hablamos de casos de sustracción internacional al prever, en principio, posibles soluciones para cuestiones prácticas tales como las barreras a la migración o los conflictos de leyes [157], por ejemplo, los cuales representan grandes retos al DIPr como se indicó en apartados anteriores.

Igualmente, es importante subrayar que el actual debate acerca de la necesidad de implementar el ODR o el debate sobre, por ejemplo, la referencia a la mediación como ADR y no como una forma primordial de resolución de disputas [158] será en breve obsoleto y nos encontraremos preguntándonos por qué surgieron alguna vez dichas dudas.

De esta manera, y teniendo en cuenta el debate actual, podemos abanderar la idea de que la mediación lucha para que las partes se encuentren y ante esta premisa podría plantearse la resolución de disputas en línea, ODR, como una herramienta valiosa digna de ser considerada [159]. Una evidencia es que cada vez más mediadores usan el ODR como una técnica de mediación a pesar de que la ODR fue originalmente empleada como herramienta para disputas de comercio electrónico [160], sin embargo, se ha vuelto cada vez más importante en disputas sobre custodia familiar [161].

---

[157] Por mencionar una situación en la que los beneficios de la ODR frente al sistema legal tradicional quedan claramente expuestos, sin olvidar dos cuestiones, por ejemplo: en los casos en que la ejecución transfronteriza es demasiado compleja (offline) y no necesitan resolverse cuestiones sobre jurisdicción (online). C. Rule, Power Point "Online Dispute Resolution and Internet Justice" in *Resolving our Differences in the 21st Century: A Conference on Online Dispute Resolution,* Stanford Law School, April 19, 2013.

[158] Kaufmann-Kohler, Gabrielle et Schultz, Thomas, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice,* The Nederlands, Edit. Kluwer Law International, 2004, p. XV.

[159] Katsh, Ethan & Rifkin, Janet, *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001.

[160] Albornoz, María Mercedes and González Martín, Nuria, "Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries" The University of Miami Inter-American Law Review, vol. 44, Issue 2, Winter/Spring 2013.

[161] Cunha, Elizabeth, "The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases", *Connecticut Journal of International Law,* USA, Fall, 2008, p. 158.

Las principales diferencias entre una disputa de comercio electrónico y una sustracción internacional de menores es el hecho de que ésta última no se origina en línea pero este factor no es necesariamente determinante para rechazar este mecanismo de ODR en casos que involucran familias internacionales. La mediación en línea, ocasionalmente enfrenta la crítica que argumenta que esto le impone una distancia a las partes; sin embargo, éste no es el caso, por el contrario, el internet acerca a las personas [(162)].

Por lo tanto, centraremos nuestra atención hacia otras dinámicas de mediación y al uso de las tecnologías de comunicación para mediar a distancia.

La tecnología se encuentra alrededor del mundo; en algunos países con más potencial y otros países con menos presencia pero la tecnología está aquí y abre las posibilidades de comunicación, de ahí la necesidad de usarlas también para la resolución de disputas en casos de sustracción internacional de menores. Muchos mediadores prefieren llevar a cabo una mediación cara a cara por múltiples razones positivas tales como el poder percibir los movimientos de manos o pies de nuestros clientes y así detectar alguna emoción y trabajar con ellas en el proceso de mediación [(163)] pero a menudo esto es imposible de hacer debido al costo de los viajes, la dificultad en conseguir un vuelo desde el país de origen, la imposibilidad de obtener una visa, la presencia de cargos penales, etcétera. Por lo tanto, algunos mediadores buscan ayudar a sus clientes a través de los numerosos medios electrónicos, por ejemplo el correo electrónico, la videoconferencia o alguna plataforma específica establecida para la mediación civil, comercial o familiar [(164)]. La tecnología nos permite ampliar el número de acuerdos o al menos la comunicación que conduce a acuerdos en disputas familiares transfronterizas. Definitivamente la tecnología puede ayudar a los padres, cuando, a pesar de que ellos realizan su mayor esfuerzo para estar presentes en el mismo cuarto durante una mediación, no les es posible; a pesar del firme deseo de muchos defensores de

---

[(162)] Gibbons, J. Llewelly et al, *Cybert-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message*, en *N.M. L. Rev.* 27, 32, 43-45, 2002, p. 43.

[(163)] Y quizás es importante llevar a cabo una mediación cara a cara en las comunicaciones iniciales entre el mediador y cada padre pero las reuniones sucesivas podrían, perfectamente, llevarse a cabo a través de medios electrónicos.

[(164)] www.modria.com

la mediación de que las mediaciones se realicen cara a cara [165] -tendemos a pensar en la reunión cara a cara como una mediación "efectiva"- [166].

La sustracción internacional de menores es un asunto legal complicado marcado por la urgencia y las pobres comunicaciones, de manera que el apoyo que organizaciones internacionales tales como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado es esencial. Dicho papel se centra en las acciones que conducen al desarrollo de los servicios de mediación para ayudar, cuando ello se apropiado, a la resolución de disputas transfronterizas que implican la sustracción por parte de uno de los padres y en donde el ODR también debería estar presente.

9.1. – Elementos subjetivos.

Las mediaciones transfronterizas involucran a muchos actores, entre otros: 1. Uno o dos mediadores; 2. Padres (biológicos, adoptivos o de facto); 3. Abogados; 4. Terceros; o 5. Tal vez un intérprete. Tener a todos esos actores juntos presentes en el mismo cuarto es prácticamente imposible por múltiples razones, entre otras, la distancia física. En esos casos, una mediación puede requerir el uso de tecnología para facilitar la comunicación [167] como un teléfono, correo electrónico, internet, skype o software para ayudar a las partes a cooperar como padres [168], incluso una plataforma de ODR, etc.

---

[165] M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, en *Journal of Dispute Resolution*, 2010, p. 313.

[166] About the commonly cited challenges and the ODR as an effective substitute for face to face, see A. Sela, Power Point "ODR System Design: Lessons from Research and Practice" en *Resolving our Differences in the 21st Century: A Conference on Online Dispute Resolution,* Stanford Law School, April 19, 2013.

[167] M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, p. 307.

[168] "Besides e-mail and telephone, parents may use web-based collaboration software, such as ´Family Wizard´, which allows parents to maintain one database for notes on children´s doctors, school plays, playdates, or other activities". J. Melamed, *Divorce Mediation and the Internet, MEDIATE.COM* (Jan. 2002) http://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm; M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, p. 314.

Las mediaciones familiares transfronterizas necesitan, adicionalmente, cierto "conocimiento tecnológico", particularmente si el uso de la tecnología implica escribir (i.e. e-mail), en lugar de hablar (i.e., video o conferencia telefónica), el mediador debe tener habilidades de escritura claras y efectivas -todo ello además de las habilidades que puedan tener para escuchar, reflexionar o enfatizar-, habilidades que no son aprendidas necesariamente a través del proceso de formación o entrenamiento. De esta manera, las normas y certificaciones para los mediadores deberían incluir tales habilidades tecnológicas con la idea de conducir una mediación transfronteriza [169].

Las mediaciones familiares siempre buscan maneras de mediar en forma expedita y eficiente y el uso de la tecnología puede ser una respuesta.

Las ventajas o beneficios de usar la tecnología en mediación son numerosas y éstas varían según el interlocutor:

Los mediadores pueden: 1. Anunciar sus servicios; 2. Encontrar información rápidamente sobre leyes, por ejemplo; 3. Comunicarse separada o conjuntamente con los padres en una mediación; 4. Mandar documentos; 5. Mandar el borrador de acuerdo y discutirlo incluso en tiempo real mediante chats; 6. Para el caucus, es decir, la sesión separada para los padres, y el ahorro de tiempo que se hace en línea; 7. Acortar la distancia y 8. Reducir las barreras del tiempo. Todo ello, consecuentemente, reduce las emociones de confrontación que acarrea el compartir el espacio físico con las partes [170].

Los padres o clientes, jueces y las Autoridades Centrales pueden: 1. Investigar cuál es el área de competencia de los mediadores 2. Investigar acerca del mediador seleccionado; 3. Evitar un lenguaje no verbal que puede resultar dañino o estresante cara a cara [171], este beneficio puede ser particu-

---

[169] Y dentro de la mediación, en cambio, esos mediadores pueden tener un papel de facilitación o evaluación o simplemente hacer una mediación en la que ambos padres están en un país que es firmante o signatario de la Convención de La Haya de 1980.

[170] E. Cunha, *The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases*, en *Connecticut Journal of International Law,* 2008, p. 178.

[171] El lenguaje no verbal o corporal puede ser malinterpretado y ésto puede ser negative y se refiere a ciertas actitudes tales como cruzar los brazos como sinónimo de rechazo. E. Cunha, *The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases*, en *Connecticut Journal of International Law,* 2008, p. 174.

larmente aplicable a las disputa de custodia [172].

En otras palabras, el uso de las tecnologías y en particular la ODR tienen varios beneficios, además de una resolución temprana: 1. Es más efectiva; 2. Puede automatizarse; 3. Ahorra costos y 4. Mejora la satisfacción [173].

Pero, tal vez, no todo es positivo en el uso de las tecnologías. Una de las principales desventajas del uso de tecnología en mediación puede ser el hecho de que tenemos que tener en cuenta que la tecnología puede ser inaccesible para muchos padres debido a su costo, ubicación, educación o percepción cultural [174]. Esta es una meta para la implementación de la llamada ODR también porque "la gente que no está acostumbrada a esta forma de comunicación, puede ser incapaz de adaptarse en suficiente tiempo para que se resuelva una disputa de manera efectiva, donde hay una tensión elevada y presión para resolver una cuestión donde las emociones son más intensas que las cuestiones normales de custodia" [175].

