

DICCIONARIO ANALÍTICO DE DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN JURÍDICA

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 - "Giacchino 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 978-88-95448-40-4



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

IR&RI
Individual Rights & Regional Integration

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

Impreso en Italia, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Giacchino 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 e scienze biochimiche 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: 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. Martínez 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 Triscioglio (Università degli Studi di Torino).

Secretaria editorial: *Rossana Riccini (Università degli Studi di Perugia)*

Traducción del Italiano al Español bajo la dirección de la Mtra. Marisa Dalla Costa

Presentación

El nacimiento de este DICCIONARIO ANALÍTICO DE DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN JURÍDICA posee dos orígenes y sus respectivas explicaciones, relativas tanto a su naturaleza como a su objeto. El primero de tales orígenes es de carácter formal; el segundo, alude a una forma de ver y entender parte del desarrollo del Derecho ya en la Unión Europea (UE), ya en el continente americano.

Por lo que hace al origen y explicación primeras, este DICCIONARIO encuentra su génesis en el Proyecto IR&RI, título con el que en 2012, el *Lifelong Learning Programme* y el Programa *Jean Monnet* de la Unión Europea lanzaran la convocatoria homónima. A este llamado de la UE respondieron 447 instituciones, resultando triunfadora la propuesta encabezada por la *Università degli Studi di Perugia* y el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

En este sentido es obligado reconocer a las prestigiosas instituciones académicas que también comparecieron en la propuesta ganadora y que, luego, participaron activamente en la realización del Proyecto IR&RI, a saber, la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Nacional Autónoma de México; la Universidad Federal Fluminense de Brasil; la Universidad de Piura, Perú; las Universidades Católica de Temuco y de La Frontera de Chile; y, la *Università degli Studi di Torino*, Italia. Asimismo, tuvo un papel protagónico y positivo el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México.

El objetivo central de los trabajos del Proyecto IR&RI se concentraron en propiciar entre académicos, abogados postulantes y jueces de dos continentes, una reflexión, desde distintas perspectivas, en torno al papel que en la integración jurídica, económica y social de Europa y América Latina, han jugado y juegan los derechos humanos en sus distintas dimensiones discursivas y prácticas. A tales efectos se llevaron a cabo dos reuniones internacionales, la primera en Perugia, Italia, los días 22, 23 y 24 de abril de 2013 y, luego,

una reunión cumbre que tuviera verificativo en la Ciudad de México, el 21, 22 y 23 de agosto de ese mismo año. Aquí, a más de las conferencias magistrales y las mesas de análisis con juristas de ambos continentes, se llevó a cabo la presentación de las dos obras producto de los trabajos del proyecto IR&RI, esto es, la *Antología sobre Derechos Individuales e Integración Regional* y el presente DICCIONARIO ANALÍTICO DE DERECHO HUMANOS E INTEGRACIÓN JURÍDICA.

Ahora bien, por lo que hace a la explicación de la segunda razón de ser de esta obra, esto es, una particular forma de ver y entender parte del proceso de integración jurídica de los países de dos continentes con importantes vinculaciones históricas y políticas, resulta menester elaborar algunas breves consideraciones.

Sin duda, detrás de la creación de este DICCIONARIO ANALÍTICO subyace una idea central y motora, consistente en que buena parte de la integración jurídica gira en torno a una piedra de toque, los derechos humanos. Estos derechos, a través de su aplicación e interpretación vía tratados internacionales por parte de tribunales supranacionales, en ambos continentes, han ido conformando un elemento jurídico (normativo y jurisprudencial) no sólo de integración, sino de reflexión, preocupación y acción compartido. Esta piedra de toque tiene implícitos un concepto y una concepción propias, en el sentido de que los procesos de integración comportan, al unísono, tanto un punto de partida -el concepto de derechos humanos en su rol de criterio de justicia y legitimidad de las democracias posteriores a la Segunda Guerra Mundial; como una visión dinámica, es decir, la aplicación o concepción de los derechos humanos en tanto elemento común que permite cierto tipo de acciones y ejercicios jurídicos prácticos, los cuales tocan la práctica totalidad de las actividades públicas de los ciudadanos en los estados de derecho contemporáneos. Tarde que temprano, cual-

quier tema jurídico desemboca, si se observa con cuidado, en un asunto o problemática de derechos humanos.

En efecto, los derechos humanos impactan el desarrollo de las dimensiones de acción jurídica, política y social en que se verifica la vida de las sociedades contemporáneas, sobre todo a partir del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Y lo hace, cuestión esta que no suele explicarse suficientemente, porque tales derechos tienen la virtud de ser un criterio, precisamente de justicia, cuya función básica, en sentido *rawlsiano*, no es otra que medir el funcionamiento de las instituciones sociales en cuanto primera virtud de dichas instituciones.⁽¹⁾

Este impacto no debe llevar a concebir los derechos humanos como una idea de propiedades y efectos mágicos -que aparece plasmada, antes y después de sus fenómenos de internacionalización y progresividad, en Constituciones y tratados internacionales-, sino como un instrumento de ejercicio cotidiano, a veces complejo y hasta doloroso, que conduce y modela un porcentaje muy importante de la actividad de las instituciones públicas propias de los distintos poderes estatales.

Esta idea de naturaleza dinámica adquiere carta de legitimidad y camina paralela al proceso de democratización de los estados europeos y latinoamericanos. Es consistente afirmar, entonces, que a mayor crecimiento en la calidad de la democracia en los estados nacionales, la preocupación por los derechos humanos no sólo irrumpe con mayor

consistencia en el discurso político y jurídico, sino que tal preocupación es más legítima y las políticas de concreción más eficaces. Ello explica, por ejemplo, sobre todo en América Latina, el lento pero progresivo proceso de reconocimiento de la competencia de órganos supranacionales, principalmente las cortes de derechos humanos, con facultades para orientar vinculatoriamente la actuación de las instituciones de los distintos estados nacionales que están sometidos, a veces a regañadientes, a su potestad.⁽²⁾

⁽²⁾ Pareciera que existe una relación directamente proporcional entre el desarrollo democrático de un país y la vigencia y relevancia de los derechos humanos en el mismo. Hay pruebas empíricas de lo anterior. Al menos, por lo que hace a América Latina, su referencia obligada tres casos, el último muy reciente en los que países con evidentes déficits democráticos han denunciado el principal tratado internacional de derechos humanos que rige al continente americano, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El primer caso tiene que ver con Trinidad y Tobago y data de 1998. Este miembro de la OEA denunció la Convención Americana luego de reiteradas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en contra de la aplicación de la pena de muerte en dicho país.

El segundo caso es el relativo al Perú, cuando en 1999, en la parte más álgida de un conflicto relacionado con graves violaciones a derechos humanos, puestas en evidencia por el sistema interamericano, el entonces Presidente Alberto Fujimori decidió denunciar el Pacto de San José.

Asimismo, el pasado 10 de septiembre surtió efectos el preaviso contemplado en el artículo 78.1 de la Convención, mismo que se interpusiera el pasado 6 de septiembre de 2012 por instrucciones del anterior Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, a fin de que ese país quedara exento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Los argumentos de Chávez y reiterados por el actual presidente Nicolás Maduro, son inaceptables para la jerga y la lógica democrática moderna en materia de derechos humanos, puesto que no se puede calificar de intervencionista o de un atentado a la soberanía de un país la actuación de órganos supranacionales cuya competencia deviene de una aceptación expresa del Estado venezolano. Lo anterior, en la inteligencia de proteger a sus propios ciudadanos de posibles violaciones a derechos humanos cometidas por las autoridades nacionales.

La actuación de la Corte IDH deja en evidencia el grave déficit democrático, denunciado antes por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del cual es muestra palpable el deterioro de los derechos humanos en el Estado venezolano. Para muestra un botón: a Venezuela se le han emitido 16 sentencias condenatorias, todas parcialmente acatadas, que lo

⁽¹⁾ En el pensamiento original de John Rawls, la justicia es un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad, es decir, el mercado libre, la familia, la propiedad privada de los medios de producción, etcétera. La justicia, aclara Rawls, no es un asunto de estricta moralidad, sino más bien una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de dichas instituciones, a las cuales corresponde la distribución de derechos y deberes fundamentales, así como el reparto de las ventajas que resultan de la cooperación social. Cfr. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 4-7.

Esos criterios orientadores, a través de opiniones consultivas o la jurisprudencia de tribunales o cortes en materia de derechos humanos, están precisamente convirtiéndose en un instrumento jurídico compartido de interpretación e integración, mismo que amplía los estándares de respeto a los derechos individuales y colectivos implícitos en la idea de derechos humanos.

Esta forma de ver y entender los derechos humanos está impactando, inclusive, a importantes bloques burocráticos de los estados nacionales aferrados a interpretaciones restrictivas de los derechos humanos. Interpretaciones que se sustentan en tradicionales criterios jurisprudenciales locales que no suelen o no están acostumbrados a tener en cuenta criterios de interpretación, como el principio *pro persona* o el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.⁽³⁾

¿Por qué esta forma de amalgamar la integración jurídica de distintos países, con tradiciones muy diferentes, es tan importante y trascendente?

Existen razones de dos órdenes. Las primeras, de impronta jurídico-filosófica y, las segundas, de orden político.

Por lo que hace a las primeras, es necesario aclarar que los derechos humanos, más allá de cualquier discurso ideológico son

obligan a cubrir indemnizaciones por al menos 9,700 millones de dólares en favor de más de 250 víctimas. Si bien es cierto que algunos de los hechos violatorios condenados por esas sentencias sucedieron antes del chavismo, no deja de sorprender que buena parte de los soldados y policías a los que se encontraron responsables por homicidios, torturas y desapariciones en las resoluciones de la Corte, son actualmente altos mandos del Ejército y la policía venezolanas.

⁽³⁾ Para una puntual explicación sobre el concepto de *corpus iuris*, véase: 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. Pueden consultarse también las voces «principio pro persona» y «corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos» contenidas en este DICCIONARIO y de las que son autores, respectivamente, Ricardo Sepúlveda y Juan J. Faundes.

primigeniamente una teoría de la justicia de orden deontológico.⁽⁴⁾ Su base filosófica se gesta en la filosofía política del siglo XVIII entre autores iusnaturalistas y contractualistas, y nace con el propósito original de erigirse en un nuevo principio de legitimidad política que justifique la legitimidad del poder estatal.

Lo más importante de esta teoría de la justicia es que delinea un criterio moral absolutamente novedoso para concebir política y jurídicamente a la persona humana. Esto es, en tanto un ser dotado de razón y, por ende, con atributos morales propios como la autonomía de la voluntad y la dignidad humana. Autonomía y dignidad que se constituyen en principios éticos centrales que laten detrás de la idea de derechos humanos y que se entienden como valladares al uso y abuso del poder y, sobre todo en los estados democráticos de derecho contemporáneos, como elementos que dan sentido y orientan teleológicamente sus políticas públicas.⁽⁵⁾

Esta concepción, con una potencia teórica e ideológica indudable, viene a constituirse primero en el motor conceptual y argumentativo que sirve para justificar movimientos sociales - revoluciones como la francesa y guerras de independencia, como la de

⁽⁴⁾ Las teorías deontológicas determinan la corrección o incorrección de las acciones humana con base en las cualidades intrínsecas de las acciones, de las que se derivan para los individuos derechos y deberes. Estas teorías, entonces, dan prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, por eso la justicia de una acción no estará en función de alcanzar determinados fines, objetivos o metas. Lo justo será, pues, lo que así resulte conforme a la norma, al derecho cuyo contenido se considera como bueno. Cfr. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004, pp. 57-57. Véase, también: ÁLVAREZ LEDESMA, *Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia*, en *Derecho Humanos México*. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Año 1, Número 1, México, 2006, pp. 9-29.

⁽⁵⁾ Cfr. ÁLVAREZ LEDESMA, *Derechos Humanos y Políticas Públicas: la función de los derechos humanos en las políticas públicas*, en *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México* (Andrea Rossi y Luis Eduardo Zavala, coordinadores), Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, México, 2010, pp. 117-153.

las trece colonias americanas, verbigracia. Desafortunadamente, mucho más tarde, esta concepción ha servido también para «justificar» otras tantas guerras e invasiones de un país a otro, empleando abusivamente la excusa de la violación de los derechos humanos, para hacer pasar como correctas acciones de política nacional e internacional ciertamente espurias. Los derechos humanos constituyen, a final de cuentas, un instrumento creado por los propios seres humanos y que puede ser bien o mal empleado. Su virtud radica no sólo en el valor intrínseco que poseen sino en la capacidad democrática y propositiva con la que sean, obviamente, empleados.

Este recuento es trascendente, porque los derechos humanos a partir de su incorporación en las Constituciones de los estados nacionales y los tratados internacionales, viene a constituirse en el parámetro de medición, el paradigma u horizonte de certidumbre de los estados que reconocen en dichos derechos una manera de condicionar, justificar y vigilar el uso del poder público.

Por eso los derechos humanos se convierten internacionalmente en un elemento de identidad común, sobre todo en países con tradiciones jurídicas muy similares, como los de Europa continental y no, y la práctica totalidad de América Latina. Papel que, sin embargo, no ha tenido la misma capacidad aglutinadora, debe reconocerse, en otros sistemas políticos distintos al democrático y en otros continentes.⁽⁶⁾

Es en virtud de todo lo anterior, que la conformación de un DICCIONARIO ANALÍTICO DE DERECHO HUMANOS E INTEGRACIÓN JURÍDICA fue concebido como un espacio de reflexión donde se han vertido e irán vertiendo los significados jurídicos y de integración jurídica propios del desarrollo de la expresión derechos humanos, así como de la infinita cantidad de voces que le vienen aparejadas. Voces que se producen, precisamente, en el contexto jurídico-político que antes se ha explicado.

Los coordinadores y los autores de esta obra consideramos que este esfuerzo editorial posea, de suyo, singular importancia porque logra recopilar en su carácter de diccionario analítico un conjunto de conceptos, voces y expresiones jurídicas vinculadas a los derechos humanos y al Derecho de la integración. La idea de calificar al DICCIONARIO como «analítico» obedece al hecho de que, en efecto, el Diccionario lo es, al menos, en dos sentidos. Para empezar, el talante con el que están redactadas las voces no es simplemente definitorio sino que comporta una amplia explicación teórica y práctica del asunto o temática sobre el que versa la voz; es decir, la analiza. Analítico es también porque un diccionario de estas características pretende que las voces se constituyan en un instrumento lingüístico para resolver o aclarar algunas de las confusiones o enredos de lenguaje que, en torno a la temática que aborda en la voz, existen. Confusiones y enredos que impiden, en muchos casos, determinar si la dogmática jurídica tradicional está lidiando con verdaderos problemas jurídicos y no con la incompreensión del sentido o alcances de una expresión jurídica.⁽⁷⁾

En esta obra participan una pléyade de juristas (académicos y no académicos) provenientes de distintos países europeos y latinoamericanos, a los cuales se convocó teniendo en cuenta los criterios que inspiran la obra y que han sido ampliamente explicitados.

Dadas las muy distintas experiencias y procedencia de los autores de las voces, se establecieron una serie de criterios comunes de or-

⁽⁷⁾ El Derecho ha hecho, cada vez más, uso extensivo de la llamada filosofía del lenguaje, la cual está íntimamente ligada a la filosofía analítica. Tiene razón en este sentido Alejandro Tomasini cuando escribe: «con la filosofía analítica los problemas filosóficos tradicionales, del área que sea, quedan encarados como problemas de una u otra manera conectados con el lenguaje, como dificultades que se traducen en interrogantes que de una u otra forma tienen que ver con él y que se superan sólo por medio de reflexiones en torno a él. (...) La idea es que lo que antes era una temática plagada de confusiones se puede ahora entender de otra manera y enfrentarla sistemáticamente con mayores probabilidades de éxito». Cfr. TOMASINI BASSOLS, *Filosofía Analítica: un panorama*, 2ª Ed., Plaza y Valdés, editores, México, 2004, pp. 11 y 12.

⁽⁶⁾ Cfr. MICHAEL IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría* (Trad. Francisco Beltrán Adell), Paidós, Barcelona, 2003.

den formal y metodológico, dejando empero a la libre expresión intelectual de cada uno el desarrollo, contenido y conclusiones analíticas de las voces. No hubo en este sentido prurito alguno de discriminación en cuanto hace a la impronta filosófica o a la corriente jurídica del autor en cuestión, lo que explica, afortunadamente, la diversidad y por ende la riqueza del DICCIONARIO.

Es oportuno aclarar, para terminar, que confiamos en que esta primera edición del DICCIONARIO ANALÍTICO no sea la única, puesto que se pretende que cada cierto tiempo, si es posible, se produzca una nueva edición, corregida y aumentada, en cuanto al número de voces y sus alcances. A tales efectos, los editores de este DICCIONARIO habremos de lanzar, en tiempo y forma, una nueva convocatoria que invite a los juristas que se consideren en aptitud para contribuir en una nueva edición. En estos casos se emitirá un listado base de nuevas voces que requiera el DICCIONARIO para hacerlo, obviamente, más completo y comprensivo.