El ambiente en línea, como puede verse, es una espada de doble filo pero desde nuestra percepción siempre la balanza se inclina hacia las ventajas. Por ejemplo, sin importar el hecho de que los gestos son una guía y herramienta para que el mediador entienda mejor la situación, no es posible percibir o discernir en una mediación llevada a cabo por teléfono o mediante correo electrónico los malos gestos de los padres, los cuales siempre son dañinos cuando se trata de llegar a un acuerdo acerca de su matrimonio o su hijo. En los casos de sustracción internacional de menores una relación duradera y positiva entre las partes es necesaria para evitar también la reincidencia de las sustracciones, la ODR en esos casos también puede ayudar

---

[172] A. M. Braeutigam, *Fusses that Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts*, 5 en *Appalachian Journal Law*, 2006*,* p. 275 cit. per E. Cunha, *The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases*, en *Connecticut Journal of International Law,* 2008, p. 174. Llevar la conversación a un ambiente basado en textos elimina la posibilidad de un comportamiento negativo y de que el lenguaje corporal escale el conflicto y éste beneficio puede ser especialmente aplicable en casos de custodia.

[173] C. Rule, *Power Point "Online Dispute Resolution and Internet Justice"*, cit.

[174] Por ejemplo, al presentar su evidencia en persona.

[175] M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit. p. 316 (la traducción es nuestra).

a encontrar la comunicación necesaria [176].

Más aún, la tecnología puede ayudar a la mediación en un caso de sustracción parental internacional de menores con acusaciones de violencia doméstica y así "también puede permitir a la victima tener una voz y no temer a las repercusiones y permitirle a él o a ella sentirse seguro en sus comunicaciones" [177].

En algunas jurisdicciones es posible que el mediador escuche al niño, con suficiente edad o madurez, de hecho, el mediador cuando la mediación no se lleva a cabo en el lugar donde se encuentra el niño, escuchar y ver al menor le es muy útil. Los niños tienden a tener conocimientos tecnológicos y se sienten cómodos mandando textos o correos electrónicos al mediador.

Por otra parte, un obstáculo especial para la mediación y la tecnología pueden ser las culturas involucradas, es decir, "en tanto que la tecnología puede ser útil en algunas mediaciones, los padres pueden ser incapaces demostrar sus detalles culturales a través de la comunicación no verbal imperceptible mediante algunas tecnologías" [178]. No obstante, el problema no radica en que no puedan verse los gestos sino en conocer y entender esas señas y gestos culturales [179].

La tecnología ofrece muchos beneficios a sus usuarios: los padres se pueden comunicar en un ambiente seguro donde las conversaciones son transparentes y se graban, la posibilidad de una confrontación cara a cara se

---

[176] R. Pawlowski, *Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child ustody Disputes,* en *Family Court Review,* num. 45, 2007*,* p. 304.

[177] M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit., p. 318 (la traducción es nuestra).

[178] *Ibidem,* p. 319 (la traducción es nuestra).

[179] Acerca de otros detalles culturales, como "high-context" – el énfasis en el contexto de la comunicación; el tono y el lenguaje corporal también conllevan un significado; más ejemplos de comunicación indirecta, etc – y "low-context" – el énfasis en las palabras escritas y habladas; en que se valora la especificidad y la claridad, etc – la comunicación del sentido de "colectivistas" versus "individualistas", M. Y. Véase, S. Neallani, *Family Mediation, Distance Mediation, Intercultural Mediation – What does any of this have to do with Maintenance Enforcement? A Discussion Paper*, presented in *Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide,* Heidelberg, 5-8 March, 2013, Appendix A, p. 23 and Michelle Lebaron & Venashri Pillay, *Conflict Across Cultures: A Unique Experience of Bridging Differences,* 35 tbl.3.1 (2006) Cit M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit., pp. 319-320.

elimina y el niño no es colocado en una situación en la que él puede interferir con la comunicación entre los padres.

9.2. *Algunas experiencias: Programas Nacionales.*

La mediación en casos internacionales necesita un tratamiento especial porque hay un lenguaje y barreras legales que pueden complicar la resolución. Por esta razón, muchos países han empleado equipos de mediación con dos mediadores, uno de cada país involucrado, con una preparación especial. Un modelo ciertamente muy efectivo pero tal vez a un costo prohibitivo. Con el objeto de atender éstos asuntos varios países han establecido programas nacionales para minimizar los costos – económicos y emocionales – para los padres y asegurar mediaciones de alta calidad. El Reino Unido y Alemania han establecido organizaciones sin fines de lucro [(180)]; en Montreal, Quebec, la corte opera un programa de mediación de bajo costo para los padres entre otros países [(181)].

Alemania [(182)] ha recorrido un largo camino en proyectos binacionales [(183)]

[(180)] Una organización sin ánimo de lucro puede recabar fondos y necesita no estar afiliada a ningún gobierno para permanecer imparcial (y digno de confianza) y tiene que buscar una lista de mediadores que sean los más cualificados así como llevar a cabo sesiones de entrenamiento para que se le de seguimiento postmediación. Estamos pensando acerca de la estructura, de la teoría a la práctica, implementada a través de muchos años en Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, a través de la Convención de La Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional; y así evitar en todo momento el lucro indebido y el favoritismo entre las listas de mediadores, así como su permanente entrenamiento y actualización.

[(181)] Hay otros contextos y otros países que han logrado un importante desarrollo en este campo, es decir, en material de mediación familiar internacional; por ejemplo, podemos nombrar en Francia, a la *Agency for Assistance to Families in International Mediation* (MAMIF) http://www.enlevement-parental.justice.gouv.fr

[(182)] Desde el 1 de Septiembre de 2009, Alemania exige que en los procesos familiares ante un tribunal sobre cuestiones matrimoniales y responsabilidad parental, el juez puede enviar a los padres a un mediador para que les informe sobre el proceso de mediación pero no es obligatorio que los padres asistan a la mediación. http://www.hcch.net/upload/wop/mediation09_de.pdf

[(183)] Alemania/Francia; Alemania/Inglaterra y Alemania/ EE.UU.

sobre mediación y custodia de niños en casos transfronterizos [184] y Alemania comprometió a otros países, en años subsecuentes, a estructurar sus normas de mediación [185] destacando la labor del Bundes-Arbeitsgemeinschaft fur Familien-Mediation (BAFM) [186]. En la actualidad, los mediadores alemanes que participan encases de mediación familiar transfronteriza tienen una capacitación mínima de 160 horas como mediadores familiares, además de tener entrenamiento avanzado en casos de sustracción y custodia de menores [187]. Esta estructura alemana se concentra en resolver el problema central que conlleva una sustracción parental internacional, es decir, la exposición de la diaria del niño con padres viviendo en diferentes países, la mediación involucra más que la mediación misma [188].

En este sentido, la estructura alemana es establecida por la co-mediación equilibrada: una mujer y un hombre, uno del campo legal y otro del psicosocial, se prefiere a un mediador alemán y que el otro sea del país de origen del otro padre o al menos se tenga un mediador que hable el idioma del otro compañero y la mediación es llevada a cabo en el país donde actualmente radica el niño con la intención de entrar en contacto, también, el progenitor

---

[184] E. C. Honorable, C. Wicke, *Mediation Projects in Hague Cases: Developments in Germany*, 7 *The Judge´s Newsletter on International Child Protection* 49, 2007, http://www.hcch.net/uploadnews2007.pdf

[185] M. A. Kucinski, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, en *American Journal of Family Law,* vol. 26, num. 2, 2012, p. 82.

[186] Desde 2002, el BAFM ha administrado una red de mediadores quienes ayudan a poner fin a conflictos internacionales en los que están involucrados padres de dos naciones y sus hijos de acuerdo con la Convención de La Haya de 1980 y desde 2007 éste proyecto se ha llevado a cabo en colaboración con la Asociación Federal Alemena de Mediación (Bundesverband Mediation –BM-). C. P. Christoph, J. Walker, *Family Mediation in International Child Custody Conflicts: The Role of the Consulting Attorneys*, en *American Journal of Family Law,* Aspen Publishers, vol. 22, num. 1, 2008, p. 42.

[187] M. A. Kucinski, The *Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, cit. p. 301.

[188] M. A. Kucinski, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, cit., pp. 82 and 83. Even moreover "an interim solution is sought (e.g., repatriation) until a final decision about child custody and visitation can be made. This decision can also be negotiated in mediation proceedings" it mentioned, for instance, bi-national projects with Germany. C. P. Christoph, J. Walker, *Family Mediation in International Child Custody Conflicts: The Role of the Consulting Attorneys*, cit., p. 43.

perjudicado y el niño o niños entre sesiones de mediación. Alemania señala la necesidad de tener suficiente conocimiento acerca de la idiosincrasia cultural de cada uno [189]. Por otra parte, para poder ser exitoso, un programa de mediación debe tener en cuenta el proceso de preparación premediación así como determinar qué tan adecuado es mediar en ciertos casos.

Finalmente, la preferencia expresada por el programa alemán es a favor de las mediaciones cara a cara y su propuesta para reducir el costo de las mediaciones cara a cara es llevarlas a cabo en un fin de semana siempre que sea posible. Esto debe permitir al proceso cumplir con la fecha límite de la Convención de La Haya de 1980, es decir, tener una resolución final dentro de las seis semanas siguientes a que se dé inicio a un caso de La Haya, no obstante, acerca de la posibilidad real y la conveniencia de ello. Definitivamente, el tiempo es muy importante; tiempo para construir la confianza entre los mediadores y sus clientes y entre los clientes mismos, tiempo para trabajar en una agenda porque en esas secciones de mediación es necesario hablar del retorno o no del niño y acuerdos asociados tales como la custodia, el lugar de residencia, manutención del niño, arreglos para las vacaciones, contacto con los abuelos y otros parientes, las escuelas, las habilidades del niño para aprender idiomas, los asuntos religiosos, los viajes, etc [190].

No obstante, el perfil alemán descrito antes existe una tendencia reciente que involucra una estrategia en la que ser seleccionado como mediador depende de que tan estrechamente alineada está esa persona con un caso y con los padres involucrados, en cómo el mediador puede estructurar el proceso para construir a confianza entre los padres y permitir que el progenitor perjudicado vea su hijo/a, cuándo y cómo involucrar a otras personas en el proceso, cuándo ocurrirá la mediación, si la tecnología puede o debe ser usada para llevar a cabo una mediación a la distancia a través de los medios ODR; todo ello para llevar a cabo una mediación familiar internacional exitosa.

El Reino Unido, a través de una Organización No Gubernamental, *Reunite International*, completó un programa piloto de mediación en 2006 den-

---

[189] C. P. Christoph, J. Walker, *Family Mediation in International Child Custody Conflicts: The Role of the Consulting Attorneys*, cit. p. 43.

[190] E. C. Honorable, C. Wicke, *Mediation Projects in Hague Cases: Developments in Germany*, cit.

tro de los tiempos establecidos por la Convención de La Haya de 1980 [191]. La mediación se llevó a cabo en un cara a cara de aproximadamente dos días [192] en el Reino Unido con un máximo de tres horas, con dos mediadores independientes y un intérprete si era requerido. Tal y como expresa Melissa Kucinski, "Si se alcanzaba un acuerdo, el mediador lo registraba en un *memorandum* de entendimiento y se lo presentaba a las partes, de manera que ellos pudieran hacer que su abogado convirtiera el *memorandum* en una orden consentimiento para el Reino Unido e intentaban registrar una orden de consentimiento espejo en la otra jurisdicción" [193].

Actualmente, *Reunite International*, con esta experiencia positivo ofrece servicios de mediación en disputas familiares transfronterizas atendiendo a cuestiones fundamentales como: seguridad, velocidad, aceptabilidad internacional, accesibilidad, incentivo, experiencia y ejecutabilidad [194], el uso de la ODR queda pospuesta.

En Quebec, Canadá, desde septiembre de 1997 [195], la Corte efectúa un programa de mediación de bajo costo para los padres aún en casos de sustracción parental internacional y asuntos familiares transfronterizos para la mediación. La ley entró en vigor permitiendo a las parejas con hijos obtener los servicios de un mediador profesional durante su negociación y acuerdos sobre su solicitud de separación, divorcio, disolución de la unión civil, cus-

---

[191] Reunite International Child Abduction Centre, Mediation in International Parental Child Abduction: The Reunite Mediation Pilot Scheme 14 (2006), http://www.reunite.org/edit/files/Library-reunite Publications/MediationReport.pdf

[192] Este programa piloto efectuó 28 casos y solo dos de ellos fueron llevados a cabo o mediados por teléfono. Reunite International Child Abduction Centre, Mediation in International Parental Child Abduction: The Reunite Mediation Pilot Scheme 14 (2006), http://www.reunite.org/edit/files/Library-reunite Publications/MediationReport.pdf p. 14

[193] M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, *cit.,* p. 303 (la traducción es nuestra).

[194] Con la "ejecutabilidad" "[…]Particular attention needs to be paid to ensure the agreement or order is sufficiently formed and understood, to prevent it being ignored in a foreign jurisdiction and to avoid unnecessary litigation. In England and Wales, Reunite is undertaking the setting up of a mediation scheme, with a practical pilot scheme, to take into account all of the foregoing concerns(…)". A. M. Hutchinson, D. Carter, *Child Abduction Mediation Pilot Projec*t, en *IFL*, September, 2001, p. 152.

[195] http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/mediation-a.htm

todia de los hijos, manutención conyugal o para el niño o la revisión de una decisión existente.

En Canadá también la *Mediate British Columbia Society*, la más grande organización para la mediación sin fines de lucro en Columbia Británica, tiene dos proyectos, uno de ellos es el Proyecto de Mediación a Distancia [196] el cual explora la mediación en disputas familiares usando tecnologías de comunicación y fue dirigido a asistir personas que se están separando o divorciando y a las que le resulta difícil comunicarse en persona debido a la distancia o al conflicto [197]; el otro proyecto gestionado por la Sociedad de Columbia Británica es el *Child Support Eligibility Mediation Program* (CSEMP) que emplea modos "no tradicionales" de mediación, es decir, no cara a cara, y explora el uso de la mediación en la solución de problemas de manutención para hijos mayores de 19 años [198].

En Latinoamérica algunos Estados, tales como Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay y Perú reportan que ya están mediando casos de sustracción parental internacional [199]. En 2004 el Seminario Latinoamericano de Jueces sobre la Convención de La Haya de 1980 se reunió en México [200] para discutir formas de mejorar la operatividad regional de la Convención de La Haya de 1980 y produjo una serie de Conclusiones y Recomendaciones diseñadas para mejorar la implementación y ejecución de las obligaciones de los Esta-

---

[196] www.mediatebc.com

[197] Y. MATSUNO, *Bridging Culture and Distance through Mediation: Innovative Projects and Approaches from Canada*, en *Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide,* Heidelberg, 5-8 March, 2013. Abstract.

[198] *Idem.*

[199] J. ZAWID, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* 1, Fall 2008, pp. 13-14.

[200] Los asistentes al Seminario erna jueces, Oficiales de las Autoridades Centrales y otros expertos de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, España, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela, así como la Organización de Estados Americanos (OAS, por su siglas en inglés), el Institituto Interamericano del Niño, International Centre for Missing and Exploited Children, American Bar Association, Latin American Law Initiative Council, Texas-Mexico Bar Assciation and la Escuela de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey.

dos Miembros bajo la Convención [201]. Eventos como éste, fomentaron el establecimiento de una red regional de Autoridades Centrales, la expansión regional de la base de datos sobre sustracción internacional (INCADAT) [202] y la creación de "The Judges´Newsletter" [203]. Igualmente, la propuesta para crear una nueva sociedad legal en el hemisferio oeste que le dé soporte a la Convención de La Haya sobre Sustracción tiene como premisa un modelo colaborativo de participación regional [204], en donde no se descarta la implementación de ODR [205].

Como ya expresamos, en 2005, los Estados Unidos de América designaron como Autoridad Central en disputas sobre sustracción parental internacional de La Haya, a la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado, y estuvo de acuerdo en involucrarse en un esquema de mediación piloto binacional con Alemania con el Bundes-Arbeitsgemeinschaft fur Familien-Mediation (BAFM), pero hasta la fecha, los Estados Unidos no ha implementado ni dotado de fondos un programa sobre sustracción parental internacional. Solo una Organización No Gubernamental de Virginia, la *National Center for Missing and Exploited Children* (NCMEC), que le ofrece a los padres involucrados en disputas sobre sustracción parental internacional la opción de mediar y el intento de reclutar mediadores voluntarios y abogados para padres indigentes [206]. Muchas conferencias se han llevado a

---

[201] http://www.hcch.net/uoload/monterrey2.pdf

[202] Un gran esfuerzo por parte de la Conferencia de La Haya efectuado, prácticamente, sin recursos, aunque algunos autores cuestionan su eficiencia. C. S. Bruch, M. M. Durkin, *The Hague´s Online Child Abduction Materials: A Trap for the Unwary*, en *Family Law Quarterly,* vol. 44, núm. 1, 2010, pp. 65-82.

[203] T. Arcaro, *Creating a Legal Society in the Western Hemisphere to Support the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* 2008, p. 125.

[204] *Ibidem,* p. 132.

[205] Es significativo subrayar la dirección que toman reformas, en este caso de orden doméstico o nacional, como es el caso con la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 19 de junio de 2013, en torno a la Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal, en torno a la implementación de ODR en mediación.

[206] J. Alanen, *When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* Miami, Fall, 2008, p.63. About the efforts to develop an international family abduction

cabo en los Estados Unidos y se ha alcanzado una importante conclusión que es desarrollar una serie de "Mejores Prácticas y Protocolos" para guiar a los mediadores en la sustracción internacional de menores, tal vez mediante programas pilotos binacionales [207].

El Departamento de Estado de los Estados Unidos, mediante su Oficina de Asuntos de Menores, como Autoridad Central expresa que si tu eres un padre cuyo niño ha sido sustraído de los Estados Unidos a otro país en detrimento de sus derechos parentales, ellos ofrecen muchos servicios para buscarles soluciones a dichos casos, entre otros, aquellos que permiten las negociaciones fuera del tribunal tales como la mediación utilizada como medida preventiva cuando los padres pueden ser capaces de resolver una disputa sobre custodia antes de que uno de ellos tome acciones drásticas y sustraiga al menor hacia otro país. La mediación en disputas sobre custodia es una discusión facilitada entre dos padres que se concentra en ayudar a los padres a alcanzar un acuerdo que sea aceptable para ambas partes [208].

Como ya pudimos expresar la situación particular de los Estados Unidos y de México cobra una importancia especial porque muchos de los casos involucran a padres indigentes que no son capaces de viajar por razones de costo o restricciones migratorias [209] por lo tanto, la implantación de las mejores prácticas será una herramienta fundamental [210] y en donde se tiende hacia la implementación de ODR.

---

mediation program in the United States, J. ZAWID, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* num.1, Fall 2008, pp. 16-17.

[207] J. ZAWID, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A new Frontier for Mediators*, en *The University of Miami Inter-American Law Review,* num.1, Fall 2008, pp. 17-18.