Finalmente, hay que reconocer que una obra de esta magnitud no hubiese sido posible sin los apoyos de todo tipo que nos brindaron, principalmente, los autores. Éstos fueron capaces de entusiasmarse e ilusionarse con la concreción de una obra que, originalmente, parecía un sueño posible pero lejano. Del mismo modo, es justo agradecer al conjunto de juristas y no juristas que asistieron en las múltiples labores de revisión, corrección y edición de esta obra. Nobleza obliga mostrar nuestra gratitud a las siguientes personas, que forman parte del 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. Martínez Bulle-Goyri (Universidad Nacional Autónoma de México), Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares), Juan P. Pampillo Baliño (Red Internacional de Juristas para la Integración Americana), 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).

Los editores pensamos, con modestia pero con razonada ambición intelectual, que este DICCIONARIO puede constituirse en una obra de referencia y continuada consulta jurídica, de aplicación dogmática y práctica que, paulatinamente construida y enriquecida por los juristas de Europa y América Latina, puede contribuir a un mejor proceso de integración jurídica y a la vigencia más plena de los derechos humanos.

Lo anterior, evidentemente, en la medida, competencia y alcance de nuestras capacidades y habilidades dirigidas, sin otros afañes, a la construcción de un estado mejor de justicia en nuestras sociedades y nuestros continentes.

*Mario I. Alvarez Ledesma
Roberto Cippitani*

Autores de las voces

Adunmo, Keji Alex	Università degli Studi di Perugia
Alpa, Guido	Sapienza - Università di Roma
Álvarez Ledesma, Mario Ignacio	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey - CCM
Alvaro, Claudia Amanda	Poder Judicial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Angeletti, Silvia	Università degli Studi di Perugia
Archontaki, Chrysoula	Universidad de Alcalá de Henares
Arnold, Rainer	Universität Regensburg
Bartolini, Antonio	Università degli Studi di Perugia
Becerra Ramírez, Manuel	Universidad Nacional Autónoma de México
Bernal Ladrón de Guevara, Diana Rosalía	Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (México)
Betanzos Torres, Eber Omar	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
Bove, Mauro	Università degli Studi di Perugia
Brambila Ramírez, José Antonio	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey - CCM
Buralli Vigna, Milena Favila	Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo
Campos Becerra, Noemí	Universidad Nacional Autónoma de México
Castillo Córdova, Luis	Universidad de Piura
Cavaliere, Carla	Poder Judicial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Christ, Hedley	University of Brighton
Cippitani, Roberto	Università degli Studi di Perugia
Ciréfica, Ronan	Universidad de Alcalá de Henares
Colcelli, Valentina	Università degli Studi di Perugia
De Donno, Michelangelo	Università degli Studi di Perugia
Díaz García, Luis Iván	Universidad Católica de Temuco
El-Hachem Debek, Abderraman	Universidad de Alcalá de Henares
Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México)
Faundes Peñafiel, Juan J.	Universidad Católica de Temuco
Fernández Cruz, Héctor Francisco	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México)
Fiorio, Carlo	Università degli Studi di Perugia
González Ibarra, Juan de Dios	Universidad Autónoma del Estado de Morelos
González Martín, Nuria	Universidad Nacional Autónoma de México
Gutiérrez González, Alicia	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey - CCM

Hakansson Nieto, Carlos Guillermo	Universidad de Piura
Hallivis Pelayo, Manuel Luciano	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
Higuera Arias, Juan de la Cruz	Abogado (México)
Jiménez Carrero, Jorge Antonio	Universidad de Alcalá de Henares
Mántaras, Pablo César	Poder Judicial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel	Universidad Nacional Autónoma de México
Mensa González, Andrea	Universidad de Buenos Aires
Molina del Pozo, Carlos Francisco	Universidad de Alcalá de Henares
Montagna, Mariangela	Università degli Studi di Perugia
Munive Páez, Manuel Alejandro	Escuela Libre de Derecho (México)
Muñoz Serafín, Rodrigo	Academia Mexicana de Derecho Fiscal
Mosquera Monelos, Susana	Universidad de Piura
Olano García, Hernán Alejandro	Universidad de La Sabana
Pacheco Cornejo, Hellen Teresita	Universidad de La Frontera
Pacheco Zerga, Luz	Universidad de Piura
Palazzo, Antonio	Università degli Studi di Perugia
Palermo Buti, Thais	Sapienza - Università di Roma - CIRPS
Pampillo Baliño, Juan Pablo	Escuela Libre de Derecho - Universidad Anáhuac
Paradiso, Massimo	Università di Catania
Peña Rangel, Emilio Ricardo	Universidad Nacional Autónoma de México
Pizzolo, Calogero	Universidad de Buenos Aires
Rapalo Lichtensztein, María	Universidad de Alcalá de Henares
Rodríguez Santibáñez, Iliana	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey - CCM
Sánchez Trigueros, Carmen	Universidad de Murcia
Sanz Caballero, Susana	Universidad Carlos Herrera
Sassi, Andrea	Università degli Studi di Perugia
Scaglione, Francesco	Università degli Studi di Perugia
Scarcella, Luana	Al-Quds University (Palestina)
Sempere Navarro, Antonio Vicente	Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
Sepulveda Iguíniz, Ricardo Jesús	Escuela Libre de Derecho (México)
Stefanelli, Stefania	Università degli Studi di Perugia
Suñé Llinás, Emilio	Universidad Complutense de Madrid
Treggiari, Ferdinando	Università degli Studi di Perugia
Trisciuglio, Andrea	Università degli Studi di Torino
Vázquez, Marcelo Pablo	Poder Judicial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Voces

Acceso a la justicia	
Rodrigo Muñoz Serafin	19
Acuerdo de conciliación y circulación	
Mauro Bove	23
Adhesión de la Unión Europea al CEDH	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Jorge Antonio Jiménez Carrero	33
Asilo	
Hernán Alejandro Olano García	39
Bienes jurídicos (en el ordenamiento de la Unión Europea)	
Valentina Colcelli	41
Buena fe	
Manuel Luciano Hallivis Pelayo	49
Compromiso de los Estados de adoptar medidas	
Pablo César Mántaras	54
Comunidad de derecho	
Carlos Guillermo Hakansson Nieto	59
Conciliación de la vida profesional y laboral	
Carmen Sánchez Trigueros	60
Conflicto de jurisdicción	
Manuel Alejandro Munive Páez	64
Conocimientos tradicionales	
Hellen Teresita Pacheco Cornejo	67
Consentimiento informado a los tratamientos terapéuticos (en Europa)	
Andrea Sassi	70
Constitución	
Carlos Guillermo Hakansson Nieto	77
Control de convencionalidad (derecho constitucional)	
Luis Castillo Córdova	81
Control de convencionalidad (derecho internacional)	
Manuel Becerra Ramírez	88
«Corpus iuris» internacional de derechos humanos	
Juan Jorge Faundes Peñafiel	93
Cosmopolitismo	
Noemí Campos Becerra	96
Defensor del Pueblo Europeo	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Jorge Antonio Jiménez Carrero	101
Derecho a la empresa	
Francesco Scaglione	106
Derecho a la información	
José Antonio Brambila Ramirez	114

Derecho a la verdad	
Luis Castillo Córdova	118
Derecho a una buena administración	
Carlos Francisco Molina del Pozo, María Rapalo Lichtenzstein	126
Derecho civil europeo (funcionalización)	
Valentina Colcelli	133
Derecho de acceso a los documentos	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Chrysoula Archontaki	139
Derecho de acceso a los servicios de interes economico general	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Ronan Ciréfica	143
Derecho de la informática	
Emilio Suñé Llinás	150
Derecho de petición al Parlamento Europeo	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Jorge Antonio Jiménez Carrero	156
Derecho de peticionar ante las Autoridades y libertad de circulación	
Carla Cavaliere	161
Derecho del consumidor	
Héctor Francisco Fernández Cruz	163
Derechos de los contribuyentes	
Juan de la Cruz Higuera Arias	164
Derechos de los extranjeros (sujetos a proceso penal en la C.A.B.A.)	
Claudia Amanda Alvaro	170
Derechos de los menores	
Francesco Scaglione	173
Derechos fundamentales y derechos humanos	
Juan Jorge Faundes Peñafiel	181
Derechos humanos (en un enfoque intercultural)	
Juan Jorge Faundes Peñafiel	184
Derechos humanos (generalidad)	
Juan de la Cruz Higuera Arias	194
Derechos humanos (teoría general)	
Mario Ignacio Álvarez Ledesma	198
Derechos humanos en la normativa mercosureña	
Andrea Mensa González	209
Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)	
Andrea Sassi	213
Derechos sociales	
Roberto Cippitani	219
Derechos y libertades	
Carlos Guillermo Hakansson Nieto	226
Discapacidad	
Luis Iván Díaz García	227
Discriminación	
Luis Iván Díaz García	228
Dogmática jurídica global	
Juan Pablo Pampillo Baliño	231

Estado de derechos	
Ricardo Jesús Sepúlveda Iguíniz	239
Estándares internacionales de derechos humanos	
Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri	244
Extradición	
Hernán Alejandro Olano García	247
Facultad de investigación	
Diana Rosalia Bernal Ladrón de Guevara	249
Familia (en derecho internacional y europeo)	
Susana Sanz Caballero	251
Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)	
Antonio Palazzo	259
Foros, órganos y esquemas de la integración jurídica americana	
Juan Pablo Pampillo Baliño	264
Gobierno	
Eber Omar Betanzos Torres	272
Igualdad ante la ley y no discriminación	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Chrysoula Archontaki	278
Indemnización expropiatoria (Roma, Europa, América Latina)	
Andrea Trisciuglio	284
Informática jurídica	
Emilio Suñé Llinás	290
Integración jurídica y derecho común (historia y comparación)	
Ferdinando Treggiari	297
Integración regional (generalidad)	
Alicia Gutiérrez González	302
Integración regional y derecho comunitario	
Juan Pablo Pampillo Baliño	305
Interpretación de las Cortes regionales	
Roberto Cippitani	312
Interpretación evolutiva de los derechos humanos	
Juan Jorge Faundes Peñafiel	325
Integración jurídica americana	
Juan Pablo Pampillo Baliño	332
Integración universitaria en el Mercosur	
Thais Palermo Buti, Millena Favila Buralli Vigna	344
Ius commune americano	
Juan Pablo Pampillo Baliño	348
Jurisprudencia (función electoral)	
Hernán Alejandro Olano García	356

Libertad de artes y de investigación científica	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Chrysoula Archontaki	361
Libertad de expresión como garantía regional	
Marcelo Pablo Vázquez.....	367
Libertad de pensamiento	
Susana Mosquera Monelos	374
Libertad de religión (en el Convenio Europeo de Derechos Humanos)	
Silvia Angeletti	380
Libertad de religión (en el derecho de la Unión Europea)	
Hedley Christ	391
Libertad de reunión y de asociación	
Carlos Francisco Molina del Pozo, María Rapalo Lichtensztein.....	401
Libre circulación de las personas (alcance y límites)	
Calogero Pizzolo	406
Libre circulación de las personas (en la Unión Europea)	
Roberto Cippitani	414
Libre circulación del conocimiento	
Keji Alex Adunmo	423
Medio ambiente	
Eber Omar Betanzos Torres	432
Métodos alternativos de solución de controversias	
Rodrigo Muñoz Serafín	439
Multinacionalidad y derechos humanos	
Emilio Ricardo Peña Rangel, Juan de Dios González Ibarra	442
Nombre y apellido (en Europa)	
Stefania Stefanelli	452
Obligaciones positivas del Estado (en derecho internacional público y derecho europeo)	
Susana Sanz Caballero	466
Ordenamiento jurídico	
Juan Pablo Pampillo Baliño	474
Patrimonio intangible	
Hellen Teresita Pacheco Cornejo	485
Penas o tratamientos inhumanos y degradantes (en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos)	
Carlo Fiorio, Mariangela Montagna.....	488
Permanencias	
Antonio Palazzo	502
Personas con discapacidad	
Susana Sanz Caballero	507
Principio de proporcionalidad	
Luis Castillo Córdova	513

Principio pro persona	
Ricardo Jesús Sepúlveda Iguíniz	521
Privacidad	
Michelangelo De Donno	524
Procedimiento administrativo	
Gustavo Arturo Esquivel Vázquez	532
Propiedad (en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos)	
Michelangelo De Donno	537
Propiedad (perfiles de derecho supranacional)	
Massimo Paradiso	543
Propiedad intelectual y derechos humanos	
Iliana Rodríguez Santibáñez	548
Protección de la salud	
Carlos Francisco Molina del Pozo, Ronan Ciréfica	549
Protección de los derechos fundamentales (en Europa)	
Rainer Arnold	555
Protección del Medio Ambiente	
Carlos Francisco Molina del Pozo, María Rapalo Lichtensztein, Abderraman El-Hachem Debek	565
Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos	
Juan Jorge Faundes Peñafiel	571
Queja ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente	
Diana Rosalia Bernal Ladrón de Guevara	580
Regulación económica	
Héctor Francisco Fernández Cruz	581
Respeto a la dignidad humana	
Luz Pacheco Zerga	582
Secreto profesional	
Hernán Alejandro Olano García	591
Separación de poderes	
Carlos Guillermo Hakansson Nieto	599
Situación jurídica indemnizable (en el derecho de la Unión Europea)	
Antonio Bartolini	607
Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea	
Valentina Colcelli	617
Sociedad del conocimiento	
Roberto Cippitani	624
Soft Law	
Noemí Campos Becerra	637
Solidaridad	
Roberto Cippitani	642
Status	
Guido Alpa	649

Status en el derecho de la Unión Europea	
Valentina Colcelli	653
Sucesiones transfronterizas «mortis causae»	
Manuel Alejandro Munive Páez	659
Sufragio	
Hernán Alejandro Olano García	661
Sustracción internacional parental de menores	
Nuria González Martín	669
Tortura	
Luana Scarcella	677
Trabajo	
Luz Pacheco Zerga	682
Trabajo irregular (sumergido, clandestino)	
Antonio Vicente Sempere Navarro	685
Tutela del Medio Ambiente (Roma, Europa, América Latina)	
Andrea Triscioglio	691
Tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes	
Diana Rosalia Bernal Ladrón de Guevara	700

Acceso a la Justicia

Bibliografía: ÁLVAREZ LEDESMA, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, 2008; CARBONELL, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, 2009; CARPIZO, *Derechos Fundamentales Interpretación Constitucional la Corte y los Derechos*, México, 2011; CASAL et al., *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*, Venezuela, 2005; CASTILLA, *Acceso Efectivo a la Justicia. Elementos y Caracterización*, México, 2012; FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., México, 2003; FIX FIERRO, *Comentario al artículo 17 constitucional, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones, LV Legislatura de la Cámara de Diputados*, 4ª ed., México, 2000; GARCI, DEL TORO HUERTA, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y Transformaciones*, México, 2011; HERRERA ORTIZ, *Manual de Derechos Humanos*, México, 2011; MORENO TRAPIELLA, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Contencioso-Administrativo Español. El Caso Específico del Control Judicial de las Sanciones Administrativas*, Madrid, 2012; OLIVOS CAMPOS, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, 2ª ed., México, 2011; VALDÉS, GUTIÉRREZ (coord.), *Justicia, Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, 2001.

El Acceso a la justicia es un Derecho Humano cuyo contenido y alcance en México ha sido poco analizado hasta ahora.

En el ámbito interno, tal derecho se encuentra contemplado específicamente por el artículo 17 constitucional, complementado, en cierta medida por los diversos 14 y 16 de la Carta Magna.

De manera más amplia, este Derecho forma parte del Derecho a la Seguridad Jurídica que en su conjunto, se encuentra regulado por los artículos 14 a 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El citado artículo 17 constitucional establece lo siguiente: Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán

expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser apasionado por deudas de carácter puramente civil».

La doctrina nacional ha sido uniforme al considerar que en general, el párrafo segundo, en correlación con los párrafos primero y sexto establecen el derecho de Acceso a la justicia. Sin embargo y más recientemente es necesario incluir en esta conclusión, el contenido del párrafo cuarto cuya adición a partir de la reforma constitucional del año

2008, eleva a rango constitucional una institución que de hecho ya tenía plena operación en México, como es la llamada - en mi opinión de forma incorrecta - «justicia alternativa»⁽¹⁾.

Definir el «acceso a la justicia» de una forma que goce de cierta unanimidad sería tarea con pocas posibilidades de éxito, lo que en palabras de Jesús María Casal, obedece a circunstancias muy variadas, como la disciplina desde la que se analice, la perspectiva normativa predominante, así como por la regulación o jurisprudencia constitucional de un determinado país, entre otros⁽²⁾.

Es así que en realidad podemos encontrar tantas definiciones de este concepto como fuentes sean consultadas y para muestra veamos que por ejemplo, en una definición muy completa y compleja, Castilla Juárez la define como: «El deber primario del Estado y derecho humano-garantía del que gozan todas las personas, sin distinción alguna, para que por medio de leyes claras y sencillas o con el apoyo de un profesional del derecho calificado, puedan acceder de manera individual o colectiva por medio de un recurso efectivo, a cualquier mecanismo establecido o reconocido por la ley para la solución de controversias y determinación de derechos-libertades y obligaciones, a fin de que dentro de éste de manera equitativa y atendiendo a los márgenes y parámetros de eficiencia y eficacia, así como de respeto de los derechos humano que brindan las garantías del debido proceso y el principio pro persona, se dicte una resolución que dé solución al

problema planteado de manera equitativa y justa hasta lograr el cabal cumplimiento de ésta, con el objetivo de que toda persona, en la vida diaria, pueda realizar las conductas que sean necesarias para desarrollar su proyecto vital y una ciudadanía efectiva que a su vez nutra la consolidación de un Estado democrático y social de derecho, por medio de la redistribución de la dignidad e igualdad y un desarrollo con equidad de todas las personas»⁽³⁾.

Miguel Carbonell dice que «el acceso a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación»⁽⁴⁾.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el acceso a la justicia como: «[E]l derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la

⁽¹⁾ No se comparte esta calificación porque en mi opinión, hablar de «justicia alternativa» implica la existencia de dos tipos de justicia, la «justicia oficial» tradicionalmente encargada los órganos estatales, titular del monopolio de la jurisdicción y «otra justicia» representada por los «medios alternativos», cuando en realidad considero que sólo existe una sola justicia, pero debiendo reconocerse que al menos en la modernidad, la función jurisdiccional no es competencia exclusiva o monopólica del Estado, ya que quienes se encargan de estas formas de resolución de controversias, como serían los árbitros, también ejercen jurisdicción.

⁽²⁾ CASAL et al., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2005, p. 20 ss.

⁽³⁾ CASTILLA, *Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*, México, 2012, pp. 223-224.

⁽⁴⁾ CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2009, p. 722.

República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da»⁽⁵⁾.

Consideramos ocioso continuar plasmando definiciones del término «Acceso a la justicia», pues como se dijo y puede apreciarse de los ejemplos transcritos, existirán tantos conceptos como fuentes o autores se consulten. Sin embargo, un hecho que también puede observarse de las transcripciones anteriores y en donde tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han sido relativamente uniformes, es en el hecho de que el común denominador de todas las conceptualizaciones de «Acceso a la justicia» consiste en que todas ellas refieren a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de otros derechos o intereses o bien para resolver un conflicto.

En este sentido, como lo señala Jesús María Casal, pueden identificarse dos nociones de este concepto: una en sentido amplio y otra en sentido restringido. La primera de ellas comprende el derecho consistente en la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole previstos en un ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos o la solución de un conflicto, es decir, en términos generales la posibilidad de acudir ante una instancia facultada para ello, con el objeto de que a través de un proceso se solucione jurídicamente la situación plan-

teada, mientras que la noción de Acceso a la justicia en sentido estricto, implica un derecho subsumido en el derecho a la tutela judicial o tutela jurisdiccional efectiva⁽⁶⁾.

Resulta claro que la noción en sentido restringido del concepto comentado, queda comprendida en la de sentido amplio antes descrita, siendo ésta última, la que por su amplitud y completitud nos parece la más adecuada para evaluar el cumplimiento de este sistema al Derecho de Acceso a la justicia.

Esto, porque además, este concepto amplio conlleva consigo los elementos generalmente aceptados que comprende el referido Derecho de Acceso a la justicia, como son, entre otros, la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional, quien deberá estar previamente investido de la competencia para conocer de la cuestión que se le plantee, la equidad procesal, así como en general los elementos que conforman «el debido proceso», además de la prontitud en su resolución y la congruencia interna y externa de ésta.

Aunado a lo anterior, la noción en sentido amplio de «Acceso a la justicia» no sólo contempla los instrumentos procesales, generalmente frente al Estado, para hacer efectivo este derecho, sino que además comprenden otros medios de resolución de conflictos o de protección de derechos de carácter administrativo e incluye por tanto, no sólo a los órganos del Poder Judicial, sino a los medios alternativos de solución de conflictos, como son, entre otros y por antonomasia el arbitraje, la conciliación y la mediación⁽⁷⁾.

Consideramos que la conclusión anterior podría resumirse en el hecho de que el Acceso a la justicia va más allá de las formas y formalidades del proceso de cada país, afirmación que se ve respaldada según lo dicho por el relator en materia de acceso a la justicia de la OEA, quien en su informe Anual del Comité Jurídico Interamericano

⁽⁵⁾ N. Registro: 188804 Tesis: Jurisprudencia por contradicción. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Septiembre de 2001; p. 5, consultable en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Rubro: Justicia, Acceso A La. La Potestad Que Se Otorga Al Legislador En El Artículo 17 De La Constitución General De La República, Para Fijar Los Plazos Y Términos Conforme A Los Cuales Aquella Se Administrará No Es Ilimitada, Por Lo Que Los Presupuestos O Requisitos Legales Que Se Establezcan Para Obtener Ante Un Tribunal Una Resolución Sobre El Fondo De Lo Pedido Deben Encontrar Justificación Constitucional.

⁽⁶⁾ CASAL et al., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, cit. p. 20 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. CASAL et al., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, cit., p. 24 ss.

a la Asamblea General de ese organismo internacional, expreso que «No obstante que el acceso a la justicia no se restringe a la actividad judicial (...) el término “Acceso a la justicia” comprende el principio fundamental que es el derecho a la justicia en sí mismo, como un valor que supera las formalidades procesales y las instituciones para permitir al hombre común insertarse en el contexto de su ciudadanía»⁽⁸⁾.

Para analizar el «Acceso a la justicia» en la normativa internacional, sería necesario referirnos al *Derecho Humano a la Seguridad Jurídica*, que alude a la aplicación y cumplimiento efectivo de la ley por parte de las autoridades, a fin de garantizar el libre ejercicio de los derechos de las personas y su protección por parte del Estado en los términos y bajo las modalidades que para cada caso establezca la ley⁽⁹⁾.

Como antes se señaló, constitucionalmente, los derechos a la seguridad jurídica se encuentran previstos por los artículos 14 a 23 de la Carta Magna y son complementados, entre otros, por los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1, 8.2, 9 10 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XVIII y XXV.1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1 y 5 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

El artículo 25.1 de la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribuna-

les competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

En el mismo sentido el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

Por su parte el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que: «Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Como puede observarse, los instrumentos internacionales referidos, en términos generales coinciden en los elementos que conforman el Derecho de Acceso a la justicia antes comentados, pero consideramos que los mismos, como se dijo, complementan el concepto constitucional, pues van más allá y establecen lo que podríamos denominar una vía para su ejercicio, como son los recursos o procedimientos breves, sencillos, rápidos y efectivos⁽¹⁰⁾.

Rodrigo Muñoz Serafin

⁽⁸⁾ Comité Jurídico Internacional, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2008*, p. 196, consultable en <http://www.oas.org/es/> (consulta 20 de abril de 2013).

⁽⁹⁾ Cfr. OLIVOS CAMPOS, *Los derechos humanos y sus garantías*, 2ª ed., México, 2011, p. 153.

⁽¹⁰⁾ Un excelente y completo estudio sobre el contenido y alcance del Derecho de acceso a la justicia se encuentra en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2007.

Acuerdo de conciliación y circulación

Bibliografía: BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 863 ss.; BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1065 ss.; BOVE, *L'accordo conciliativo*, en *Società*, 2012, p. 82 ss.; BOVE, *Circolazione europea della conciliazione-titolo esecutivo*, en *Società*, 2012, p. 703 ss.; D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1065 ss.; GRUNDMANN, *Grusswort zum Mediationsgesetz*, en *SchiedsVZ*, 2012, pp. 229-230; GULLO, *Das neue Mediationsgesetz: Anwendung in der wirtschaftsrechtlichen Praxis*, en *GWR*, 2012, p. 385; HERREO PEREZAGUA, *Escritura y acuerdo del mediación: el título ejecutivo*. *BIB 2012/1141*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2012; KREISSL, *Mediation von der Alternative zum Recht zur integration in das staatliche Konfliktlösungssystem*, en *SchiedsVZ*, 2012, p. 230 ss.; LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, en *Il giusto proc. civ.*, 2011, p. 325 ss.; STÜRNER, *Mediation in Germany and the european directive 2008/52/CE*, en TROCKER, DE LUCA (coord.), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, pp. 45-46.

1. Premisa. En el sistema de los medios para la resolución de los conflictos civiles, la mediación, posible siempre que estén en juego los derechos disponibles, está exactamente a medio camino entre los medios autónomos y los medios heterónomos. La mediación es un medio autónomo, ya que si el camino llega a buen puerto, el acuerdo de conciliación alcanzado es un contrato entre las partes, con todas las características de una transacción. Esto se debe a que el papel del mediador no consiste en brindar una solución, ni vinculante, al conflicto entre las partes, sino en favorecer, a través del diálogo, la aparición de los intereses en juego que, precisamente en la conciliación alcanzada tienen su nuevo punto de equilibrio, eliminando as los contrastes previos. En definitiva, el mediador no propor-

ciona a los litigantes la norma concreta para resolver el conflicto, sino que desempeña el papel del amigo común que con mayéutica saca de las propias partes lo necesario para superar el contraste. Sin embargo, al mismo tiempo, especialmente en las leyes estatales que han aplicado el art. 6 de la Directiva n. 52 de 2008, la mediación comparte, por así decirlo, algo que tienen los medios heterónomos, especialmente cuando una determinado mediador parece ser una figura que desempeña un papel esencial para poder atribuir a la conciliación la fuerza ejecutiva (*enforcement*), puesto que precisamente este fortalecimiento de la conciliación es posible sólo si es el resultado, no sólo de la cooperación entre los litigantes, sino también de la aportación en términos de estímulos por parte del mediador que opera de conformidad con su legislación nacional de referencia.

Ahora es necesaria tanto una premisa de tipo sistemático general, como algunas detalles preliminares, antes de analizar las distintas legislaciones nacionales que, tras la Directiva mencionada arriba, encaminada a fomentar el uso de la mediación como sistema para resolver los conflictos civiles, alternativo al juicio estatal y al arbitraje, encararon el problema del *enforceability* (carácter ejecutorio) del acuerdo logrado.

Con respecto a la premisa general, cabe destacar que es todavía y siempre necesario distinguir entre el perfil del acuerdo de conciliación y el perfil del acta formal que la especifica.

La conciliación como contrato tiene fuerza de ley entre las partes y se rige por las normas sustantivas del derecho civil. Esto, lejos de ser una forma de justicia alternativa, es una alternativa a la justicia que surge en una negociación. Por lo tanto, en los diferentes Estados se rige por las normas sobre los contratos en general y por las normas sobre la transacción en particular, con todo lo que esto implica con referencia a las razones y las

vía para impugnarla. En definitiva, este perfil no se ve afectado por las leyes estatales que han implementado la Directiva n. 52 de 2008 sobre *enforceability*.

En cambio, la necesidad de que el acta adquiera carácter ejecutivo, un perfil este que de por sí normalmente no se rige por las normas civiles específicamente relacionadas con la transacción, es otra cuestión. De este perfil, por lo tanto, se ocupan las normas estatales concebidas específicamente para implementar la mencionada Directiva sobre la mediación, dado que de por sí las normas del Código Civil (L.E.C. en España) no suelen ser suficientes para este propósito.

Pues bien, nuestra tarea es precisamente la de analizar este segundo aspecto, que está vinculado con la aplicación del art. 6 de la Directiva n. 52 de 2008.

En cuanto a las matizaciones preliminares, procede recordar, en primer lugar, que frente al problema general de la mediación como herramienta para resolver los litigios, los Estados europeos habían mostrado diferentes grados de sensibilidad antes de la Directiva. Por lo tanto, tras y como consecuencia de esta Directiva, algunos Estados, como por ejemplo Italia, adoptaron por vez primera una ley general sobre media-conciliación, que reglamentara distintos aspectos, que sólo sobre la base del derecho civil no estaban satisfechos, mientras que otros, como Francia, aprovecharon la oportunidad para reformular a raíz de la Directiva comunitaria una legislación en una materia preexistente. En segundo lugar, ya que nuestra tarea es encarar sólo el problema de la fuerza ejecutiva, es oportuno recordar los datos normativos comunitarios más relevantes. Se encuentran principalmente en dos *considerandos* de la Directiva. El n. 19, que dice lo siguiente: «La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva.

Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole». Y el considerando n. 20, que dice lo siguiente: «El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental». Así en el art. 6 de la Directiva, que dice lo siguiente: «1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. 2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud. 3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2. 4. Lo dispuesto en el presente artículo

no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1». En tercer lugar, hay que señalar que si la directiva desea el *enforcement* de conciliaciones realizadas con la colaboración, no de cualquier persona, sino de mediadores calificados, también es cierto que el art. 4 sobre la calidad de la mediación se ha aplicado de formas muy diferentes en los Estados. Es cierto que este no es el lugar para ahondar en el tema. Pero cabe señalar, aunque brevemente, que además de los Estados donde hay un verdadero sistema de acreditación, con la consecuencia que sólo las conciliaciones alcanzadas ante los organismos acreditados, o al menos ante mediadores acreditados puede ambicionar a obtener el *exequátur*, hay otros en los que esta materia es mucho más fluida, por lo que en estos últimos parece que, cuando la conciliación, para el propósito del carácter ejecutivo que tendrá que adquirir, está sujeta a escrutinio, una cuestión similar cobra importancia.

Finalmente, como última premisa, cabe recordar que, en consideración del hecho de que el art. 1 de la Directiva n. 52 de 2008 se refiere únicamente a «litigios transfronterizos», en los varios Estados, la obligación de transponerla se ha cumplido más o menos extensamente. Así, frente a los Estados que han implementado la Directiva, con referencia a la cuestión específica del *enforcement*, tanto por lo que atañe a las conciliaciones «internas» como a las transnacionales (por ejemplo, Francia, Italia, Luxemburgo), hay otros que, en cambio, implementaron la Directiva sólo en el estrecho ámbito de los litigios transfronterizos (por ejemplo el Reino Unido). Hasta llegar a los Estados que conscientemente optaron por no implementar la Directiva, ya que consideraron que la normativa preexistente fuera suficiente, en virtud de la cual se atribuía y se seguirá atribuyendo fuerza ejecutiva a las conciliaciones para resolver los conflictos civiles: por ejemplo, Alemania y Polonia, de los que volveremos a ocuparnos.

2. La solicitud de *exequátur*. Si bien es cierto que la conciliación es la culminación exitosa de un recorrido en el que, por supuesto, el diálogo entre las partes ha dado un salto cualitativo cuántico, entonces no debería surgir un problema de falta de aplicación del acuerdo. En definitiva, un comportamiento no cooperativo de las partes al concluirse la conciliación parece desmentir la cooperación que se había observado durante la mediación. Sin embargo, ya que siempre es posible que la experiencia jurídica saque perfiles patológicos, en los diferentes Estados se contemplan caminos para llegar a que la conciliación tenga fuerza ejecutiva, siendo el primer y fundamental interrogante: su ejecución puede ser solicitada por una de las partes o es necesario que la solicitud proceda de todas las partes del acuerdo? El art. 6 de la Directiva n. 52 de 2008 obliga a los Estados a asegurar que se logre el objetivo cuando la solicitud procede de todas las partes o incluso de una de las partes, pero si en este caso hay consentimiento expreso por parte de todas las demás. Sin embargo, si esto representa, por así decirlo, un umbral mínimo, las leyes de transposición han tomado decisiones diferentes. Hay Estados que han facilitado el camino, previendo la posibilidad que la solicitud proceda sólo de una parte, independientemente del consentimiento de la otras. Así: Italia (art. 12 del Decreto Legislativo n. 28 de 2010); Luxemburgo (arts. 1251-22, tras la Ley de 24 de febrero de 2012), pero sólo en el caso de conciliaciones «internas», mientras que para las conciliaciones transfronterizas la solicitud puede ser presentada por una de las partes, pero sólo si cuenta con el consentimiento de las otras; Grecia (art. 9 de la Ley n. 3898 de 2010), donde es el medidor quien presenta al juez la solicitud, también a instancia de sólo una de las partes. Sin embargo, hay otros Estados - la mayoría - donde la solicitud de *exequátur* exige un acuerdo entre las partes. Así: Bélgica (art. 1733 del Código de Procedimiento Civil); España (art. 25 del Real Decreto n. 5 de 2012); Reino Unido, que ha implementado la Directiva sólo para las conciliaciones transnacionales (de acuerdo a los cambios

introducidos en las normas *Civil procedure rules* vigentes desde 2011); Irlanda, que ha implementado la Directiva sólo en el caso de las conciliaciones transfronterizas (es una ley de 2011, pero ya se está debatiendo un proyecto de reforma que debería ampliar el ámbito de aplicación); Malta (art. 17b de la Ley llamada *Act XVI* de 2004, modificada por la *Ley Act XI* de 2010); Suecia (para la conciliación que tiene que ser confirmada por el órgano jurisdiccional de la causa pendiente se prevé una norma del Código de Procedimiento Civil, mientras que para la solicitud de *exequatur* para la conciliación lograda sin pleito pendiente se prevé una ley de 2010 que implementa la Directiva); Chipre (art. 20 de la ley de transposición); Lituania (art. 6 de la Ley de 2008, modificada en 2011); Finlandia (sección 20 de la reglamentación de 2011); Portugal (art. 248 - *b* de la ley de transposición de 2009); Bulgaria (art. 17 de la ley de 17 de diciembre de 2004, n. 110, modificada primero en 2006 y luego en 2011); Rumania (arts. 58, 59 y 61 de la Ley n. 192 de 2006, enmendada primero en 2009 y luego en 2010). Un poco más complejo es el sistema francés, por lo que procede hacer varias distinciones. La norma general está incluida en el art. 1534 del Código de Procedimiento Civil, corregido por la ley de enero de 2012, que dispone que: «la petición de homologación del acuerdo resultante de la mediación se presenta ante el Tribunal a instancia de todas las partes de la mediación o de una de ellas, con el consentimiento expreso de las otras». Pero junto con esta disposición cabe leer también el art. 1541 del Código de Procedimiento Civil, que establece que en el caso de que el acuerdo se alcance ante un «conciliador de justicia», sólo hará falta la solicitud de una de las partes, a no ser que una de las partes se hubiera opuesto en el acta del acuerdo, una fórmula que vuelve a ser rígida también en este contexto cuando se trate de una conciliación para un conflicto transfronterizo, en cuyo caso se vuelve la previsión de que la solicitud debe ser presentada por todas las partes, o por una de ellas si las otras lo han permitido explícitamente. Además, el art. 1568 del Código

de Procedimiento Civil, siempre tras y como consecuencia de la ley de 2012, previendo que las disposiciones comunes en materia de conciliación (arts. 1566-1567 L.E.C.) también se aplican a una transacción finalizada sin un mediador, establece, basándose en lo establecido sobre las transacciones en el art. 1441-4 del Código de Procedimiento Civil, que el órgano jurisdiccional al que se presenta la demanda de *exequatur* es solicitado por la parte más diligente o por ambas partes, lo que excluye, en este caso, el acuerdo de todas las partes.