[208] http://travel.state.gov/abduction/about/whatsnew/whatsnew_3859.html (march 21, 2013)

[209] M. A. KUCINSKY, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, en *American Journal of Family Law,* vol. 26, num. 2, 2012, p. 84.

[210] "Most recently, an American Bar Association task force began debating the topic, and will propose conclusions and recommendations for best practices within the United States". M. A. KUCINSKY., *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, *American Journal of Family Law,* vol. 26, num. 2, 2012, p. 84. Also see the work the American Bar Association, as well as the International Academy of Matrimonial Lawyers –with the collaboration with the Global Justice Initiative (GJI) www.globalinitiative.org

10. — *Conclusiones.*

Del repaso expuesto sobre el contenido y la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980, se vislumbra una necesaria interacción – y complementariedad – entre la técnica de reglamentación del *Hard Law* – Convenios internacionales, *v. gr.* Convenio de La Haya de 1980 – y el *Soft Law* – Instrumentos no vinculantes, *v. gr.* Guía de Buenas Prácticas en Mediación-.

Las nuevas realidades en las que se pueden ver inmersas las relaciones familiares inducen a la búsqueda de soluciones alternas al medio judicial tradicional. Definitivamente, las bases o la motivación para el uso de la mediación se debe al incremento de los conflictos familiares en donde se pretende:

1. Garantizar las sanas relaciones dentro del grupo familiar, siempre en busca del ISM.

2. Resolver conflictos de la forma más satisfactoria para todas las partes tomando en cuenta que dichas relaciones, cuando existen hijos, deben quedar para el futuro.

3. Implementar un método de mediación buscando la mejora permanente de la comunicación entre todos los miembros de la familia.

Los mediadores deben ser entrenados y formados para la mediación familiar internacional con técnicas adicionales para la mediación – lingüísticas, culturales, ODR,… – buscando un objetivo indubitado y prioritario como es el ISM permitiéndole a dichos operarios crear los medios más efectivos y eficientes para resolver disputas y crear una relación más abierta y menos contenciosa entre los padres [(211)].

Son muchos los desafíos que entrañan la sustracción internacional parental de menores y la mediación y su conexión con el DIPr – cooperación, conflictos de leyes, migración, sanciones penales, entre otros –. En éste sentido, resaltamos que en la comunidad internacional, la implementación de programas de mediación tiene, quizás, retos adicionales que surgen de las múltiples jurisdicciones, la falta de uniformidad de los títulos, normas y reglas [(212)].

[(211)] E. Cunha, *The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases*, en *Connecticut Journal of International Law,* 2008, p. 179.

[(212)] M. A. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border*

No menos complejo es el manejo de la mediación en casos de violencia doméstica y su uso y sobre todo ante el abuso de la alegación de la misma como excepción para la restitución de los niños, además del debate suscitado por estas circunstancias en donde se ha negado la mediación en casos de violencia doméstica alegando que no se produzca una doble discriminación en contra del individuo que sufre esta situación, es decir, ser una víctima y no tener acceso a un proceso de ADR.

Por lo que se refiere al uso de los medios tecnológicos para desarrollar mediación en línea, ODR, se torna un debate abierto y necesario. Todas las ventajas y desventajas de dicho ODR dentro del contexto de la sustracción parental internacional de menores parecen conducir a la conclusión de que un modelo híbrido [213] de mediación debe ser buscado [214], algo como el modelo alemán descrito anteriormente. Un modelo de mediación híbrido permitiría a los mediadores usar mediaciones cara a cara – cuando las condiciones lo permitan – y en línea, no obstante, debe tenerse precaución porque cada caso tiene sus propias peculiaridades, no hay dos casos que pueda mediarse del mismo modo. La inclusión de dicha técnica en la Guía de Buenas Prácticas en Mediación se antoja, a todas luces, una buena apuesta en sintonía con la búsqueda de la comunicación ansiada por este ADR.

Definitivamente, el hecho de analizar los pros y los contras de la promoción y fomento de la mediación como un medio alternativo de solución pacífica de controversias y resaltar su contribución potencial al tema de la sustracción internacional de menores es un punto de partida para llamar la atención de los académicos hacia la necesidad de intensificar la investigación sobre este tema.

La meta es ser capaz de realizar una investigación sustancial y significativa relacionada con temas tan vastos y complejos, tanto desde el punto de

---

Child Custody Cases, en *Journal of Dispute Resolution*, 2010, p. 306.

[213] R. Pawlowski, *Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child Custody Disputes*, en *Family Court Review,* 2007, pp. 311-312.

[214] Incluso "some hybridity: Human Technology is crucial for many disputes in Verdonschot, Jin Ho, Power Point 'The Future of Courts: A New Procedure for Neighbor Disputes in the Netherlands' in *Resolving our Differences in the 21st Century: A Conference on Online Dispute Resolution,* Stanford Law School, 19, 2013." http://www.hiil.org or http://www.innovatingjustice.com

vista teórico como práctico, particularmente entre dos países y siempre teniendo en cuenta el ISM; es esencial hacerlo en un ambiente que articule de manera coherente todos los aspectos de resolución alternativa de disputas así como un vasto intercambio, desde la experiencia, de investigación del tema propuesto.

Andrea Trisciuoglio[*]

SOBRE LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA (*PRETIUM EMPTIONIS*) EN LA EXPERIENCIA ROMANA

Sumario: 1. Premisa. — 2.- Indemnización expropiatoria en las fuentes jurídicas. — 3. Observaciones finales.

1. — *Premisa.*

La doctrina moderna observa que el *quantum* de la indemnización que la administración pública debe pagar al sujeto expropiado puede considerarse un indicador muy elocuente - un "papel tornasol" - del valor que un ordenamiento jurídico otorga al derecho de propiedad [1]. Así mismo la investigación histórico-jurídica, al estudiar la indemnización expropiatoria calculada en dinero, o bien otras formas de compensación en beneficio de quien sufre la privación de su propiedad, tiene la posibilidad de comprobar, época trás época, no sólo la variación de una técnica de cálculo, sino también el valor que los diferentes ordenamientos confieren al derecho de propiedad, cuando este derecho es sacrificado por razones de utilidad pública. Voy a detenerme aquí en particular sobre la experiencia romana.

Ante todo deseo subrayar dos puntos que podemos considerar hoy en día logros estables en el ámbito de la ciencia del derecho romano:

1) La propiedad romana, en su realidad histórica diferente respecto a su reconstrucción ideológica moderna [2], se caracteriza por convivir con numerosas limitaciones de distinto tipo; baste recordar aquí que incluso en la época de las XII Tablas (451-450 a.C.) bajo el perfil procesal el derecho

---

[1] Cfr., con especial referencia a la historia jurídica italiana, S. Boccalatte, *La proprietà e la legge. Esproprio e tutela della proprietà nell'ordinamento giuridico italiano*, Soveria Mannelli, 2004, p. 13.

[2] Cfr. L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. II. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2003, p. 265 ss.; C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo* I, Torino, 2005, p. 26 s.

de propiedad podía sacrificarse en pro de exigencias edilicias, o productivas, consideradas por los Romanos más importantes [3], tal y como establece el artículo 935 c.c. it. [4].

2) Entre los supuestos en los que la limitación de la propiedad se justifica porque hay que realizar el interés público, podemos citar los casos [5] en los que la expropiación tuvo lugar por causa de utilidad pública; las fuentes atestiguan esos casos a partir de la segunda guerra púnica, después de la batalla de Cannas (216 a.C.) [6], y también la investigación arqueológica nos

[3] Cfr., en atención a los materiales de construcción (palos), también utilizados en las viñas, D.47.3.1.pr. (Ulp. 37 *ad ed.*): «*Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur)*»; el propietario del *tignum iunctum*, carente de tutela reivindicatoria, aprovecha solamente de la acción penal *in personam*: *ibidem*, «*...sed in eum qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem*». Se destaca una función social de la propiedad ya con respecto a la experiencia romana: vd. F. De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*, en *Diritto economia e società nel mondo romano* (con una nota di lettura di F. d'Ippolito) I. *Diritto privato*, Napoli 1995, p. 465 s.; recientemente, M. Vital Da Rocha, R.P. Linhares Mattos, *A função social e o direito de propriedade no direito romano e no direito brasileiro*, en *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio,* ed. P. Resina Sola, Almería, 2012, p. 687 ss.

[4] El artículo dice: «Il proprietario del suolo che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui deve pagarne il valore, se la separazione non è chiesta dal proprietario dei materiali, *ovvero non può farsi senza che si rechi grave danno all'opera costruita o senza che perisca la piantagione*»; por lo tanto en caso de que un sujeto use los materiales de los demás en el suelo suyo, es más oportuno que los edificios y la producción sean conservados, y el propietario no puede pedir la separación de sus materiales. Cfr. al respecto S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, p. 170. Sobre los restantes límites que sufrió la propiedad romana vd. C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo* I, op.cit., p. 26 ss.

[5] La doctrina romanística unánimemente reconoce que la reconstrucción de un "instituto" de la expropiación por razones de utilidad pública necesariamente se basa en una serie de acontecimientos históricos y disposiciones muy particulares, puesto que en las fuentes faltan testimonios sobre una regulación de carácter general: vd., por todos, V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Lezioni a cura di P. Bonfante, I, Roma, 1928, p. 318; A. Fernández de Buján, *Derecho público romano*, XV ed., Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 262. La Nov. Iust. 7.2.1, que se considera la única norma que tiene un alcance general (vd. *infra*, nt. 34), sin embargo manifiesta notables particularidades por lo que se refiere al sujeto expropiado (el ente eclesiástico).