Entre los países donde las legislaciones son aún insuficientes ciertamente hay que citar a Eslovaquia y Polonia, que no transpusieron la Directiva n. 52 de 2008. En Eslovaquia sigue vigente una ley de 2004, que (art. 15) se limita a establecer que un acuerdo de conciliación puede ser título ejecutivo si se ha redactado en forma de acta notarial o ha sido aprobado por un juez, sin que se especifique cómo en este segundo caso se puede lograr el resultado, si a instancia de una sola parte o de todas. Incluso en Polonia está previsto que a partir de 2005 el acuerdo de mediación pueda ser título ejecutivo si ha sido aprobado por un juez, pero sin especificar otros detalles. Pero también en Eslovenia, donde la Directiva se traspuso mediante una ley de 2008, no está prevista una manera *ad hoc* específica de implementar el art. 6 de dicha Directiva. En definitiva, el procedimiento de homologación está sin regular, debiendo el acuerdo de conciliación, para tener fuerza ejecutiva, refluir en un acta notarial, en una conciliación judicial o en un laudo arbitral. Si el acuerdo se ha redactado en forma de acta notarial, su *ejecución* es posible, de conformidad con la Ley notarial del Estado, si el obligado está de acuerdo. En el caso de un laudo arbitral, es obvio que será el laudo a poder contar con *exequatur*. Prescindiendo de estos casos, la persona interesada podrá intentar lograr el resultado recurriendo ante un órgano jurisdiccional, ante un juez: lo del asunto pendiente, si todavía está pendiente el juicio sobre el conflicto, o ante el Tribunal local, al que el interesado recurre de conformidad con el art. 309 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, una cuestión diferente es el caso de Alemania. El proyecto de ley para la transposición de la Directiva n. 52 de 2008 preveía la inclusión de una disposición *ad hoc* (n. 796d) en el Código de Procedimiento Civil para la *ejecución del* acuerdo de conciliación. Pero al final, en el debate se puso de manifiesto la convicción que tal disposición que lo previera era inútil, considerando que los instrumentos preexistentes eran de por sí suficientes. Así que la ley de 2012 eliminó esa disposición, quedando en aquel sistema vigentes simplemente los instrumentos que ya eran disponibles antes, regulados en los arts. 794 ss. ZPO (Código de Procedimiento Civil alemán). Estas normas dan una idea de un sistema muy complicado, dependiendo del tipo de conciliación que se quiere «fortalecer»: **1)** la conciliación que las partes logran ante un órgano jurisdiccional o una institución reconocida por el Ministerio de Justicia; **2)** la que se ha traducido en un documento notarial de conformidad con el n. 794, n. 5, ZPO; **3)** la que se alcanza mediante los abogados de las partes, que tendrá fuerza ejecutiva sólo si el deudor está sujeto a la ejecución y siempre que el acuerdo de conciliación no sea contrario al orden público o de todas formas no sea ineficaz; y **4)** la conciliación para la que se solicita la ejecutoriedad a un notario con arreglo al n. 796c ZPO, a condición de que todas las partes lo soliciten. A la estela de Alemania, luego, se coloca Hungría, cuya ley sobre la mediación, ya en vigor antes de la Directiva n. 52 de 2008 y luego integrada, sin embargo, no se ha retocado con respecto a su *fuerza ejecutiva*, siguiendo estando en vigor tan sólo las reglas preexistentes, que hacen referencia al papel del notario, o del Juez Estatal o del árbitro, elección a la que se adhirió la doctrina, considerando que la normativa anteriormente vigente fueran suficiente para satisfacer los requisitos del art. 6 de dicha Directiva.

3. Las condiciones del *exequátur*. El art. 6 de la Directiva n. 52 de 2008 establece que los Estados miembros podrán rechazar que el acuerdo se haga ejecutivo cuando dicho acuerdo es contrario a la legislación nacio-

nal, o cuando no contempla su carácter ejecutivo. Esta indicación orientativa se ha implementado en los varios Estados de diferentes maneras, añadiendo algunos, de manera explícita o implícita, unas condiciones adicionales, y previendo otros un examen más detenido que el control general sobre la no contrariedad a la ley nacional, por lo que es más fácil la homologación de un acuerdo de conciliación frente a la perspectiva que había tomado la Directiva. Desde el primer punto de vista, es importante recordar lo que ya se ha dicho en la introducción a esta publicación, a saber, sólo algunos Estados han establecido un mecanismo para la acreditación de los organismos de mediación o de los mediadores.

Entre los países que han cuidado más de esto procede citar Bélgica e Italia. En Bélgica, el art. 1733 del Código de Procedimiento Civil establece que para un acuerdo que procede, no de un individuo cualquiera, sino de un mediador autorizado por la Comisión Federal de Mediación con arreglo al art. 1727 del Código de Procedimiento Civil, se puede contemplar el *exequátur*. Y, además, en este Estado, los requisitos formales necesarios aumentan con la previsión de que la conciliación debe obtenerse de acuerdo con los arts. 1731 y 1732 del Código de Procedimiento Civil, que establecen las normas de procedimiento de la mediación, entre las que destaca la necesidad de un protocolo (básicamente un acuerdo) firmado por ambas partes sobre los aspectos de procedimiento de la mediación y los requisitos de la formal validez del acuerdo, es decir, la fecha y las firmas de las partes y del mediador acreditado. No muy diferente es el sistema Italiano. Procede matizar que no son acreditados los mediadores, sino las organizaciones para las que estos mediadores trabajan. Por eso, cuando en virtud del art. 12 del Decreto Legislativo n. 28 de 2010 se establece que el *exequátur* se concede previo control de la regularidad formal, evidentemente el órgano jurisdiccional debe comprobar no sólo que existe un acuerdo firmado por las partes, sino también que esté la firma de las actas levantadas por un mediador que procede de un organismo acreditado.

A esos Estados parece que tenemos que añadir también la legislación griega, que establece un sistema de acreditación, por lo que, según parece, en Grecia es relevante que el acuerdo proceda de una persona acreditada. Pero hay otras legislaciones, y creo que son la mayoría, en las que la necesidad de promover la calidad de la mediación, de acuerdo con el art. 4 de la Directiva no. 52 de 2008, no se implementa con mecanismos formales de acreditación, por lo que este aspecto es relevante para la concesión o denegación del *exequátur*. Por lo tanto, hay legislaciones que no contemplan nada a este respecto. En cambio, hay otras, como por ejemplo la francesa (art. 1533 Código de Procedimiento Civil), que simplemente proporcionan los requisitos que todo mediador tiene que reunir, pero sin calificar su ausencia como si fuera una condición para denegar el *exequátur*. Y luego hay otras legislaciones en las que todavía, a pesar de que esté previsto un mecanismo de acreditación, permiten explícitamente a personas no acreditadas la posibilidad de llevar a cabo mediaciones, como por ejemplo Luxemburgo (art. 1251-3 Código de Procedimiento Civil) y Austria (art. 433 Código de Procedimiento Civil). Desde el segundo punto de vista, la situación es muy variada. En primer lugar hay que distinguir entre los Estados que han reglamentado la materia y los Estados que no tienen nada previsto. Con referencia a este segundo grupo de países (Francia, Austria, Grecia, Polonia, Eslovenia, Estonia, Portugal) es preciso señalar que el *exequátur* en general se puede denegar si, como dice el art. 6 de la Directiva n. 52 de 2008, el acuerdo es contrario a la legislación nacional (16), con independencia del hecho de que un sindicato en este sentido normalmente pueda ser sumario. En comparación con los otros se necesita paciencia para comunicar las diversas especificaciones realizadas en las diferentes legislaciones, que pueden ser más o menos específicas. En efecto, si algunos Estados en realidad han simplemente repetido la fórmula del art. 6 de la Directiva (Reino Unido, Irlanda, Malta, España, Bulgaria, Chipre, Lituania, Finlandia), en cambio otros han tomado decisiones más específicas y puntuales.

Algunos - Bélgica, Luxemburgo y Suecia - han restringido el derecho a rechazar el *exequátur* cuando el acuerdo viola el orden público.

4. Cómo obtener el *exequátur*: el órgano jurisdiccional competente. Una vez identificado el perímetro de los conocimientos necesarios a fin de conceder o no el *exequátur*, procede analizar la forma de conseguirlo, o sea, el camino que hay recorrer para que adquiera carácter ejecutivo. El punto de partida se encuentra en el art. 6 de la Directiva n. 52, 2008, cuando dice: «El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud».

Surgen en este sentido varias preguntas: **1)** ¿A quién se solicita el *exequátur*?; **2)** ¿Hay que distinguir si la conciliación interviene durante la pendencia del juicio sobre el litigio conciliado o independientemente de esta pendencia?; **3)** ¿Los distintos Estados cuentan con las normas de procedimiento *ad hoc* que regulan este camino?; **4)** ¿Se proporcionan los recursos contra la decisión del juez?; **5)** ¿Es necesario distinguir a este respecto entre la resolución denegatoria y de aceptación de la solicitud de *exequátur*?, y ¿Qué está excluido o resulta inaccesible en el caso de un proceso de declaración, posterior, después del agotamiento de este camino. Frente a estas preguntas, procede señalar que hay Estados que prácticamente no han desarrollado ninguna disciplina, o han planteado sólo algunas disposiciones escasas. De momento, en Austria y en el Reino Unido no hay nada que esté regulado a este respecto, por lo que le corresponderá a la doctrina de estos países llenar las brechas.

Entre los que, en cambio, han abordado con más detalle los problemas de procedimiento, procede señalar, haciendo referencia a las dos primeras preguntas, que la línea de distinción pasa esencialmente por aquellos Estados que anclan la competencia con el propósito de obtener el *exequátur* a la com-

petencia relacionada con el conflicto, y los Estados que, en cambio, prescinden de la referencia al Tribunal que hubiera sido competente para resolver el litigio, y que miran hacia el lugar donde se ha alcanzado el acuerdo de conciliación. Encima de esta distinción se pone aquella entre los Estados que distinguen en función de si la conciliación ha sido remitida al órgano jurisdiccional del pleito ya pendiente y los Estados que, por el contrario, no hacen ninguna diferencia, remitiendo la homologación al mismo órgano jurisdiccional.

Entre estos últimos está Italia, con una disciplina que resulta ser poco razonable ya que el art. 12 del Decreto Legislativo n. 28 de 2010 requiere que el interesado trámite la solicitud de *exequatur* al presidente del Tribunal en cuyo distrito está la sede del organismo que ha gestionado la mediación, incluso si el pleito es pendiente ante otro juez. Este modelo es compartido por Grecia. Otros Estados, en cambio, optaron por atribuirle al órgano jurisdiccional del pleito pendiente la tarea de hacer ejecutivo el acuerdo alcanzado, en una mediación remitida al órgano jurisdiccional o de todas formas voluntaria, el *enforcement*.

Esto pasa en Francia, Bélgica, Irlanda, Suecia, España, Bulgaria, Chipre, Lituania, Polonia, Eslovenia, Estonia. Se puede suponer que el principio también se aplica a aquellos países que, sin distinción entre acuerdos de conciliación alcanzados cuando el litigio está todavía pendiente o cuando no lo es, por lo general remiten el *exequatur* al órgano jurisdiccional que hubiera sido competente para el conflicto. Así Luxemburgo, donde los arts. 1251-22 y 24 del Código de Procedimiento Civil establecen que la solicitud de homologación debe tramitarse al presidente del Tribunal del distrito en el que está domiciliada la persona contra la que se ha solicitado la homologación o, en lugar del domicilio, su residencia, aclarando que, si la persona no tiene su domicilio o residencia en Luxemburgo, el órgano jurisdiccional competente será aquel en cuyo distrito se debe llevar a cabo la ejecución. Así incluso Malta, donde por lo general el *exequatur* se solicita al órgano

jurisdiccional que hubiera sido competente para conocer del asunto. Si no se trata de un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional, la decisión mayoritaria es que se identifique el órgano jurisdiccional que hubiera sido competente para la decisión del litigio. Así, en Bélgica y Francia. Es digna de mención a parte Irlanda que transpuso la Directiva sólo para Suecia, Chipre, Lituania, Estonia, Finlandia. Esta es una decisión que, en esencia, tomó también Alemania, aunque, como se mencionó anteriormente, no transpuso la Directiva, conformándose con las normas preexistentes. De hecho, entre otras, procede recordar que las disposiciones pertinentes del ZPO establecen que el acuerdo alcanzado por medio de los abogados de las partes puede adquirir carácter ejecutivo del órgano jurisdiccional que hubiera sido competente para el pleito.

5. Sigue. Las normas de procedimiento, la medida, los remedios. Es obvio que el camino para llegar al *exequatur* debe ser sencillo y rápido, dado que, además, como aclararemos más adelante, no se tendrá que realizar una función declarativa. Sin embargo, las legislaciones nacionales no siempre se comprometen en identificar las reglas de este recorrido, obligando a las doctrinas locales a hacerse cargo de identificar las normas procesales estatales más adecuadas para la situación. Así que, por ejemplo, este es el caso de Italia, un sistema en el que, dado que la norma de referencia (art. 12 del Decreto Legislativo n. 28 de 2010) no establece nada acerca de las reglas de procedimiento por cumplir, nadie duda de que estas se tengan que sacar de los artículos del Código de Procedimiento Civil por que se rige el *rito camerale*, procedimiento de la cámara, típico de las actividades de jurisdicción voluntaria, aunque a veces el legislador lo ha utilizado excepcionalmente con el fin de llevar a cabo actividades de jurisdicción contenciosa. Como consecuencia, nadie duda de que contra la decisión del órgano jurisdiccional, que puede denegar o conceder el *exequatur*, se pueda utilizar el recurso-remedio que en general está previsto en ese rito.

Falta entonces una referencia explícita a las normas aplicables. Por lo tanto, nada explícito se establece, ni siquiera con referencia a los recursos utilizables contra la decisión del órgano jurisdiccional, en casi todos los países de la Unión Europea.

A este respecto, las excepciones son Bélgica y Francia. En Bélgica, el art. 1733 del Código de Procedimiento Civil remite a los arts. 1025-1034 DEL Código de Procedimiento Civil, que regulan el procedimiento de la cámara, indicando únicamente que, si por lo general en este rito las partes deben estar representadas por un abogado (art. 1027 del Código de Procedimiento Civil), cuando todas las partes involucradas en la mediación han solicitado *exequátur*, dichas partes pueden firmar la solicitud personalmente. La misma lógica se sigue en Francia, donde la homologación es, precisamente, una actividad de jurisdicción voluntaria, especificándose aquí (art. 1566 del Código de Procedimiento Civil) que el órgano jurisdiccional puede decretar sin procedimiento contradictorio alguno, a no ser que considere necesario oír previamente a las partes. En cuanto a los litigios transfronterizos, establece que, en el caso de una conciliación transfronteriza finalizada sin un juicio pendiente, la solicitud de *exequátur* se tramita al *Master* de la *High Court*. Sin embargo, en estos dos países la cuestión del recurso utilizable contra la decisión del órgano jurisdiccional se ha encarado de diferente manera. De hecho, si en Bélgica no se prevé nada de específico acerca de la medida relativa a la solicitud de *exequátur* relacionada con la conciliación, por lo que aquí, por lo general, se utilizará el recurso ordinario de apelación que, en el marco del procedimiento de cámara, se rige por el art. 1031 del Código de Procedimiento Civil, en Francia, en cambio, hay una norma *ad hoc* para la homologación de la conciliación, a saber el art. 1566 del Código de Procedimiento Civil, que establece un recurso contra la denegación de la homologación, especificando que el órgano jurisdiccional procede de acuerdo con el procedimiento voluntario. Otra historia es Alemania, en cuyo sistema - que, repetimos una vez más, no ha trans-

puesto la Directiva relativa a la cuestión del carácter ejecutorio, conformándose con sus disposiciones anteriores - hay que distinguir entre la fuerza ejecutiva asignada por el órgano jurisdiccional a un acuerdo alcanzado mediante los abogados de las partes, y la ejecución por el hecho de que el acuerdo se ha traducido en un acta pública. En el primer caso, se trata una resolución contra la que no cabe recurso alguno (n. 796b ZPO), mientras que, en el segundo caso, el interesado podrá interponer recurso ante el Tribunal que hubiera sido competente para el pleito únicamente contra la denegación de *exequátur*, que también debe ser motivado (así dice el n. 796c ZPO, que remite al n. 796b ZPO).

6. Eficacia de la medida. Si bien el tema no surge con mayor claridad, parece, sin embargo, que no se puede excluir que de la medida arbitrada por el juez al momento de la homologación pueden derivarse exclusiones en un eventual, y posterior, proceso de declaración. En otras palabras, no desempeñando el órgano jurisdiccional, que ha de determinar la eficacia ejecutiva del acuerdo de conciliación, una función declarativa, no es posible proporcionar aquí verificaciones preclusivas y excluyentes para el futuro. Por lo tanto, el interesado podrá impugnar tanto la ejecución, en una hipotética oposición a la ejecución, como la validez del contrato de transacción, que resuelve la conciliación, alegando los vicios de negociación que en los diferentes sistemas, por lo general, establecen las normas sobre los contratos y, en particular, las normas por las que se rige la transacción. Estas afirmaciones parecen desmentidas por normas como el art. 1733 del Código de Procedimiento Civil belga, que establece que el auto de homologación tendrá fuerza de cosa juzgada de acuerdo con el art. 1043 del Código de Procedimiento Civil, o normas como el art. 2052 del Código Civil francés, que, con independencia del fenómeno de la conciliación y de su eventual homologación por una orden judicial, atribuyen a la transacción la fuerza de cosa juzgada. Pero, en realidad, en este caso podría haber malentendidos. En cuanto al caso belga, es evidente que con la

referencia a la cosa juzgada sólo se quiere hacer hincapié en el carácter definitivo de la medida de homologación, sin que por ello se quiera impedir el establecimiento de un proceso de declaración posterior con el que, hipotéticamente, se lamente la invalidez y nulidad del contrato firmado entre las partes.

Con referencia al principio que se desprende del Código Civil francés, no pudiendo, ni siendo oportuno abrir ahora un debate caliente sobre temas de teoría general que nos llevaría demasiado lejos, nos limitaremos a decir que la referencia a la cosa juzgada en relación con un contrato, a pesar de tener como causa jurídica la resolución de un conflicto, no quiere decir que no haya ninguna investigación, ninguna operación de subsunción jurídica que, en cambio, es típica de la sentencia, por lo que con esa referencia sólo se quiere decir que la transacción es un acto de formación práctica, que supera la realización del ordenamiento que ya se ha producido determinándose en concreto el caso de autos que en abstracto establece una norma de Derecho. En definitiva, la transacción, al igual que la sentencia, rompe el vínculo entre el caso específico, la regla general y el efecto previsto, al presentarse como un acto de (nueva) reglamentación concreta, por lo que con ella se resuelve el litigio, así como hubiera podido resolverse mediante una sentencia. Pero esto no quiere decir que el régimen jurídico del acta (el contrato) sea de hecho muy diferente del régimen jurídico de la sentencia, dada la diversidad estructural y funcional entre el contrato y la sentencia. Esto, por su lado, realmente significa, en esencia, que la transacción puede ser impugnada del mismo modo que se impugna un contrato.

7. La circulación del acuerdo en Europa.

La Directiva n. 52 de 2008 ha tratado de fomentar en Europa la circulación de las conciliaciones realizados en los Estados miembros, imaginando precisamente que el contrato se haya celebrado y haya adquirido fuerza ejecutiva en un Estado miembro, y que se quiere que adquiera carácter ejecutivo en otro Estado miembro. Esto se desprende del

considerando n. 20 y del último párrafo del art. 6 de la Directiva, que se refiere tanto a la normativa comunitaria como a las leyes nacionales en materia de reconocimiento y ejecución.

En honor a la verdad, la Directiva, desde este punto de vista, contiene declaraciones de principio que, si por un lado y en cierta medida son evidentes, por otro, no ayudan al intérprete frente a unas legislaciones nacionales que no siempre hacen frente al problema de que se trate. En efecto, prescindiendo de las especificaciones en las legislaciones nacionales, parece obvia la afirmación según la cual un acuerdo que ha adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro sin duda puede hacerse ejecutivo en otro Estado miembro a través de la utilización de los instrumentos comunitarios, imaginando entre ellos la referencia al art. 24 del Reglamento n. 805 de 2004, en el caso de pago de sumas de dinero, o, más en general, la referencia al art. 58 del Reglamento n. 44 de 2001. Por consiguiente, me parece que no son muy significativas las disposiciones como, por ejemplo, la que establece el art. 1535 del Código de Procedimiento Civil francés, en el que, sólo para volver a referirse a dicha Directiva, establece que «cuando una jurisdicción o una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea hizo ejecutivo el acuerdo resultante de una mediación de conformidad con condiciones establecidas por las disposiciones del art. 6 de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el acuerdo es reconocido y declarado ejecutivo en Francia, en las condiciones previstas en los artículos 509-2 hasta 509-7». Aquí el problema real es: ¿puede el órgano jurisdiccional de un Estado miembro homologar la conciliación procedente de otro Estado miembro, gestionada (y por lo tanto firmada) por un mediador que ha operado cumpliendo una ley distinta de la del Estado que ha solicitado su homologación, sin que este acuerdo de conciliación ya tenga fuerza ejecutiva en «su Estado»? ¿En definitiva, se puede evitar el doble *exequatur*?

Algunas legislaciones estatales han proporcionado una respuesta explícita a este interrogante, mientras que otras han respondido implícitamente, y otros todavía no han dado ninguna respuesta.

Entre las primeras destaca la ley de Luxemburgo, donde el art. 1251-23 del Código de Procedimiento Civil reconoce explícitamente que pueden adquirir carácter ejecutivo en aquel País los acuerdos de conciliación que se hayan celebrado en otro Estado miembro de la Unión Europea, y que en éste, en cambio, no tenga fuerza ejecutiva, especificando que en este caso, por un lado, la solicitud, a diferencia de lo previsto en el caso de conciliaciones «internas», debe proceder de todas las partes o también de una de ellas, pero con el consentimiento de la otra, y, por otro lado, que el órgano jurisdiccional competente para su homologación es el órgano jurisdiccional donde el acuerdo debe ser ejecutado. España también distingue, en relación con el problema de la circulación, entre las conciliaciones que han recibido el *exequátur* en el país de origen y los acuerdos que aún no han sido homologados en el «propio» país, admitiendo su recepción directamente. En este Estado no hay ninguna diferencia con respecto a quién tiene legitimidad para presentar la solicitud, ya que para todas las conciliaciones, internas y transfronterizas, siempre es necesario que todas las partes estén de acuerdo. La diferencia es más bien el objeto del conocimiento y competencia del órgano jurisdiccional, que, si debe comprobar la contrariedad al derecho en el caso de las conciliaciones internas, debe limitarse al control de no contrariedad al orden público en el caso de las conciliaciones transfronterizas (artículo 27 de la Ley de 2012).

Para terminar vamos a analizar el caso de Finlandia. El artículo 25 de la Ley de 2011 establece que las normas establecidas para la obtención del *exequátur* también se aplican a los acuerdos alcanzados en otros países europeos, si son el resultado de un proceso llevado a cabo de acuerdo con normas compatibles con las normas finlandesas. Entre las legislaciones que admiten implícitamente la «recepción» de los acuerdos de conciliación

alcanzados en otro Estado miembro de la UE, en mi opinión, está la legislación italiana, ya que el art. 12 del Decreto Legislativo n. 28 de 2010 establece que el acta de una conciliación transfronteriza se hace ejecutiva, no gracias al presidente del Tribunal en cuyo distrito tiene su sede el organismo, sino gracias al presidente del Tribunal en cuyo distrito el acuerdo debe ser ejecutado. De hecho, sería reductiva una interpretación que aplicara lo dispuesto únicamente con referencia a los acuerdos de conciliación transfronterizos concertados frente a los mecanismos acreditados de acuerdo con la ley italiana. Pero, ya que no hay otra diferencia entre conciliaciones «internas» y transnacionales, también procede creer que incluso para estas últimas la solicitud de homologación se puede tramitar a iniciativa de una de las partes, y que incluso frente a ellas el control del juez se extiende tanto a la compatibilidad con el orden público como a la no contrariedad a las normas imperativas. Un caso que me parece similar al italiano es el caso francés, ya que, como vimos anteriormente, para atribuir el *exequátur* a un acuerdo alcanzado ante un «conciliador de justicia», la solicitud, si bien puede ser presentada por una de las partes en el caso de una conciliación «interna», en cambio debe proceder de todas las partes o ser tramitada con el consentimiento de las otras en el caso de los acuerdos transnacionales. En efecto, de hacer esta distinción, por supuesto se puede suponer que también Francia admite la «recepción» de los acuerdos conciliatorios, sin necesidad de *exequátur* doble. Las demás legislaciones europeas no se han centrado mucho en el problema. Sin embargo, la doctrina no está siempre distraída, por así decirlo, en referencia a este asunto. Así, por ejemplo, en Bélgica se está debatiendo el asunto y parece primar la idea de que se debe admitir la homologación de las conciliaciones «extranjeras» evitando el doble *exequátur*, con la especificación de que probablemente el control sobre la homologación por parte del órgano jurisdiccional debe ser más estricto: si ante los acuerdos internos esto tiene que pararse a la no contrariedad al orden público, para toda

conciliación transnacional, dicen, el control debe ser extendido a la más genérica y general violación de la ley. Y es precisamente aquí donde radica una diferencia cultural entre los diversos Estados europeos. Basta con echar un vistazo para darse cuenta de que tal idea es completamente contraria, por ejemplo, a las elecciones y decisiones que España tomó al respecto. Mientras en Bélgica se cree que hay que facilitar la aceptación de un acuerdo de conciliación procedente de los países vecinos, analizando detenidamente la compatibilidad con su legislación nacional, en España se cree lo contrario, dando la más cordial

bienvenida a las conciliaciones «extranjero», sujetas sólo a un escrutinio encaminado a comprobar que no sean contrarias al orden público. En definitiva, incluso en un ámbito que al final no parece ser tan importante, a saber, la conciliación de los conflictos civiles, es claro que la idea de una verdadera integración europea se encuentra más en la mente de un pequeño grupo de intelectuales que en la realidad de los sentimientos y las culturas de los pueblos de Europa.

Mauro Bove

Adhesión de la Unión Europea al CEDH

Bibliografía: BLASCO LOZANO, *Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, en *Jornada de expertos (Asociación Pro Derechos Humanos de España): La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*. (Madrid, 21 de octubre de 2011), p. 50 ss.; (en línea): <http://www.apdhe.org/>; CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999; MOLINA DEL POZO, *Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea*, en *RUE: Revista Universitaria Europea*, n. 1, 1998, pp. 59-98.

Antes de referirnos propiamente a la futura adhesión de la Unión Europea al CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), es preciso hacer una breve introducción para fijar cuál era el sistema de protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea hasta que el Consejo de Europa y la propia Unión Europea decidieron empezar las negociaciones por la adhesión, allá por el mes de julio de 2010. Cuando en un primer momento se constitu-

yeron las primeras Comunidades Europeas, ningún artifice de éste exitoso proyecto, previó la protección de los derechos fundamentales en el contexto comunitario, ya que se pensaba que estas nuevas Comunidades de Derecho Internacional, de las que luego surgió un ordenamiento jurídico propio, totalmente autónomo (Derecho comunitario), iban a tener únicamente un carácter económico, y no político, como finalmente ha acabado sucediendo. En resumidas cuentas, el Tribunal de justicia de las Comunidades no tenía competencias para ejercer la protección de los derechos fundamentales.

En las primeras actuaciones del Tribunal de justicia, la aplicación de los principios generales del Derecho fue clave para construir todo el edificio comunitario. Pues bien, ocurría que, el Tribunal de justicia, al aplicar algún principio general, estaba reconociendo de manera implícita algún derecho fundamental⁽¹⁾. Así por ejemplo, el Tribunal de justicia, al aplicar el principio de no dis-

⁽¹⁾ Vid. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, p. 86 s.

criminación por razón de nacionalidad, está protegiendo el derecho fundamental a la no discriminación, recogido en el artículo 14 del CEDH.

De esta manera, se puede observar, como en un primer momento, los derechos fundamentales eran protegidos por el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas de un modo indirecto, en tanto en cuanto dicho Tribunal aplicaba una fuente de Derecho comunitaria no escrita, como son los principios generales, que a su vez recogió de los principios generales de los Estados miembros. No obstante, hay que entender que con esto se puede encuadrar a los derechos fundamentales en una sub-categoría dentro de los principios generales del Derecho, sino que dada su trascendencia merecen una mención aparte. Lo que ocurre es que, de este modo, la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario, fue ejercida en un primer momento (de manera más o menos eficaz), por la aplicación de los principios generales.

Cabe recordar que si en estos primeros años de construcción comunitaria, la protección de los derechos fundamentales no fue tan eficaz como en el mundo jurídico se desearía, fue por la prioridad del Tribunal de justicia de las Comunidades de diseñar las características y rasgos esenciales de este nuevo Derecho que estaba surgiendo (primacía, efecto directo, aplicabilidad directa).

Dentro de la historia judicial de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, se puede distinguir un antes y un después. Hasta 1969, la protección de los derechos fundamentales consistía en lo ya mencionado (aplicación indirecta por medio de los principios generales del Derecho). No obstante, la sentencia *Stauder* de noviembre de dicho año, supone un cambio en la manera en que el Tribunal de justicia actuaba en relación con la protección de estos derechos fundamentales.

El caso *Stauder* consiste en una cuestión prejudicial, y trata de un nacional de la República Federal de Alemania, que argumentaba que unos bonos que se dispensaban y que estaban destinados a adquirir mantequilla a

precio reducido, vulneraban su dignidad humana, ya que estos bonos incluían los datos personales del comprador, y el Sr. *Stauder* no quería que se conociese su situación de receptor de ayuda social. Estos bonos se otorgaban a los beneficiarios de la beneficencia, de acuerdo con la Decisión 69/71/CEE. Pues bien, el Tribunal se manifestaba en los siguientes términos: «la disposición impugnada debe interpretarse en el sentido de que no impone - aunque tampoco prohíbe - la identificación nominal de los beneficiarios; que por ello la Comisión pudo publicar, el 29 de julio de 1969, una Decisión rectificadora en este sentido; que, por lo tanto, cada uno de los Estado miembros puede elegir entre los diversos métodos de individualización; que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de justicia».

Visto esto, se puede decir que es la primera vez que el Tribunal de justicia se auto reconoce de manera expresa su competencia para proteger y garantizar el goce y disfrute de los derechos fundamentales, entendiéndolo además, que los derechos fundamentales subyacían de los principios generales del Derecho comunitario. Después de esta primera «piedra», la línea jurisprudencial ha seguido en esta línea en lo que a derechos fundamentales se refiere⁽²⁾.

Retomando el tema que nos ocupa, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea establece la adhesión de la Unión Europea al CEDH⁽³⁾. Por ello, el 4 de junio de 2010, los Ministros de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea otorgaron un mandato a la Comisión Europea para que

⁽²⁾ Vid. MOLINA DEL POZO, *Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea*, en *RUE: Revista Universitaria Europea*, n. 1, 1998, pp. 59-98.

⁽³⁾ Antes del Tratado de Lisboa no se planteó la adhesión de la UE al CEDH pues no es hasta ese Tratado cuando la Unión Europea goza de personalidad jurídica, y por lo tanto puede celebrar acuerdos internacionales.

dirigiera las negociaciones. Igualmente, el 26 de mayo de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dispensó un mandato «ad hoc» a su Comité Director de Derechos Humanos para negociar con la Unión Europea. Pasado el tiempo, el día 7 de julio de 2010, comienzan las negociaciones sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este mismo día, por una parte, la vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Derechos fundamentales y ciudadanía (Viviane Reading), y por otra parte, el secretario general del Consejo de Europa (Thorbjorn Jagland), se reunieron en Estrasburgo para debatir cómo conseguir esta adhesión de la manera más rápida y eficaz posible, de tal modo que los ciudadanos puedan beneficiarse de una protección fuerte y coherente de los derechos fundamentales en el territorio europeo (entendiendo los 27 Estados miembros de la Unión Europea más los otros 20 del Consejo de Europa que no son Estados miembros).