[6] C. Castello, *Un caso singolare di espropriazione per pubblica utilità e di concessione di cittadinanza romana durante la II guerra punica*, en *Scritti scelti di diritto romano. Servi, filii, nuptiae*, Genova, 2002, p. 29 ss., p. 41 s., identifica el primer caso de "expropiación por causa de utilidad

confirma el recurso a la expropiación [7].

Pero, procediendo de esas premisas, se ha advertido como muy difícil la tarea de encuadrar desde el punto de vista jurídico el fenómeno expropiatorio en Roma, puesto que las fuentes, como es bien sabido, nos hablan de *emptiones ab invito* (en verdad en la mayoría de los casos aluden a ellas), es decir, compras (*emptiones*) hechas por la autoridad pública, que no serían verdaderas compras, faltando el requisito del consentimiento del vendedor (*ab invito*). Esta contradición en los términos [8] – que podemos ver también en la *coëmptio* (la venta forzosa de las mercancías alimentarias que se usa en el imperio tardío) [9] – en mi opinión podría solucionarse a través

---

pública" con la compra forzosa de los esclavos que estando dispuestos a combatir contra los Cartagineses excepcionalmente se enrolaron en el ejército romano; sobre este episodio vd. Macr., *Sat.* 1.11.30-31 «*Bello punico, cum deessent qui scriberentur, servi pro dominis pugnaturos se polliciti in civitate recepti sunt, et volones, quia sponte hoc voluerunt, appellati. Ad Cannas quoque victis Romanis, octo milia servorum empta militaverunt, cumque minoris captivi redimi possent, maluit se res publica servis in tanta tempestate committere*»; además, Serv., *Ad Aen.* 9.544: «*...servos sane numquam militasse constat nisi servitute deposita, excepto Hannibalis tempore, cum post Cannense proelium in tanta necessitate fuit urbs Roma, ut ne liberandorum quidem servorum daretur facultas*».

(7) G. Facchinetti, *Casi di esproprio di aree private per uso pubblico a Luni e in centri romani dell'Italia settentrionale nel corso del I secolo d.C.*, en *Quaderni del Centro di Studi Lunensi* 8, 2004, p. 3 ss.

(8) Sobre la mencionada *contradictio in terminis* vd., también con propuestas de solución, M. Talamanca, *Rec. a M. Pennitz* (Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung, Wien - Köln - Weimar, 1991), en *BIDR*, 96-97, 1997, p. 821.

(9) Donde el prefijo *co-* quiere subrayar un aspecto de coacción, de determinación: cfr., a propósito de *coemere*, A. Ernout, A. Meillet, s.v. '*emo*', en *Dictionnaire etymologique de la langue latine* I, IV ed., Paris, 1959, p. 195. A menudo se relaciona la *coëmptio* (συνωνή), que nos interesa aquí, con la figura de la requisición (vd., por ejemplo F. De Martino, *Storia della costituzione romana* V, Milano, 1975, p. 417), sin embargo es diferente respecto al actual instituto de la requisición administrativa (al respecto vd. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2011, p. 353), ya que la *coëmptio* pierde pronto en su historia la caracteristica originaria de ser excepcional (cfr. E. Stein, *Histoire du Bas-Empire. De la disparition de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien (476-565)* II, Paris-Bruxelles-Amsterdam, 1949, p. 200); por otro lado, la manera en la que se calcula la "indemnización" en la *coëmptio,* ya lo veremos, justifica absolutamente el hecho que la misma se encuadre en la categoría de la *comparatio publica*, reduciendo su característica de acto autoritario. Sobre la *coëmptio* vd. E. Stein, *Histoire du Bas-Empire. De la disparition de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien (476-565)* II, op.cit., p. 199 ss.; S. Mazzarino, *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tardo-romana*, Roma,

la distinción entre el perfil del *an* de la venta (este sería el ámbito donde se manifiesta la *coercitio* del magistrado y no es posible hablar -evidentemente- de consentimiento), y el perfil del *quomodo* de la venta (que sería en cambio el ámbito del consenso, en el que el vendedor costreñido, podemos llamarlo el "expropiado", tiene la posibildad de manifestar algún poder negocial). Al menos podemos deducirlo del episodio de la compra pública de la casa de Menio (que se encontraba en el foro republicano); compra necesaria para edificar en el año 184 a.C. la basílica Porcia [(10)]. Según esta interpretación, dentro de la locución ("*emptio ab invito*") de la que se sirve la romanística para representar el fenómeno expropiatorio, "*ab invito*" se referiría al *an* de la compraventa, mientras que "*emptio*", evocador del consenso típico de la *emptio-venditio* entre particulares, remitiría al *quomodo* de la compraventa.

1951, p. 151 ss.; J. Karayannopulos, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*, München, 1958, p. 97 ss.; A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602* I, Oxford, 1964, p. 235, p. 460 nt. 120; L. Ruggini, *Economia e società nell' «Italia annonaria». Rapporti fra agricoltura e commercio dal IV al VI secolo d.C.*, Bari, 1995 (rist. agg. ed. Milano, 1961), p. 210 ss.; R. Morosi, *L'officium del prefetto del pretorio nel VI secolo*, en *Romanobarbarica* 2, 1977, p. 123 s., p. 127; J.M. Carrié, *Les distributions alimentaires dans les cités de l'empire romain tardif*, en *MEFRA* 87.2, 1975, p. 1058; P. Hertz, *Studien zur römischen Wirtschaftsgesetzgebung. Die Lebensmittelversorgung*, Stuttgart, 1988, p. 342 ss.; L. De Salvo, *Politica commerciale e controllo dei mercati in età teodericiana. Su alcune «formulae» cassiodoree*, en *Cassiodoro. Dalla corte di Ravenna al Vivarium di Squillace*, Atti Conv. Internaz. di Studi – Squillace, 25-27 ottobre 1990 (cur. S. Leanza), Soveria Mannelli, 1993, p. 103 s.; A.J.B. Sirks, P.J. Sijpesteijn, K.A. Worp (herausg. von), *Ein frühbyzantinisches Szenario für die Amtswechslung in der Sitonie. Die griechischen Papyri aus Pommersfelden (PPG) mit einem Anhang über: die Pommersfeldener Digestenfragmente und die Überlieferungsgeschichte der Digesten*, München, 1996, p. 63, p. 119; G. Ravegnani, *Soldati di Bisanzio in età giustinianea*, Roma, 1998, p. 133 ss.; A. Laniado, *Recherches sur les notables municipaux dans l'Empire protobyzantin*, Paris, 2002, p. 42 ss.; C. Zuckerman, *Du village à l'Empire. Autour du registre fiscal d'Aphroditô (525-526)*, Paris, 2004, p. 178.

[(10)] Se refiere a este episodio Liv. 39.44.7: «*Cato atria duo, Maenium et Titium, in lautumiis et quattuor tabernas in publicum emit basilicamque ibi fecit, quae Porcia appellata est*»; el vendedor obligado por un *atrium*, Menio, en aquella ocasión se reservó para sí mismo y para sus herederos, mediante una cláusula contractual, el derecho de ver desde un tipo de palco los juegos de gladiadores que tenían lugar en el foro republicano: cfr. Ps. Asc., *ad Cic., Div. in Q. Caec.* 50 (ed. Stangl, 201): «*Maenius cum domum suam venderet Catoni et Flacco censoribus, ut ibi basilica aedificaretur, exceperat ius sibi unius columnae, super quam tectum proiceret ex provolantibus tabulatis, unde ipse et posteri eius spectare munus gladiatorium possent, quod etiam tum in foro dabatur. Ex illo igitur columna Maenia vocitata est...*»; vd. pero el comentario crítico de este último texto en P. Gros, M. Torelli, *Storia dell'urbanistica. Il mondo romano*, III ed., Bari, 1994, p. 96.

2. *Indemnización expropiatoria en las fuentes jurídicas*.

Veamos, a continuación, el tema de la indemnización expropiatoria, que los Romanos, lejos de la visión actual del daño justo, y relacionando en cambio los fenómenos expropiatorios con la venta (forzosa) [(11)], califican como *pretium* [(12)]. ¿Podemos creer que en el ámbito de las modalidades de la venta, que se dejaban presumiblemente al acuerdo entre la autoridad competente y el vendedor obligado, se incluía también la determinación del precio? O bien, si planteamos la cuestión en términos modernos desde la perspectiva del daño justo, ¿Tenía el perjudicado la facultad de tomar parte en la fijación de la indemnización, o el órgano público disponía de un libre arbitrio? [(13)] En verdad en esta pregunta podríamos también reemplazar el libre arbitrio por la discrecionalidad (administrativa), pues este último concepto no sólo atañe a los Estados modernos caracterizados por la tripartición de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), sino también a las instituciones públicas de época anterior, incluso a las romanas [(14)].

[(11)] Tal vez es útil recordar que la visión contractualista no es demasiado remota en la experiencia jurídica italiana: hasta el final del siglo XIX el acto de expropiación se consideraba una compra (forzosa), tenía las consecuencias de la adquisición, no a título originario, sino a título derivativo, y el vendedor obligado tenía la posibilidad de actuar para obtener la rescisión en caso de *laesio ultra dimidium*; cfr. F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 173 y nt. 1.