Este proceso de adhesión tiene por objetivo salvar las posibles lagunas que pudieran encontrarse al existir dos organizaciones (una internacional y otra supranacional), que afirman proteger los derechos fundamentales (el Consejo de Europa con el CEDH y la Unión Europea con la Carta Europea de Derechos Fundamentales). Asimismo, se persigue también conseguir un enfoque coherente en lo que respecta a la protección de estos derechos.

Además, la adhesión de la Unión Europea al CEDH supone poner a la Unión Europea en el mismo nivel que a sus Estados miembros en lo que se refiere al control externo de esta protección por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, al igual que sus Estados miembros, la Unión Europea podrá ser escuchada en aquellos casos que le lleguen al Tribunal EDH y le conciernen directamente. De la misma manera, la Unión Europea tendrá su propia juez en el Tribunal EDH. Con esta adhesión, se abren también nuevas vías de solución a los problemas de los ciudadanos, ya que podrán denunciar directamente a la Unión Europea ante el Tribunal EDH,

tras haber agotado la vía de los recursos nacionales de sus respectivos Estados.

En las negociaciones el papel del Parlamento Europeo será determinante, ya que deberá estar informado de cada una de las fases de la negociación y además deberá dar su consentimiento. Se prevé que tras la celebración del acuerdo, los 47 Estados del Consejo de Europa (entre los que se incluyen los 27 de la UE, obviamente), deberán ratificarlo de acuerdo a sus respectivas exigencias constitucionales.

En las primeras tomas de contacto entre la Comisión Europea y el Comité Director de Derechos Humanos, se llegó a elaborar un proyecto de Acuerdo⁽⁴⁾.

En este proyecto de Acuerdo se fijan algunas cuestiones⁽⁵⁾: **1)** La adhesión se refiere al Convenio y a algunos Protocolos. Estos Protocolos son el Protocolo sobre derecho de propiedad y elecciones libres, y el Protocolo sobre prohibición de la pena de muerte. **2)** El proyecto de Acuerdo prevé que la UE haga reservas, siempre y cuando no excedan de los límites establecidos por el artículo 57 del CEDH, para aquellos asuntos en que haya normas vigentes del Derecho de la Unión Europea que no sean compatibles con el CEDH. **3)** Se establece (como no podía ser de otra manera), que los actos de las instituciones de la Unión Europea están sujetos al Convenio, y que las sentencias del Tribunal EDH que atañan a la Unión Europea, serán obligatorias para ella. **4)** Existe un mecanismo que permite demandar de manera conjunta a la Unión Europea y al Estado o Estados miembros que infrinjan los derechos plasmados en el CEDH. **5)** En los procedimientos en los que la Unión Europea sea codemandado, si

⁽⁴⁾ Vid. Proyecto de acuerdo (en línea): <http://www.coe.int/>.

⁽⁵⁾ Vid. BLASCO LOZANO, *Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, en *Jornada de expertos (Asociación Pro Derechos Humanos de España): La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*. (Madrid, 21 de octubre de 2011), p. 50 ss.; (en línea): <http://www.apdhe.org/>.

el Tribunal de justicia no ha examinado la cuestión, se le dará un plazo para que realice una revisión interna, y además, se le dará posteriormente un plazo a las partes implicadas para que puedan hacer observaciones. Será compromiso del Tribunal de Luxemburgo que esa revisión interna se haga con celeridad. Estos procedimientos previos ante el Tribunal de justicia no serán considerados procedimientos de arreglo o arbitraje internacional de los que hacen no admisible la demanda, en virtud del artículo 35.2.b del CEDH. **6)** Habrá un juez procedente de la Unión Europea, exactamente igual que cualquier Estado firmante del CEDH, en virtud de los artículos 22 y 26 del CEDH. **7)** Participación de la Unión Europea en el Comité de Ministros del Consejo de Europa. **8)** Participación de la Unión Europea en los gastos del sistema. La Unión Europea contribuirá a los gastos en una cantidad igual al 34% de la mayor contribución de un Estado miembro al presupuesto ordinario del Consejo de Europa del año anterior. **9)** La entrada en vigor del futuro Acuerdo será el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde la fecha en que todas las Altas Partes contratantes hayan expresado su consentimiento para quedar vinculados por el Acuerdo. **10)** Hay que decir que el 5 de mayo de 2010, antes del comienzo de las negociaciones, el Tribunal de justicia emitía un documento de reflexión a través de su página web en el que matizaba algunos aspectos de la futura adhesión al CEDH⁽⁶⁾. El motivo que esgrime el Tribunal para publicar este documento, se basa en las distintas cuestiones jurídicas complejas que suponen la adhesión al CEDH. Por ello, en palabras del Tribunal: «con ánimo de contribuir a los esfuerzos desplegados para la realización del proyecto de adhesión, que suscita cuestiones jurídicas bastante complejas, el Tribunal de justicia se propone presentar las reflexiones

⁽⁶⁾ Vid. Documento de reflexión del Tribunal de justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; (en línea): <http://curia.europa.eu/>.

siguientes sobre un aspecto particular que está ligado a la forma de funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión».

En primer lugar, el Tribunal recuerda que las instituciones y órganos de la Unión Europea han tratado de asegurar desde hace mucho tiempo, bajo el control del propio Tribunal, el respeto de los derechos plasmados en el Convenio Europeo, y remarca que esto ha sido así, incluso cuando no existía una norma vinculante que obligara a ello. Igualmente recuerda, que el Tribunal de justicia en su jurisprudencia, se ha referido de forma importante, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos («Tribunal EDH»). Por este motivo, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido al Derecho de la Unión Europea, una «presunción de conformidad» con el Convenio Europeo en algunos casos, como en la sentencia del Tribunal EDH *Bosphorus Airways c. Irlanda*⁽⁷⁾.

En segundo lugar, el Tribunal de Luxemburgo recuerda que dadas las características del Derecho de la Unión Europea, éste solo va a tener incidencia directa en los particulares a través de actos de o medidas nacionales de ejecución o aplicación del Derecho de la Unión Europea. De este modo, si un particular desea obtener protección directa de los derechos fundamentales, ha de acudir a sus tribunales nacionales, y, en última instancia, recurrir al Tribunal de Estrasburgo.

Sin embargo, con la futura adhesión el panorama varía ligeramente. De tal modo que si cualquier Estado firmante del Convenio, ha de velar internamente por la no infracción del mismo, ocurrirá lo mismo con las instituciones y órganos de la Unión, es decir, la Unión Europea, en sus acciones, tendrá que velar por el respeto a los derechos plasmados en el Convenio de Roma. Si bien este sistema era una realidad *extraoficial*, con la adhesión pasará a ser jurídicamente vinculante.

En tercer lugar, el Tribunal de justicia recuerda que el propio Tribunal es el encargado de garantizar el respeto del Derecho en la in-

⁽⁷⁾ Tribunal EDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) v. Irlanda*, n. 45036/98, CEDH 2005 - VI.

interpretación y aplicación de los Tratados. En este sentido, los tribunales nacionales si bien son competentes para examinar la validez de un acto adoptado por las instituciones u órganos de la Unión Europea, no lo son para declarar en su caso la invalidez o no de dicho acto objeto de examen. Esta competencia recae exclusivamente en el Tribunal de Luxemburgo por medio de la cuestión prejudicial de validez. Con el fin de que este sistema de validación de los actos adoptados por la Unión Europea no se vea alterado en detrimento del Tribunal de Luxemburgo, y a favor del Tribunal de Estrasburgo, en palabras del Tribunal de justicia «es preciso evitar que el Tribunal EDH llegue a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esa cuestión».

En este mismo orden de ideas, lo que quiere dejar entrever el Tribunal de justicia es que siempre se lleve a cabo un procedimiento ante él mismo, antes de que pase a conocer el asunto concreto el Tribunal EDH.

En cuarto lugar, el Tribunal de justicia, lamenta que en muchos casos relativos a cuestiones prejudiciales, «no cabe dar por seguro» que se lleve a cabo una remisión prejudicial por parte del juez nacional en todos aquellos asuntos susceptibles de producirse tal cuestión, y que supongan la eventual confrontación entre una acción de la Unión Europea y un derecho plasmado en el CEDH. Igualmente, se plantea la posibilidad de incorporar un procedimiento ante el Tribunal de Luxemburgo que supusiera un requisito previo necesario antes de acudir al Tribunal EDH, pero explica que «sería difícil tal consideración», en aplicación de la norma sobre agotamiento de los recursos internos.

En este orden de cosas, determina que el sistema establecido por el Convenio no requiere, como requisito previo para la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal EDH, que se haya ejercido previamente otro recurso ante «un tribunal del máximo rango jerárquico», que en este caso, sería el Tribunal de justicia. No obstante, el Tribunal de justicia cree que en el supuesto arriba mencionado,

no se ha de considerar si se ha acudido previamente o no a un tribunal del máximo rango jerárquico, sino que se ha de considerar «la ordenación del sistema jurisdiccional de la Unión», en tanto en cuanto se dude de la conformidad de un acto de la UE con un derecho plasmado en el CEDH, pueda efectuarse un recurso ante el Tribunal de justicia, para que éste lleve a cabo un control interno, previo a un posible y posterior control externo, por parte del Tribunal EDH.

En definitiva, lo que el Tribunal de justicia pretende es tener la competencia de ejercer su jurisdicción antes que el Tribunal de Estrasburgo.

Posteriormente, el 24 de enero de 2011, los presidentes del Tribunal de justicia y del Tribunal EDH, hicieron una comunicación conjunta ⁽⁸⁾ en la que trataban la cuestión de la adhesión de la Unión Europea al CEDH.

En primer lugar, ponen de manifiesto algo que ya era conocido, es decir, que la adhesión supondrá que los actos de la UE deberán ser dictados a la luz del CEDH, y con el posible control jurisdiccional del Tribunal EDH. En este sentido, las acciones de la Unión Europea pueden dividirse en dos ramas: acciones directas y acciones indirectas.

Por una parte, estaríamos hablando de las acciones o actos ejecutados o aplicados directamente por las instituciones europeas, y por otra parte, nos estaríamos refiriendo a actos ejecutados o aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros para la implementación del Derecho de la Unión Europea.

En este sentido, para el primer grupo de acciones, los ejecutados directamente por las instituciones de la Unión Europea, el documento conjunto establece que aquellos particulares que deseen acudir al Tribunal EDH, deberán llevar el asunto en primer lugar al Tribunal de Luxemburgo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Derecho de la Unión Europea. En consonancia con esto, se garantiza que el examen del Tribunal EDH será precedido por el examen «interno» del

⁽⁸⁾ Vid. comunicación conjunta de los presidentes Costa y Skouris (en línea): <http://curia.europa.eu/>.

Tribunal de justicia.

Para el segundo grupo de acciones, la situación es más compleja. En primer lugar, el demandante deberá acudir a los tribunales nacionales, que, de acuerdo con el artículo 267 del TFUE, pueden, o en algunos casos, deben remitir la cuestión (prejudicial) al Tribunal de justicia para que compruebe la validez del acto en cuestión. No obstante, dice el documento, si por cualquier razón, no se llevara a cabo la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, el Tribunal EDH será competente para conocer del asunto, sin que el Tribunal de justicia de la Unión tenga la oportunidad de revisar la validez del acto en concordancia con la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Sin embargo, manifiesta el documento conjunto que, con toda probabilidad, esta situación no debería surgir con frecuencia. Además, explica que esta situación se podría dar ya que la potestad de remitir la cuestión prejudicial al Tribunal de justicia recae sobre el juez nacional, no sobre las partes. Esto significa que la cuestión prejudicial no debería ser un requisito legal previo antes de que entre a conocer el asunto el Tribunal EDH, pues como se ha dicho, no está en manos del particular plantearla, sino en manos del juez nacional.

No obstante, puede ocurrir que, cuando el Tribunal EDH conozca un asunto del que no ha conocido el Tribunal de justicia por las razones antes mencionadas, se vulnere el principio de subsidiariedad. Por ello, lo que proponen los presidentes del Tribunal de justicia y del Tribunal EDH, es implantar un procedimiento que asegure que el Tribunal de justicia lleve a cabo un control interno antes de que el Tribunal EDH lleve a cabo un control externo.

El 25 de enero de 2012, miembros del Parlamento Europeo y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa elaboraron una declaración conjunta en la que pedían que se desbloqueara el proceso de adhesión de la Unión Europea al CEDH. Dicho escrito dice textualmente: «Estamos extremadamente preocupados de constatar que el Reino Unido y, en menor medida, Francia, intentan echar a perder por motivos políticos el proceso de adhesión».

El mismo texto manifiesta que esta adhesión es «indispensable para garantizar plenamente los trabajos de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo»⁽⁹⁾.

*Carlos Francisco Molina del Pozo
Jorge Antonio Jiménez Carrero*

⁽⁹⁾ <http://assembly.coe.int/> (consulta del 18 de junio de 2013).

Asilo

Bibliografía: OLANO GARCÍA, *Constitución política de Colombia - Concordada*, 8ª ed., Bogotá, D.C., 2011; OLANO VALDERRAMA, OLANO GARCÍA, *Derecho constitucional general e instituciones políticas. Estado social de derecho*, 3ª ed., Bogotá, D.C., 2000.

El asilo es una institución que se remonta a la época de la antigua Grecia, en donde se concedía refugio en los templos sagrados. Pero hoy, de una condición eminentemente religiosa, se pasó a una institución de carácter político y jurídico.

Podría definirse así: Asilo es «el derecho a la protección, que un Estado o un sujeto de derecho internacional, otorga, a quien, huyendo de persecuciones injustas, busca refugio en su territorio o en un lugar sometido a su autoridad fuera del territorio. Se considera como la institución americana que responde a una línea más constante en la defensa del individuo».

Hoy se distinguen dos clases de asilo: el territorial y el político o diplomático.

El asilo territorial, se concede a los perseguidos por delitos políticos para que se refugien en un Estado diferente al de su nacionalidad. El refugio y la protección entonces son otorgados por un Estado dentro de su propio territorio.

En cambio, el asilo político o diplomático se concede en el propio territorio en donde se persigue a una persona acusada por delitos políticos y se le otorga refugio en una embajada, legación u otro sitio señalado por las convenciones internacionales sobre la materia, como los campamentos o aeronaves militares, según las Cartas de: Montevideo de 1899, La Habana de 1928, de Montevideo de 1933 y de Caracas de 1954. Igualmente, encuentra su base en el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta institución tiene un significado muy grande en América Latina, donde se concibió fundamentalmente ante la frecuencia de las perturbaciones políticas y la necesidad de proteger la vida, la libertad y la seguridad de las personas perseguidas por delitos políticos. El

asilo persigue el respeto de los derechos fundamentales del hombre, pues no solamente garantiza la vida y seguridad del perseguido, sino que evita un proceso parcial contra el delincuente político basado en resultados de una revolución o de actos arbitrarios de las autoridades locales.

Por tanto, se concede el asilo político o diplomático a los delincuentes políticos en general, es decir, a los que cometen delitos políticos y a las personas perseguidas por esos motivos. Mientras que el asilo territorial se concede a las personas que sean perseguidas políticas dentro y fuera de las fronteras de su país.

Otra institución es el Refugio, el cual se adquiere desde el momento mismo en que el refugiado tiene que abandonar su país de origen porque está en juego su vida o su libertad, con motivo, por ejemplo, de una persecución por parte de las autoridades del Estado de su nacionalidad. Los Estados de refugio sólo reconocen esta calidad y, en consecuencia, si deciden no hacer el reconocimiento deben explicar las razones que los movieron a su negativa. A diferencia del asilo, de inevitable contenido político, el refugio es una institución netamente humanitaria.

Se entiende entonces, según el Profesor Fernando Velásquez Velásquez, por delitos políticos, como «todo comportamiento criminoso, atentatorio contra los intereses del ente estatal, desde el punto de vista del manejo ideológico de éste; o contra sus ciudadanos, siempre y cuando el agente persiga con su actuar la transformación de la sociedad y no obre inspirado por móviles egoístas, ajenos al querer colectivo».

Las Características del Derecho de Asilo, son, entre otras: **1)** Se considera como un derecho del Estado y del hombre: del Estado porque, en virtud de su propia personalidad jurídica, puede otorgarlo a quien considere es un perseguido políticamente. Del hombre, en cuanto la legítima defensa es uno de sus atributos esenciales. **2)** Es una excepción al imperio de la ley penal territorial, pues sólo se concede

a los delincuentes políticos, estableciendo fracasado en su empeño de subvertir un gobierno, se ven perseguidos por este o por partidos o clases que le sirven de apoyo. 3) No se concede al delincuente que cometa un delito común, porque este es perseguido justamente por las autoridades del Estado en el cual cometió la infracción.