[(12)] Cfr., entre otros, F.M. De Robertis, *Sull'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, en *Studi in memoria di G. Zanobini* V, Milano, 1965, p. 149. A la p. 161 el citado A. asigna, en mi opinión, demasiada importancia a la variación terminológica, de *pretium* a *indemnitas*, en la Nov. Iust. 7.2.1, viendo en la misma fuente la señal de un tránsito de una concepción contractual de la expropiación a una nueva visión administrativa mucho más cercana a nuestra experiencia (negocio unilateral basado en el poder público); hay que tener en cuenta, en cambio, que en la fuente justinianea citada se mencionan no ventas, sino permutas; por lo tanto creo que parecía más propio el término *indemnitas* en lugar de *pretium*. Recuerdo que el tema de la indemnización expropiatoria ya fue tratado difusamente por la romanística: cfr., por ejemplo, E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, Zaragoza, 1994, p. 135 ss.; V. Ponte, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, 2007, p. 271 s.; me limitaré a hacer unas puntualizaciones en atención a las fuentes.

[(13)] Así formula la cuestión R. Rodríguez López, *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho Público Romano*, Almería, 1996, p. 106 ss.

[(14)] Comparto la opinión de M. Sargenti, *Premessa ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato romano*, en *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, Napoli, 2011, p. 816 ss., p. 826 ss.

Veamos pues lo que nos dicen las fuentes, donde aflora el problema de la determinación de la indemnización expropiatoria [15]. En la selección de los textos (para nada fácil, como bien saben los autores que se dedicaron al tema de la expropiación), voy a pasar por alto los casos que cabe atribuir a la figura de la confiscación, aquellos en los que no se manifiesta una *utilitas publica* en la actuación de la autoridad pública, y otras hipótesis donde probablemente personalidades públicas hicieron actos evergéticos y por lo tanto con relación a ellas podríamos hablar de normales compraventas entre particulares [16]; tampoco voy a detenerme a considerar aquellas limitaciones del derecho de propiedad por razones de utilidad pública que no provocaban una privación total del mismo (por ejemplo, la conducción de un acueducto público sobre una finca privada). Me ocuparé, en cambio, de los supuestos más evidentes y claros de expropiación conforme a su sentido tradicional, en los que las administraciones públicas para satisfacer una necesidad pública necesitan un bien (inmueble o mueble), que pertenece a un particular que no quiere enajenarlo voluntariamente [17]. Voy a dirigir mi atención sobre todo a las fuentes jurídicas.

---

[15] En atención a la indemnización valga lo que hemos dicho *supra* (nt. 5) referiéndonos al instituto de la expropiación en su conjunto: no se halla en las fuentes ninguna disposición que tenga un alcance general a propósito del criterio de determinación: cfr. V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Lezioni a cura di P. Bonfante, op.cit., p. 319; E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 136.

[16] Cfr. con respecto a Cic. *Ad Att.* 4.16.8, las observaciones de R. Rodríguez López, *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho Público Romano*, op.cit., p. 112; M. Pennitz, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Wien-Köln-Weimar, 1991, p. 114 ss.; tampoco la locución epigráfica "*solo empto ab re publica*" permite excluir el carácter evergético de la construcción: cfr., a propósito de CIL. II^2.7.97 (Obulco-Betica, p. 30), lo que piensa correctamente B. Goffaux, *Évergétisme et sol public en Hispanie sous l'Empire (à propos de CIL, II^2/7, 97)*, en *Mélanges de la Casa de Velázquez* 33.2, 2003, en part. p. 227 ss.

[17] En verdad no hacen falta normas que contemplen cesiones voluntarias, derogando el modo normal de actuar a través de *emptiones ab invito*: cfr., con respecto a la *lex Iulia* agraria del año 59 a.C., Dio. Cass., 38.1.4; F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, Bari, 1936, p. 93 ss.; M. Pennitz, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, op.cit., p. 154 ss.; en este caso la ley comicial consideró como contravalor de la finca voluntariamente cedida el valor catastral.

Podemos empezar por el análisis de un senadoconsulto del año 11 a.C., mencionado por Front., *De aq*., cap. 125 [18], que a propósito de los materiales (tierra, limo, piedras, ladrillos, arena, leña) necesarios para hacer el mantenimiento de los acueductos, y que podían procurarse en las fincas privadas en los alrededores, establece: «*...ex agris privatorum terram, limum, lapidem, testam, harenam ligna ceteraque quibus ad eam rem opus esset, unde quaeque eorum proxime sine iniuria privatorum tolli, sumi, portari possint, viri <boni> arbitratu aestimata darentur, tollerentur, sumerentur exportarentur*». Es oportuno aquí subrayar que la valoración del material para compensar el propietario perjudicado de ninguna manera se deja al arbitrio del funcionario que cuida los trabajos de mantenimiento; en cambio él debe observar el criterio del *bonus vir* (*viri boni arbitratu*) [19], para que no se cause una *iniuria* hacia el mismo propietario (*sine iniuria privatorum*). La limitación a la actuación del poder público que se sustancia genéricamente en el hecho de no perjudicar los intereses patrimoniales de los particulares (en nuestro caso también en el momento de la *aestimatio* de los bienes) se plantea en verdad como un *leitmotiv* de las relaciones publicisticas y se trata de un punto que sería importante profundizar, ya que manifiesta una ideología donde trasluce mucho respeto hacia los bienes de los ciudadanos [20].

---

[18] Comentado por G. Segré, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, III, Torino, 1930, p. 133; F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op.cit., p.130 ss.; M. Pennitz, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, op.cit., p. 87 ss.; A.D. Bianco, *Aqua ducta, aqua distributa. La gestione delle risorse idriche in età romana*, Torino, 2007, p. 79, p. 100, p. 122; A. Kränzlein, *Sine iniuria privatorum*, en *Schriften* (hg. von J.M. Rainer), Wien-Köln-Weimar, 2010, p. 234 ss.

[19] El *arbitratus boni viri* es el criterio de la estimación, y no alude a un procedimiento asignado a un árbitro, a un tercero para determinar el valor del bien; en este sentido vd. también M. Talamanca, *Rec. a M. Pennitz,* op.cit., p. 818.

[20] En el ámbito de la obras públicas la expresión '*sine iniuria privatorum*' (o locuciones semejantes; por ejemplo, *sine incommodo cuiusquam*) se encuentra en la legislación estatutaria municipal (vd. lex Tarent., cap. 9.5; lex Urson., cap. 77; lex Irnit., cap. 82). La misma expresión se halla como límite impuesto a los concesionarios que tienen la autorización de captar agua pública (vd. lex Urson., cap. 100; D.8.3.17), o bien de construir sobre lugares públicos (vd. Hosp. proc. col. div. Marci, l. 9 s., FIRA III^2, p. 360; D.39.2.15.10; D.39.2.24. pr.; D.43.8.2.10; D.43.8.2.16). En la doctrina cfr. G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose (con una «nota di lettura di Filippo Gallo»)*, en *RDR*, 1, 2001, p. 136 s.; S. Schipani, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problemi della «culpa»*, Torino, 1969, p. 70 ss.; M. Pennitz, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-*

En cualquier caso podemos decir que estamos frente a una clara invitación normativa al ejercicio, en el momento de la estima de la indemnización, de una discrecionalidad administrativa, guiada por un criterio externo (el *arbitratus* del *bonus vir*) [21], que es muy flexible, pero que ciertamente tiene que ser cuidadoso con el interés patrimonial del propietario dañado; y podemos constatar que no se deja ninguna posibilidad al expropiante de actuar con simple arbitrio.

Haciendo ahora un notable salto cronológico de unos siglos tenemos que tomar en consideración unas constituciones del código Teodosiano, que brindaron a Gotofredo la oportunidad de delinear un cuadro sintético, pero muy eficaz, de las formas de compensación establecidas a favor del sujeto "expropiado" en la experiencia romana [22]. Conviene analizar en primer lugar:

C.Th.15.1.30 (impp. Theod. Arc. Honor., Aurel. praef. urbi): «*Si quando concessa a nobis licentia fuerit extruendi, id sublimis magnificentia tua sciat esse servandum, ut nulla domus inchoandae publicae fabricae gratia diruatur, nisi usque ad quinquaginta libras argenti pretii aestimatione taxabitur. De aedificiis vero maioris meriti* <C.I. *pretii*> *ad nostram scientiam referatur, ut, ubi amplior poscitur quantitas, imperialis extet auctoritas*» (a. 393) [23].

---

rechtsvergleichende Problemstellung, op.cit., p. 89 ss.; A. Trisciuoglio, *«Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare». Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Torino, 1998, p. 224 ss. y nt. 61; R. Rodríguez López, *Responsabilidad por daños en bienes públicos: indemnitati reipublicae satisfacere debere*, en *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*. IV Congreso internacional y VII congreso iberoamericano de derecho romano (coord. A. Murillo Villar), Burgos, 2001, p. 685; M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, p. 177 nt. 34, p. 303 ss.; Id., *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, en *Analisi Giuridica dell'Economia* 1, 2010, p. 49, p. 62 s.; A. Kränzlein, *Sine iniuria privatorum*, op.cit., p. 233 ss.

[21] El criterio objetivo, que condiciona el ejercicio de la discrecionalidad, es el elemento que permite distinguir esta última respecto al libre arbitrio: cfr. M. Sargenti, *Premessa ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato romano*, op.cit., p. 826 s.

[22] Vd. en particular I. Gothofredus, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, t. V, Lipsiae, 1741, ad legem 50 C.Th. XV,1, p. 362: «Privatorum scilicet loca, aedificia, publici operis causa saepe olim iure occupabantur. Sed tamen compensato aliquo, triplici ratione: neque enim extorqueri possessoribus proxima operibus publicis mos fuit... Vel enim immunitas quaedam invicem iis tribuebatur...Vel pretium competens pro his de publico praestabatur...Vel denique permutatio quaedam cum privatis instituebatur».

[23] Sobre esta constitución cfr. G. Sabbatini, *Commento alle leggi sulle espropriazioni per pubblica utilità*, I, III ed., Torino, 1913, p. 35 s.; F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica*

En verdad esta constitución, que los compiladores justinianeos reutilizan más tarde en C.I.8.11.9, nos dice bien poco respecto al problema que nos ocupa. Aprendemos únicamente que el particular, que debe tolerar la destrucción de su edificio para que se erija una *publica fabrica* con el permiso del emperador, tiene la posibilidad de pedir libremente una cantidad de dinero como precio [24]; además si la suma de dinero debida es inferior a 50 libras de plata el *praefectus urbi* puede pagarla directamente, pero si la suma es superior a esa cantidad el *praefectus urbi* necesita que la cancillería imperial autorize el pago. Según parece, se trata de una regla de contabilidad interna, útil para controlar el gasto público, pero nada de preciso se dice acerca del criterio de cálculo utilizado para fijar el precio; respecto al cual nos enteramos sólamente que se determinaba a partir de una propuesta del sujeto "expropiado", pero no sabemos si la misma tenía que ser aceptada por el funcionario público, o bien corregida en cierta medida, y en este último caso conforme a que criterio.

Por otro lado, la siguiente constitución del año 412 dictada por los emperadores Honorio y Teodosio II, y dirigida al *praefectus urbi* de Constantinopla, Isidoro, aclara la variedad de las soluciones compensatorias:

C.Th.15.1.50: «*Opus coeptum extruatur et porticus thermas honorianas praecurrat acie columnarum, cuius decus tantum est, ut privata iuste neglegeretur paulisper utilitas. sed ne census sui quisquam intercepta lucra deploret, sed e contrario cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur, pro loco quod quisque possederat superaedificandi licentiam habeat. nam in locum privati aedificii, quod in usum publicum translatum est, occupationem basilicae iubemus vetustae succedere, ut contractus quidam et permutatio facta videatur, cum dominus, qui suum dederat civitati, pro eo habiturus sit ex publico remota omni formidine, quod inconcusso robore et ipse habere et quibus velit tradere habebit liberam facultatem*».

Esta disposición, que recientemente ha sido analizada en detalle por R. Rodríguez López [25], nos señala sin duda un cierto respeto que

---

utilità nel Diritto Romano, op.cit., p. 181 ss.; E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 95 ss.; R. Rodríguez López, *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho Público Romano*, op.cit., p. 89 nt. 323 (allí otra doctrina), p. 110 s., p. 114 s., p. 122, p. 150 s., p. 233.

[24] También F.M. De Robertis, *Sull'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, op.cit., p. 153, considera que el sujeto de "*poscitur*" sea el que sufre la expropriación.

[25] Cfr. R. Rodríguez López, *La licencia urbanística y el derecho de sobreedificación (CTh.*

los emperadores tienen al derecho de propiedad, cuando es oportuno sacrificarlo por motivo de la construcción de importantes obras públicas; en efecto, se establece para compensar el paso de los edificios privados al uso público, un permiso de sobreedificar sobre una *vetusta basilica*, mediante el que el sujeto "expropiado" conseguía un tipo de derecho de superficie. Entonces aquí la indemnización no se sustancia en una cantidad de dinero, sino en el *ius superaedificandi* sobre suelo público; tal vez esta elección de la administración pública se justifica porque los sujetos expropiados tenían interés en conservar sea como sea un emplazamiento comercial *in loco*, aun con título jurídico diferente [26].

Siempre en atención a formas de indemnización que no consistían en una cantidad de dinero, que se hallan en el código Teodosiano, es oportuno recordar todavía:

C.Th.15.1.51 (impp. Honor. et Theod., Anth. praef. praet.): «*Turres novi muri, qui ad munitionem splendidissimae urbis extructus est, completo opere praecipimus eorum usui deputari, per quorum terras idem murus studio ac provisione tuae magnitudinis ex nostrae serenitatis arbitrio celebratur, eadem lege in perpetuum et condicione servanda, ut annis singulis hi vel ad quorum iura terrulae demigraverint proprio sumptu earum instaurationem sibimet intellegant procurandam, earumque usu publico beneficio potientes curam reparationis ac sollicitudinem ad se non ambigant pertinere. Ita enim et splendor operis et civitatis munitio cum privatorum usu et utilitate servabitur*». (a. 413) [27].

Con ocasión de la construcción de las nuevas murallas de Constantinopla [28], los emperadores disponen que se compensen los sujetos expropiados

---

15,1,50), en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano* (coedd. A. Fernández de Buján – G. Gerez Kraemer – B. Malavé Osuna), Madrid, 2011, p. 393 ss.; vd. además M. Navarra, *'Utilitas publica-utilitas singulorum' tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni*, en *SDHI*, 63, 1997, p. 279 s.; J. Dubouloz, *Acception et défense des loca publica, d'après les Variae de Cassiodore. Un point de vue juridique sur les cités d'Italie au VI^e siècle*, en *Les cités de l'Italie tardo-antique (IV^e-VI^e siècle). Institutions, économie, société, culture et religion*, Rome, 2006, p. 61.

[26] La referencia a los *lucra intercepta* podría en efecto aludir al hecho que las propiedades sacrificadas tenían un destino comercial.

[27] Sobre esta constitución cfr. en particular F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op.cit., p. 191 s.; M. Navarra, *'Utilitas publica-utilitas singulorum' tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni*, op.cit., p. 280.

[28] Obra asistida por el *praefectus praetorio Antemius*, de la que hace mención también *CIL* III.7404.

mediante el otorgamiento de un derecho de uso [29] de las torres de defensa, uso verosimilmente relacionado con el aprovechamiento de pequeñas fincas [30] que los propietarios (y sus causahabientes) conservaban cerca de las murallas. Por otra parte, se les impone una obligación de mantenimiento de las torres.

A una forma habitual de compensación, consistente en un "*competens pretium*", se refiere en cambio C.Th.15.1.53 (impp. Theod., Valent., Const. praef. urbi, a. 425: «*Sane si qui memoratas cellulas probabuntur vel imperatoria largitate vel quacumque alia donatione aut emptione legitima possidere, eos magnificentia tua – scil.* el *praefectus urbi – competens pro isdem de publico pretium iubebit accipere*») [31]. Allí el adjetivo "*competens*" (es decir, "adecuado", "proporcionado") -en mi opinión- otra vez restringe el ejercicio del libre arbitrio del funcionario (el *praefectus urbi* de Constantinopla), aludiendo más bien a su discrecionalidad administrativa, necesariamente cuidadosa con los intereses económicos del sujeto expropiado [32].

Pasando a tratar de las fuentes de la época justinianea, es necesario detenerse sobre la Nov. Iust. 7.2.1 (a. 535) [33], que – ya lo han observado – en la larga experiencia romana es la única disposición que reconoce un poder expropiatorio de la administración pública que tiene un alcance general [34]. Se extrae de la Novela que por razones de utilidad pública le

---

[29] A propósito de las dificultades para encuadrar jurídicamente este derecho cfr. C. Dupont, *Les iura in re aliena dans le Code Théodosien*, en *RIDA*, 24, 1977, p. 250.

[30] Cfr. la referencia a las "*terrulae*". Podemos imaginar locales destinados a habitación o bien a almacén, en los que se conservaban instrumentos de trabajo, simientes, etc.

[31] Cfr. sobre esta constitución F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op. cit., p. 192 ss.

[32] *Contra*, E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 102.

[33] Cfr., sobre este capítulo de la Novela, G. Segré, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, op.cit., p. 142 s.; H. Ankum, *Afrikan Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, en *ZSS.RA,* 97, 1980, p. 171 nt. 52; E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 103 s.; vd. además *supra*, nt. 12.

[34] Cfr. F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op. cit., p. 225 nt. 2. Pero aquí – ya lo hemos recordado (*supra*, nt. 5) – el sujeto expropiado no es cualquier ciudadano, sino el ente eclesiástico que tiene especiales relaciones con el

está siempre permitido al emperador adquirir bienes inmuebles de los entes eclesiásticos, siempre que estos últimos sean compensados mediante permutas de bienes indicados en una *pragmatica sanctio* [35] que tengan un valor igual o superior. Además, la disposición fundamenta esta derogación del principio según el cual los bienes eclesiásticos no son enajenables, en el hecho de que la Iglesia y el Imperio a fin de cuentas persiguen los mismos objetivos, y hay muchas ocasiones en las que la Iglesia se aprovecha de la munificencia imperial.

Omito aquí profundizar el caso, muy singular, que tiene como protagonista al *ostarius* Antiochus [36]; con ocasión de la edificación de la iglesia de Santa Sofia en Constantinopla él opuso una firme resistencia a la propuesta de precio hecha por la administración justinianea para adquirir su casa [37], y por eso fue encarcelado, cediendo al fin tras la promesa de poder ver los juegos en el hipódromo, por los que tenía una gran pasión [38]. Este caso de todas formas parece confirmar la interpretación que antes hemos dado a la expresión *emptio ab invito* (*coercitio* por lo que se refiere al *an*, pero consentimiento en atención al *quomodo*). Voy a exponer seguidamente unas reflexiones sobre el *pretium* de la *coëmptio*, es decir la venta forzosa de los alimentos muy difundida en el imperio tardío.

---

emperador.

[35] Así, en base al texto griego, F. Sitzia, *Il diritto di proprietà nelle Novelle giustinianee*, en *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, p. 132 nt. 35.

[36] El episodio se narra en M. Glicas, *Annal.* (pars IV), ed. Migne P.G., t. CLVIII, 501, y en G. Codinus, *Chron.* (*De structura templi Sanctae Sophiae*) ed. Migne, P.G., t. CLVII, 617; pero hay que tener en cuenta que es discutida la fiabilidad de esas fuentes.