Pero, de igual manera, el Derecho de Asilo posee una serie de finalidades, como las siguientes: 1) Proteger la vida, la libertad y la seguridad del perseguido por una multitud enardecida o por las autoridades en los distintos órganos del poder público. 2) Garantizar los derechos fundamentales del hombre, evita un proceso parcial contra el delincuente político basado en resultado de una revolución triunfante a actos arbitrarios de los tribunales o de las autoridades locales. 3) Tiene por objeto no solamente la aplicación ad hoc por jurisdicciones de excepción, sino también sustraer al asilado de la justicia ordinaria, por tratarse de delitos políticos que por su propia naturaleza no se presentan a una apreciación. Por ejemplo, en América Latina, Colombia ha observado y aplicado el derecho de asilo en el caso del político peruano Víctor Raúl Haya de la Torre, quien se asiló en la Embajada de nuestro país en Lima el 3 de enero de 1949, Legación que se encontraba a cargo de Carlos Echeverri Cortés. Haya de la Torre era un intelectual y jefe político democrático cuando sufrió la persecución y el atentado que preparaba el Gobierno Militar del General Manuel Odría. Era perfectamente clara la disposición de la Convención de La Habana sobre asilo que en su art. 1 dice: «No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, navíos de guerra o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes, ni a desertores de tierra o mar.

Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugiaren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local.

Si dichas personas se refugiaren en territorio extranjero la entrega se efectuará mediante extradición, y sólo en los casos y en la forma que establezcan los respectivos tratados

y convenciones o la Constitución y leyes del país de refugio».

Esta disposición es terminante sobre la exclusión de los delincuentes comunes de los beneficios del asilo, establecido en América Latina – como se dijo – para beneficio del hombre político que caía en desgracia por una revuelta o una conspiración.

El art. 2 de la citada Convención, dice así: «El asilo de delincuentes políticos en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares será respetado en la medida que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieran el uso, las convenciones o las leyes del país de refugio y de acuerdo con las siguientes disposiciones: *Primero*. El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad. *Segundo*. El agente diplomático, jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar, inmediatamente después de conceder el asilo, lo comunicarán inmediatamente al Ministro de relaciones exteriores del Estado del asilado o a la autoridad administrativa del lugar si el hecho ocurriera fuera de la capital. *Tercero*. El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible, y el agente diplomático del país que hubiere acordado el asilo podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona. *Cuarto*. Los asilados no podrán ser desembarcados en ningún punto del territorio nacional ni en lugar demasiado próximo a él. *Quinto*. Mientras dure el asilo no se permitirá a los asilados practicar actos contrarios a la tranquilidad pública. *Sexto*. Los Estados no están obligados a pagar los gastos por aquel que concede el asilo».

El asilo político no rige en Europa donde la territorialidad de la ley impide que un hombre público pueda ampararse en una embajada o un recinto diplomático. Razón de más para que tampoco pueda hacerlo un delincuente común.

Hernán Alejandro Olano García

Bienes jurídicos (en el ordenamiento de la Unión Europea)

Bibliografía: BELLELLI, CIANCI, *Situazioni giuridiche beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, Torino, 2008, p. 11 ss.; CASSANO, *L'impatto del codice dei diritti di proprietà industriale sulle nuove tecnologie e sul regime giuridico di internet*, en *Diritto internet*, 2005, p. 113; CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, en T. SEDIARI (coord.), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.; CIPPITANI, *La proprietà industriale e intellettuale*, en CIPPITANI, FULCI, *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione. Regole di partecipazione e contratto tipo*, Perugia-Roma, 2007, p. 215; CIPPITANI, *Situazioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici per la ricerca. Il caso della ricerca del sistema elettrico*, en *Rass. giur. umbra*, 2006, p. 461 ss.; COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione sociale della proprietà privata*, en ZAGREBELSKY (coord.), *Diritti civili e costituzione nell'unione europea*, Roma, 2003, p. 164; COMPORTI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005; DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, en DE NOVA, INIZIARI, TREMONTI, VISINTINI (coord.), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 13 ss.; FERORELLI, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Bari, 2006; FICCO, *La tutela dell'ambiente*, en ALPA, CAPILLI (edic.), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 1161 ss.; FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002; FRIGO, *I beni e la proprietà*, en TIZZANO (coord.), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 180; FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 70; GAMBARO, «Proprietà», «immaterial», «atipicità»: i nuovi scenari di tutela, en *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010; GAMBARO, *Dalla res alle new properties (itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)*, en SCALISI (coord.), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 675 ss.; GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, en *Tratt. dir. priv. ludica-Zatti*, Milano, 1990, p. 86; HEINS, *Human rights, Intellectual property, and Struggles for recognition*, en *Human Rights Rev.*, 2008, p. 219; IANNARELLI, *Beni, interessi e valori. Profili generali*, en LIPARI

(coord.), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 373 ss.; LAMETTI, *The Concept of Property: Relations Through Objects of Social Wealth*, en *University of Toronto Law Journal*, 2003, p. 57; LEVY, *Fixed or fluid? Document stability and new media*, en *Proceeding of the 1994 European conference on hypermedia technology*, Edinburgh, 1994, p. 24 ss.; SIRSI, *Commento art. 18, in La sicurezza alimentare nell'Unione europea (commento al Reg. 178/02)* a cura dell'istituto di Diritto Agrario Internazionale e comparato - IDAIC, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 271; TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, en *Europa dir. priv.*, 2002, p. 710; VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

1. Derecho U.E., competencias, bienes y propiedad. La regulación de los bienes no es objeto de las competencias de la Unión, pero el derecho comunitario, de todos modos, ha incidido sobre ella. A pesar de la ausencia de competencia directa y pese a que la carencia en estos campos de actos de derecho derivado dotados de directa aplicabilidad, los ordenamientos internos no se substraen de la influencia del derecho comunitario en este sector.

En realidad, solamente en apariencia la Unión Europea ha dejado regular a los ordenamientos de los Estados - completamente y autónomamente - el tema de los derechos reales. El art. 345 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (sucesivamente TFUE) (ex art. 295 TCE) desarrolla, en efecto, la función de regular la distribución de las competencias sin otorgar, al derecho de propiedad y a los bienes una inmunidad absoluta de la influencia comunitaria .

La antedicha norma, en efecto, ha de leerse a la luz del principio general de subsidiariedad. Las instituciones están autorizadas a intervenir legislando en materia cuando los objetivos para alcanzar podrían efectuarse aún mejor, si fueran realizados sea a nivel europeo que a nivel nacional. De parte de la Unión Europea (sucesivamente UE) se hace

inevitable la intervención en materia de bienes y de derechos sobre los mismos, siendo llamada, ella misma a perseguir, entre otros, los objetivos de «un desarrollo armónico y sostenible de las actividades económicas», «un elevado nivel de protección del medio ambiente»⁽¹⁾. Ya el art. 106 TFUE reconoce una especie de neutralidad del derecho comunitario en el sentido que la norma excluye entre las competencias de la Unión, la de establecer la reglamentación de la propiedad, esto no significa, sin embargo que la norma tenga que ser interpretada en el sentido de que, al ordenamiento comunitario se le excluya cualquier posibilidad de incidir concretamente en la disciplina relativa a la limitación del derecho de propiedad. En efecto el Tribunal de justicia ha mutado su enfoque progresivamente, afirmando una propia función de tutela de los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del ordenamiento comunitario.

Al derecho de propiedad se dedica también el art. 17 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, colocado en el capítulo dedicado a las «libertades». Al derecho de propiedad como derecho fundamental se ha referido siempre el Tribunal de justicia⁽²⁾.

El texto del artículo corresponde esencialmente al del art. 1 del Primer Protocolo adicional a la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (sucesivamente «CEDH»). El aspecto evidente que establece mayor distancia con respecto a la CEDH es el hecho, de que, mientras el art.1 del Protocolo adicional considera entre los derechos del hombre «el derecho al respeto de sus bienes», el art. 17 habla de manera explícita del «derecho de propiedad» y de su contenido como el derecho de aprovechar y el de disponer de los bienes adquiridos legalmente y el de dejarles en herencia. La misma conven-

ción encuadra el tema de los derechos reales que se refiere al derecho privado económico-patrimonial, entre los derechos fundamentales del hombre.

En diferentes partes se destaca la ausencia de cualquier referencia a la fórmula de la función social, así, en cambio, explícitamente previsto en las más modernas constituciones europeas. Tal forma de limitación es desconocida al Tribunal de justicia, el cual siempre ha razonado en términos de interés general.

Ni siquiera la colocación del tema de los derechos reales de la propiedad entre los derechos fundamentales del hombre altera en esta materia los poderes de acción de la UE.

De todas maneras, asumir que las normas vigentes no se refieren directa o indirectamente a los bienes jurídicos, constituiría una afirmación construida sin tener en cuenta los procesos históricos y el desarrollo del derecho privado europeo.

Habría que pensar solamente en el régimen de contingentación de los cultivos en el sistema de la Política Agrícola Común o al caso de las limitaciones de las instalaciones de ciertos viñedos en el sistema D.O.C (Denominación de origen controlada) y D.O.C.G (Denominación de origen controlada y garantizada), o a la disciplina de la multipropiedad.

Por lo recordado con anterioridad, la previsión según el art. 345 ya cit., para ser comprendida con exactitud ha de ser leída: la materia permanece de competencia exclusiva de los Estados miembros sólo si no existe finalidad comunitaria que imponga la adopción de normativas europeas sobre la propiedad en específicos sectores. Hay que pensar, en este sentido, en algunas intervenciones en materia de política monetaria o en temas de bienes culturales, comercio, libre circulación, transportes, agricultura, competencia. Bienes inmateriales, también en sectores ambientales o en tema de salud.

Hasta hoy, sin embargo, la producción normativa U.E. en tema de propiedad, derechos reales y bienes no está estructurada ni es exhaustiva.

En esta materia no se halla ninguna unificación entre las legislaciones nacionales, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en

⁽¹⁾ Ex arts. 2 y 3 TCE, hoy respectivamente 3 TFUE y arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 TFUE.

⁽²⁾ Tribunal de justicia, 13 de diciembre de 1979, C-44/79, *Hauer v. Land Rheinland-pfalz*, en *Rec. 1979*, p. 3727; *Id.*, 14 de mayo de 1974, C-4/73, *Nold kg v. Commissione*, en *Rec. 1974*, p. 491.

el contrato. En este sector, de todos modos, se ha puesto en movimiento un proceso de integración.

El derecho U.E., como el C.E.D.H. antes que él, confirma la tendencia, de la doctrina italiana, de reconocer la existencia de una pluralidad de nociones de propiedad. Esta asume varias formas con respecto a la modalidad con la que un ordenamiento desea regular el derecho de cada categoría de bienes en el respeto de los intereses generales y de los propios valores fundamentales.

El término propiedad, de esta manera, se utiliza, no sólo referido a la propiedad mobiliaria en general, a los bienes inmuebles, a los bienes culturales y por lo tanto a cosas de tipo material, sino que también se refiere a cosas o bienes, los llamados inmateriales.

2. Knowledge-based Society e inmaterialidad de los bienes. Los bienes inmateriales han recibido su reconocimiento oficial por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

La realidad actual construye sin embargo bienes inmateriales que por sus características, no necesariamente coinciden con los que estamos acostumbrados a considerar como tales. La referencia se hace con respecto a lo que puede ser objeto de propiedad intelectual.

Los *intellectual property rights* son objeto también de reglamentación por las convenciones internacionales, incluso la Carta de Niza, donde al derecho de propiedad se le dedica el art. 17, colocado en el capítulo dedicado a las «libertades». El art. 17 habla explícitamente del «derecho de propiedad» y de su contenido como derecho a gozar, a disponer de los bienes adquiridos legalmente o del derecho de dejarlos en herencia. El artículo enmarca el tema de los derechos reales entre los derechos fundamentales del ser humano. Lo coloca entre los derechos civiles, reagrupados en seis grandes capítulos: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia.

Para la Unión Europea llamada a perseguir sus objetivos de «desarrollo armónico y sostenible de las actividades económicas», «un elevado

nivel de protección del ambiente»⁽³⁾ son inevitables las intervenciones en materia de bienes y de derechos sobre los mismos.

La realidad contemporánea exige la necesidad de una reflexión sobre la noción de bienes en general, así también sobre la noción más específica de bienes inmateriales.

El conocimiento en un sistema de mercado se produce también mediante actos creativos y de ingenio. En los diferentes códigos civiles y en las varias leyes especiales de los estados europeos existe naturalmente un instrumento que tutela la creatividad humana, la cual es por cierto un acto de profundo conocimiento. Esta es naturalmente la legislación sobre la propiedad intelectual.

La noción de «conocimiento» que se subsume en la protección de la llamada propiedad intelectual, es tal vez la que más se acerca a la noción de «conocimiento» que actualmente está en la base del proceso de integración de la U.E, pero que no coincide totalmente con aquella⁽⁴⁾.

La noción de «conocimiento» elaborada en la llamada Estrategia de Lisboa 2000, en verdad lo considera, si bien, no se refiere sólo al objeto del derecho de autor elaborado en el siglo XIX⁽⁵⁾.

El filósofo y economista Polanyi expresa como el conocimiento no es sólo un acto impersonal y objetivo, reivindicándole un carácter personal. Es conocimiento tácito «lo que se conoce, pero no se expresa porque no se puede o sería inútil hacerlo: «podemos conocer más de lo que podemos expresar». Al «conocimiento formal», representado por los derechos de explotación de los diferentes inventos

⁽³⁾ Ex arts. 2 y 3 TCE, hoy respectivamente 3 TFUE y arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 TFUE.

⁽⁴⁾ En el plano del derecho internacional véase la Convención de Munich sobre patente europea 1973, que consiente con una sola registración obtener un número de patentes nacionales reconocidas regularmente en los países solicitados por el que deposita: es la patente europea; La Convención de Luxemburgo sobre la patente comunitaria de 1975; el Tratado de Washington para la Cooperación internacional en materia de patentes (1970); la Convención de Unión de París (1983) para la protección de la propiedad industrial.

⁽⁵⁾ Véase la voz «Sociedad del conocimiento», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

y en general por lo que puede ser codificado o transferido fácilmente o a costes contenidos, se le agrega por lo tanto el «conocimiento tácito» teorizado por Polanyi, que por su naturaleza reduce la posibilidad de transferencia y difusión de las tecnologías.

Las diferencias tecnológicas y los mecanismos de transferencia de la tecnología, de hecho se consideran por las modernas teorías del crecimiento económico, como las causas de que permanezca la disparidad de desarrollo entre países. El desarrollo es caracterizado, por diferentes tasas de acumulación de factores de producción físicos y también se singulariza por una distinta capacidad de producir, utilizar y absorber nuevas ideas que, por su propia naturaleza de bienes no rivales, consienten superar aquellos vínculos al crecimiento, dados por el rendimiento de los factores físicos. Polanyi defiende de este modo, la centralidad y la importancia del saber como acto personal y no neutral.

En una Europa concebida como *Knowledge-based Society* «es mucho más importante la producción, el uso y la transferencia, el compartir (*sharing*) conocimientos, antes que la propiedad y el comercio de los bienes materiales. (...) La sociedad del conocimiento consiste en una metáfora que incluye y cualifica las otras metáforas jurídicas constituidas por el mercado y por la sociedad de la información».

El derecho de la Unión Europea, entonces, desde la noción tradicional de propiedad intelectual nos conduce hacia un concepto de *new property* (hay que pensar en los resultados de la actividad de investigación)⁽⁶⁾.

Es verdad que algunos bienes que derivan de la actividad de investigación son aquellos tutelados por la disciplina sobre el derecho de autor (que se refiere a las obras de ingenio y

carácter creativo, el *software* y las bases de datos), si no que no todos están disciplinados por este tipo de reglamentación.

Como es evidente, no se trata en estas páginas de otros bienes inmateriales que incluso nacen en el desarrollo de la vida económica contemporánea. Un ejemplo en este sentido es el *Domain Name System*. En verdad, el otorgamiento del número IP (*internet Protocol*) es la manera, típicamente técnica, con la que un PC en red se identifica inequívocamente. El acceso y la utilización de los servicios en *internet* son posibles para cada usuario a razón de un código numérico personal llamado IP, el que consiente, como ha sido dicho con anterioridad, en reconocer al usuario y lograr identificarlo en la compleja red de ordenadores conectados.

El *IPNumber* ha sido concebido como una cadena alfanumérica comparable con un número telefónico. *IPNumber* está acompañado por un sistema de direcciones de nombres de dominio llamado, *Domain Name System* (DNS). El dominio permite que un ordenador específico, es decir, una página web pueda ser identificada por los usuarios a través de una digitación sencilla, en un espacio del *browser* creado para tal fin (el programa permite navegar en el *Word Wide Web*) dando el nombre de dominio (el que se conmuta automáticamente, por los protocolos de internet, en las direcciones numéricas correspondientes).