[37] Esta circunstancia (que obviamente importa mucho desde nuestra perspectiva) es subrayada oportunamente por F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op. cit., p. 200 y nt. 12, en particular en base al relato de G. Codinus.

[38] Es sorprendente la coincidencia entre la pasión por los juegos de Antioco y la de Menio, que cedió su casa para construir la basílica Porcia (vd. *supra*, nt. 10); a propósito del caso de Antioco cfr. también H. Ankum, *Afrikan Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, op.cit., p. 171 nt. 52; F. Sitzia, *Il diritto di proprietà nelle Novelle giustinianee*, op.cit., p. 130 s.; G. Ravegnani, *La corte di Giustiniano*, Roma, 1989, p. 59.

Para De Robertis [39] en el ámbito de las *coëmptiones* postclásicas se fijaban los precios de manera autoritaria. Esta tesis, a mi juicio, debería al menos precisarse desde un punto de vista cronológico, puesto que la imposición autoritaria del precio es contradicha a nivel normativo, por C.Th.11.15.2 (empp. Graciano, Valentiniano y Teodosio, a. 384, *sub titulo*: "*de publica comparatione*") [40], por C.10.27.2.1 (emp. Anastasio, a. 498?) [41], y finalmente por la *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii*, cap. 18 (a. 554) [42] . De las fuentes citadas podemos deducir, en efecto, que el precio tenía que corresponder a lo practicado *in foro rerum venalium*, o sea al valor del mercado, que resultaba probablemente de listas de precios periódicamente revisados [43]. En la constitución de Anastasio incluso se precisa el mercado al que hacer referencia para el cálculo del precio [44]: aquél donde provienen los productos agrícolas adquiridos forzosamente.

---

[39] Cfr. F.M. De Robertis, *Sull'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, op.cit., p. 160.

[40] «*...unusquisque provincialium nostrorum arbitratu proprio et mente devota species petitas isdem pretiis, quae in foro rerum venalium habebuntur, libens praestet ac distrahat...*»; cfr. J.M. Carrié, *Les distributions alimentaires dans les cités de l'empire romain tardif*, op.cit., p. 1058; más en general sobre esta constitución, además del comentario de Gotofredo *ad h.l.*, vd. J. Karayannopulos, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*, op.cit., p. 97.

[41] Cfr. sobre esta constitución E. Stein, *Histoire du Bas-Empire. De la disparition de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien (476-565)* II, op.cit., p. 202 s.; F.M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, op. cit., p. 194 s.; P. Hertz, *Studien zur römischen Wirtschaftsgesetzgebung. Die Lebensmittelversorgung*, op.cit., p. 346 ss., en part. p. 348; L. Ruggini, *Economia e società nell' «Italia annonaria». Rapporti fra agricoltura e commercio dal IV al VI secolo d.C.*, op.cit., p. 214; A. Laniado, *Recherches sur les notables municipaux dans l'Empire protobyzantin*, op.cit., p. 42 ss. (donde se discute el problema de la datación); la compra según el valor del mercado se prevé también en C.10.27.3.1 (siempre de Anastasio).

[42] Cfr. ed. Schoell-Kroll (Nov., App. VII, 801): «*Ne per comparationes specierum collatores graventur. Ne vero per coëmptiones etiam quodcumque collatores detrimentum sustinere inveniantur, sancimus...pretiis videlicet pro specierum venalitate, quae tunc temporis in foro rerum venalium obtinere noscuntur, statuendis, ipsis tamen pretiis specierum unicuique collatorum in tributorum imputandis exactionem*».

[43] En un mecanismo oficial para verificar esos precios del mercado piensa también E. Lo Cascio, *Mercato libero e "commercio amministrato" in età tardoantica*, en *Mercanti e politica nel mondo antico* (ed. C. Zaccagnini), Roma, 2003, p. 318 ss., en part. p. 325.

[44] Por otro lado, no siempre el precio tenía que ser pagado a los vendedores constreñidos; normalmente el mismo podía ser deducido de los impuestos debidos, mediante una operación compensativa.

3. — *Observaciones finales.*

Tratamos ahora de extraer unas conclusiones. En la experiencia jurídica romana por lo que se refiere a la compra de bienes muebles e inmuebles por razones de utilidad pública, la fijación del *pretium emptionis* nunca parece condicionada por el simple arbitrio del magistrado-funcionario que actúa. Si observamos las fuentes, encontramos unos criterios externos, como el *arbitratus boni viri* (Sc. del año 11 a.C. - Front., *de aq.*, cap. 125), o el implícito en la expresión *competens pretium* (C.Th.15.1.53), los cuales hacen pensar más bien en nuestro concepto de discrecionalidad administrativa. Por otra parte, en el caso de la *coëmptio,* encontramos como contravalor el precio que se observa *in foro rerum venalium* (C.Th.11.15.2; C.10.27.2.1; C.10.27.3.1; *Pragm. sanct. pro pet. Vig.*, cap. 18), que niega obviamente toda posibilidad de que se ejercite esa discrecionalidad.

Estos criterios nos muestran que los administradores públicos y sus colaboradores tenían que ser totalmente respetuosos con la situación dominical, de modo que actuasen – retomamos ahora un *topos* de las relaciones de carácter publicístico – *sine iniuria privatorum*. Además y por lo que sabemos, no se da ningun relieve al valor catastral en el campo de las adquisiciones inmobiliarias [45].

Claro, estamos a nivel de proclamas normativas, de simples afirmaciones de principios, y es difícil decir, en base a las fuentes juridicas que conocemos, si el vendedor obligado tenía una concreta posibilidad de oponerse *ex ante*, o quejarse en juicio *ex post* cuando se consideraba perjudicado por el ejercicio de la discrecionalidad [46]. Al respecto podemos plantear solamente hipótesis en base a las fuentes literarias (cuya pertinencia al argumento es discutible) [47],

---

[45] No contradice esta afirmación la disposición de la *lex Iulia* agraria del año 59 a.C., la cual concernía, como se ha mencionado (*supra*, nt. 17), a cesiones de tipo voluntario.

[46] El "recurso al magistrado superior" que E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 141, supone no me parece convenientemente probado por las fuentes, y en particular por C.Th.15.1.30 (*supra* examinada).

[47] Cfr., por ejemplo, las dudas que M. Talamanca, *Rec. a M. Pennitz,* op.cit., p. 816 s., manifiesta sobre la posibilidad de reconducir al fenómeno expropiatorio el episodio narrado por Livio (40.29.3-14), que se refiere a la adquisición pública (y a la sucesiva cremación) de los *libri* de Numa; adquisición que tuvo que soportar el escriba L. Petilio, el propietario

o en base a consideraciones de carácter sistemático [48]. Pero, el hecho mismo de haber descubierto un principio que se encuentra constantemente - lo llamaremos para simplificar, en base a C.Th.15.1.53, el del *competens pretium* – y que parece muy cercano al principio actual del justiprecio*,* aunque hemos recordado las dificultades en identificar en la experiencia romana los medios jurídicos útiles para su concreta aplicación [49], ya se revela -en mi opinión- un importante logro. Sobre todo si tenemos en cuenta aquel prejuicio, difundido hace tiempo entre los investigadores pero ahora oportunamente puesto en duda, según el cual la actuación de las administraciones romanas tardías respecto a los ciudadanos fue caracterizada por el absolutismo, y el interés público representado por el emperador fue predominante sobre el interés privado, no obstante, lo hemos visto, a veces el primer interés se armonizaba oportunamente con el segundo [50].

---

del campo donde se descubrieron. El mismo, oponiéndose, pidió la intervención de los tribunos de la plebe, que remitieron la cuestión al senado. En atención al *pretium emptionis*, los *patres* establecieron: «*pretium pro libris, quantum Q. Petilio praetori* (homónimo del escriba) *maiorique parti tribunorum plebis videretur, domino solvendum esse*»; pero el escriba acabó por rechazar la recompensa. Sobre este episodio vd. recientemente J.A. Obarrio Moreno – J.M. Piquer Marí, *Un caso de expropiación forzosa en época republicana: los libros de Numa*, en *Revista General de Derecho Romano*, 19, 2012, p. 3 ss.

[48] Se opina que el sujeto expropiado, en caso de que considerase el precio inadecuado y perjudicial para su derecho de propiedad, tendría la posibilidad de actuar contra el magistrado expropiante con la *actio ex lege Aquilia* (vd. por último E. Lozano Corbí, *Expropiación forzosa en el Derecho Romano,* en *Derecho administrativo histórico*, dir. A. Fernández de Buján, Santiago de Compostela, 2005, p. 295 s.); pero no hay fuentes que directamente lo atestiguan.

[49] Igualmente es difícil contestar a la pregunta: ¿Cúando se pagaba el precio de la expropiación?; al respecto vd. las simples conjeturas de E. Lozano Corbí, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, op.cit., p. 143; además, en atención a los casos de permutas, R. Rodríguez López, *La licencia urbanística y el derecho de sobreedificación (CTh. 15,1,50)*, en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, op.cit., p. 402.

[50] Cfr. la crítica hacia la interpretación del estado romano tardío como "Zwangsstaat", a través del análisis de la relación entre la *utilitas publica* y la *utilitas* de los particulares en el ámbito de las constituciones imperiales comprendidas entre el IV y el V siglo d.C., de M. Navarra, *'Utilitas publica-utilitas singulorum' tra IV e V sec. d.C. Alcune osservazioni*, op.cit., en particular p. 276 ss. (vd. también lit. cit. por la a., p. 276 nt. 47); además, más recientemente N. Rampazzo, *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli, 2008, p. 497 ss.

Publicado en el año 2013

ISBN 978-88-95448-41-1

€ 54,00
$ 71,50