De cualquier manera, este «aluvión» de nuevos bienes sobre todo relacionados a la utilización de sistemas informáticos, o bien, vinculados a la creación de *software*, no son útiles a la idea que se está persiguiendo en esta página en relación al hecho de que es el legislador el que realiza la creación de nuevos bienes para regular, crear, disciplinar el mercado.

Lo citado tomando como ejemplo el *Domain Name* se relaciona sobre todo al mundo internet, de todos modos referido a un acto creativo del individuo regulable directamente o en vía analógica a través de los llamados derechos de propiedad intelectual.

En Europa, según la Estrategia de Lisboa, el saber y el conocimiento, aun siendo actos personales nunca son un puro acto bio-psí-

⁽⁶⁾ La Comisión ha emanado un nuevo reglamento de exención por categoría ex art. 81 (v. Reg. Comisión CE 772/2004 del 27 de abril de 2004) para los contratos de licencias en materia de patentes, *know-how* y derecho de autor sobre *software*. Sobre propiedad intelectual se vean las Decisiones de la Comisión europea, 24 de marzo de 2004, *Microsoft* y la sentencia del Tribunal de justicia, 29 de abril de 2004, C-418/01, *IMS Health*, en Rec. 2004, p. I-5039.

quico. Ellos no son para nada actos neutrales, relacionados - como en cambio lo son - con el crecimiento, pero no basado en rendimientos derivados de factores físicos solamente.

El ejercicio de la actividad de investigación está hoy en día entre los derechos humanos fundamentales. La definición de Unión Europea de investigación pone hincapié sobre los tipos de «conocimiento» por adquirir. Los conocimientos que derivan de la actividad de investigación consisten en «resultados», que comprenden: «las informaciones por proteger o no, que derivan de las acciones directas e indirectas, así también los derechos de autor o los derechos conectados con tales resultados después de la demanda y de la emisión de patentes, dibujos y modelos » también «certificados de protección complementarios u otras formas similares de protección» que no encuentran protección en el derecho de autor.

Este proceso de «desmaterialización» de bienes, por cierto no se refiere solamente a Europa y a la Unión. Esta implica el mercado global en su total complejidad que «tiende a diversificar la protección de los bienes según la importancia de los valores que expresa y de los intereses que realizan en el contexto social».

El diluvio cotidiano de innovación, nos pone constantemente enfrente a la noción de inmaterialidad y de bienes que asumen una índole propia de difícil colocación, ni siquiera en la tradicional noción de bien inmaterial que la revolución industrial nos ha dejado.

3. Los nuevos bienes del derecho U.E. Nos recuerda una autorizada doctrina: que por «bien» ha de entenderse la noción, que «ha sido elaborada por nuestra experiencia jurídica, para designar los objetos de la propiedad y de la posesión, o mejor dicho, para designar lo que era susceptible de una forma de pertenencia relacionada con la propiedad románica o con el *Gewere germánico*». Como ya recordado con anterioridad, sin embargo, los conocimientos científicos, el progreso tecnológico y la difusión a nivel de masa del uso de los instrumentos informáticos y telemáticos, en los últimos años, han llevado a la emersión de nuevas unidades desprovistas del compo-

nente de la materialidad, que desaparece de la tradición románica y del *Gewere* con toda especie de consecuencia sobre las instancias de protección a ellas conectadas.

En el ámbito de este fenómeno se presenta el problema de la naturaleza jurídica y de la relevancia de nuevas «entidades» no corpóreas, como «impulsos electrónicos de movimiento», así también, frente a bienes pensados por el mismo ordenamiento entre los instrumentos para contribuir a fundar y a regular la disciplina general de un sector económico, como ya lo fue para la reglamentación de la competencia entre ejercicios comerciales y las llamadas licencias. En otros casos, en cambio, el régimen de las concesiones o de las autorizaciones se orienta por perspectivas simplemente económicas en relación con el fruto que el estado puede aprovechar, o por el hecho de que el estado no asuma directamente la tarea de la organización de un servicio público como ha ocurrido para los transportes.

En el caso de bienes materiales, la reglamentación del derecho de propiedad conserva aún hoy, una propia lógica y razón en la constante representación de la escasez del bien material como tal. Una cosa se la clasifica como bien en virtud de su utilidad y por su objetiva escasez, por lo que el derecho de propiedad con respecto a la relación entre hombres y cosas, permite gestionar su escasez a través de su apropiación. La propiedad sobre bienes materiales determina la presencia de una «*relationship both to and through objects of social wealth*».

En el caso de lo inmaterial, en cambio, la misma individualización del bien jurídico, o sea la creación de su ser algo a la cual no se le relaciona ninguna pertenencia en sentido técnico, es el resultado de un artificio legal que interviene «*before the relationship between rightholders and dutyholders can be filtered through these peculiar things*». Sin embargo los bienes inmateriales que hemos definido como tradicionales, por ser de hecho abstractos, desde un punto de vista económico se explotan siguiendo modalidades particulares, como también lo son las formas de protección a ellos concedidos.

La doctrina, entonces, ha interpretado la no-

ción de *new properties* como referida a todos aquellos bienes ni determinados ni clasificados en el código civil, ni siquiera a aquellos referidos en leyes especiales que a lo largo de los años se fueron elaborando, tratando de indicarles con fenómenos conectados al desarrollo tecnológico y a la actividad de empresa, destacando la dificultad de dar un sistemático rasgo unitario de diferentes características, dirigidos a la satisfacción de específicos intereses de los que derivan múltiples modelos normativos que los regulan.

Un rasgo unitario en la diversidad del caso de referencia ha sido hallado en la relación que se instituye entre entidad inmaterial y situación subjetiva activa, reconocida por el ordenamiento jurídico como relación con el sujeto. Con referencia a estas relaciones que el ordenamiento crea, el titular obtiene del bien la utilidad que ese puede otorgarle y lo hace con exclusividad, aún si esta utilidad no coincide con aquellas típicas de la relación entre bien material o inmaterial «tradicional» y propietario.

La utilidad de relación de pertenencia, aun siendo diferente de la pertenencia que caracteriza el contenido de los derechos reales tradicionales conectados a la corporeidad de la cosa, no es ni siquiera una relación rigurosamente de naturaleza personal, manteniéndose de todos modos, una relación que tiene como punto de referencia objetivo una entidad.

En el caso de las *new properties* como para cualquier otro bien inmaterial la destinación económica resulta comprendida en la misma situación jurídica que el legislador reconoce, sin embargo, la misma no se la explota económicamente de manera típica ni las correspondientes protecciones, como en el caso de los bienes inmateriales tradicionales. Es el legislador quien construye sea la situación jurídica que la constituyente: como decir que ambas son caras de la misma moneda.

La reglamentación jurídica del bien así también su génesis parece estar aún más relacionada con la protección de intereses de naturaleza personal del sujeto, propietario, usuario o de la autoridad que genera funcionalmente el bien. Los bienes expresan el

valor del interés que realizan en el contexto social y en el sector económico. A través de una disciplina diferenciada de los bienes se persigue el objetivo de satisfacer exigencias primarias de naturaleza diferente, variables entre persona y mercado.

4. Los nuevos bienes del derecho UE y el valor ético de los bienes.

Las relaciones que el ordenamiento UE regula son relaciones finalizadas a la conservación del sistema legal que nace en los Tratados. El mercado interno, en efecto, es el lugar en el cual la Unión, a través de las actividades económicas, intenta alcanzar un desarrollo armónico, equilibrado y sensible. También un elevado nivel de ocupación y de protección social, la igualdad entre hombres y mujeres: así también como aquella desea hallar a través de la organización del mercado, un crecimiento sostenible, un alto grado de competencia y de convergencia de los resultados económicos junto a un elevado nivel de protección del medio ambiente y la mejoría del tenor y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

La realización del mercado interno, en el perseguir los objetivos indicados ha significado, por lo tanto y esencialmente, la creación de un espacio de libre circulación.

El mercado está pensado, en efecto, como un sitio físico, jurídico, en el cual se asegura la circulación libre de los bienes, servicios, personas y capitales y donde constituir en su interior una unión de aduana.

En la fase inicial de la Unión la atribución de las libertades se realiza esencialmente con respecto a los sujetos llamados a realizar un preciso papel en el mercado, pero también considerando que los bienes que en este mercado tenían o tienen que circular respondan a determinados requisitos que permitan realizar las finalidades indicadas.

El derecho comunitario realiza entonces en el tiempo un proceso de individualización de los bienes que conllevan la idoneidad para circular en el mercado que está realizando. Esto dicta, por lo tanto, abundante normativa técnica que se genera tomando en consi-

deración particulares intereses que merecen protección relacionadas con específicas entidades objetivas. Entre éstas resalta el dato que los bienes no tengan que crear daños. El daño alteraría el mercado.

Entonces, principalmente los bienes destinados a la alimentación tienen que ser seguros. Se reconocen en el reglamento 178/2002 normas de relación sobre el presupuesto de que la seguridad alimentaria no puede terminar ni con la producción del producto - sano y seguro, dado de alta con técnicas productivas correctas y en ambientes saludables - ni con su distribución (traslado, conservación y comercialización en sitios saludables).

La empresa, por tal razón, se la llama a seguir ejercitando vigilancia e interés aún si «el alimento no se encuentra más, bajo el control inmediato del operador del sector alimentario».

La trazabilidad del producto, en efecto, con el reglamento 178 cit. se ha vuelto una obligación - a partir del primero de enero de 2005 - general y horizontal para todos los operadores del sector alimentario y de forrajes.

A partir del reglamento n. 178/2002 la trazabilidad se ha desarrollado como un verdadero sistema que responde a la exigencia de tener que conocer siempre, los pasos cumplidos por cualquier producto para establecer, yendo hacia atrás, la identidad, la historia y el origen. Se podrá de esta manera «proceder a minuciosos retiros asistidos o a otorgar informaciones a los consumidores o a los funcionarios responsables de los controles, evitando de este modo malestares más extendidos e injustificados cuando la seguridad de los alimentos esté en peligro»⁽⁷⁾.

Los responsables del respeto de la normativa alimentaria en el interior de una empresa, sea ésta alimentaria o de forrajes, o personas físicas o jurídicas, se les llama a predisponer procedimientos e instrumentos con el fin de que sean individualizadas, en cualquier momento, las empresas que les abastecen los bienes destinados a la producción alimentaria, o bien, aquellas empresas a las que ellos mismos les han cedido sus propios productos.

Estos datos, bien recogidos y conservados (trazabilidad «visible»), tienen que ser puestos a disposición de las autoridades competentes para cuando las mismas soliciten las correspondientes informaciones (trazabilidad «demostrable»), o cuando se haga necesario proceder con retiros precisos y rigurosos.

Esta nueva obligación identificada por el reglamento n. 178/02 en su contenido mínimo, está a cargo de los operadores del sector alimentario, se presupone que éstos últimos estén «en condiciones, mejor que cualquier otro, de elaborar sistemas seguros para el abastecimiento alimentario y para garantizar la seguridad de los productos proporcionados»⁽⁸⁾.

La obligación indicada, incita a las empresas alimentarias, del sector de forrajes, como también a aquellas importadoras a que «individualicen por lo menos la empresa que les ha abastecido el alimento, el forraje, el animal o la sustancia que puede entrar a formar parte de un determinado alimento o de un determinado forraje, de manera tal que la trazabilidad pueda ser garantizada en cualquiera de las fases de investigación»⁽⁹⁾, comprendida aquella de la producción primaria⁽¹⁰⁾.

La trazabilidad⁽¹¹⁾ representa una de las modalidades con las que el legislador comunitario persigue la finalidad de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana, el interés del consumidor, como también el eficaz funcionamiento del mercado.

Los juguetes tienen que ser seguros. Con la directiva 88/378/CE, referida a la seguridad de los juguetes, la Comunidad no sólo determina la noción de juguete sino que establece también los *standard* mínimos con los que se encomienda tutela de la salud y la seguridad de los potenciales usuarios que son los niños. De gran importancia también es la directiva sobre la emisión en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados la cual no solamente introduce una definición

⁽⁷⁾ Véase el *Considerando* n. 28.

⁽⁸⁾ Se vea el *Considerando* n. 30.

⁽⁹⁾ Así el *Considerando* n. 29.

⁽¹⁰⁾ Véase el art. 3, punto 16, Reg. n. 178/2002.

⁽¹¹⁾ Véase el art. 18, Reg. 178/2002.

comunitaria del fenómeno que excluye al ser humano, sino que aspira a armonizar las normativas sobre la absorción en el comercio de organismos o productos constituidos por OGM o que lo contienen, confirmando bajo forma de cláusula de salvaguardia, el principio de precaución por el que, sobre la base de nuevos o suplementarios conocimientos científicos, ante motivos fundados de riesgo para la salud humana y para el medio ambiente, cada Estado puede, por un período temporal, limitar o prohibir la utilización o la venta en su propio territorio.

La misma investigación, en función de su papel potencial en el mercado, se interroga sobre qué puede convertirse en un bien jurídico y qué no, y es en este sentido, desde el punto de vista ético del concepto, se excluye la idea de que éste pueda ser el embrión.

La referencia se hace con respecto a la sentencia sobre experimentación y embrión⁽¹²⁾. El Tribunal examinaba el texto de la Directiva n. 98/44/CE, sobre la patentabilidad de células troncales embrionarias. Los jueces de Luxemburgo parten desde la consideración que la directiva examinada, si bien no otorga ninguna definición de embrión humano, no se remite a los derechos nacionales para determinar el significado de esta expresión. La «expresión», sin embargo, ha de ser clarificada, sigue el Tribunal, porque es presupuesto para la aplicación de la misma directiva. La ausencia de referencia con respecto a los ordenamientos nacionales implica la necesidad de que se efectúe su cualificación, considerándola noción autónoma del derecho de la Unión, es decir que la noción de embrión con el propósito de que sea aplicada la directiva, tiene que ser interpretada de manera uniforme sobre el territorio de dicha Unión. El Tribunal de justicia continúa recordando que la falta de una definición uniforme de embrión humano, determinaría el riesgo, de que los autores de algunos inventos de naturaleza biotecnológica, se sientan tentados de solicitar su patentabilidad en los Estados

miembros que conciben de manera menos restrictiva la noción de embrión humano, cuando la patentabilidad de los mismos inventos se excluiría en otros Estados miembros. Esta situación sería potencialmente perjudicial para el funcionamiento del mercado interno en este sector específico - que constituye la finalidad de la directiva de la que se trata - como también de la totalidad del mercado.

Este es el trayecto lógico que ha llevado a cualificar la condición de embrión humano en términos unitarios⁽¹³⁾, que abstrayéndolo del caso concreto refleja la utilización del principio del sentido autónomo. Esta es la condición para identificar al sujeto que sobresale y que tiene que ser reconocido por el derecho de la UE para la reglamentación de algunos tipos de relaciones jurídicas.

Por último, gracias también a la autónoma y específica consideración reservada al medio ambiente a partir del Acta única. Se ha enriquecido progresivamente en los últimos años el área de «bienes colectivos», es decir de aquellos bienes que se sustraen a la apropiación privada y se somete a una disciplina particular destinada a la conservación de los mismos.

Este último aspecto se resalta en aquellas hipótesis en las que se incrementa la colectividad de copropietarios (como en el caso de usos cívicos, «università agrarie» y en general todas las formas de copropiedad), hasta el punto que, con respecto a determinados fenómenos, la referencia a la categoría del derecho subjetivo se vuelve incluso engañosa, a pesar de que la doctrina cualifica los poderes, que concretamente el Estado ejerce sobre

⁽¹²⁾ Tribunal de justicia, 18 de octubre de 2011, C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V.*, en Rec. 2011, p. I-9821.

⁽¹³⁾ Tribunal de justicia, 18 de octubre de 2011, C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V.*, cit., se vea el punto 38), por el cual: «constituye "embrión humano" cualquier óvulo humano desde su fecundación, cualquier óvulo no fecundado en el cual se le haya implantado el núcleo de una célula humana madura y cualquier óvulo humano no fecundado que, a través de partenogénesis haya sido inducido a dividirse y a desarrollarse; será el juez quien establezca, en consideración con los desarrollos de la ciencia, si una célula troncal embrionaria obtenida a través de un embrión humano en la fase de blastocitos constituía un "embrión humano" de conformidad con el art. 6, n. 2, letra c), de la directiva».

ellos, como asimilables a los que la ley reconoce al propietario.

Los bienes públicos destinados a la utilización colectiva adquieren importancia objetiva, convirtiéndose en punto de referencia de una situación subjetiva que no presenta ninguna analogía ni con el derecho de propiedad ni con las otras posiciones jurídicas caracterizadas por la exclusividad.

En efecto, en estos casos la protección del interés no es tan fuerte para que dé lugar a una forma de apropiación de carácter exclusivo, es decir a un derecho subjetivo, sin embargo, ésta es idónea para garantizar una peculiar forma de apropiación y, por lo tanto, para actuar con criterio mediante el cual el ordenamiento hace asumir a cada entidad las importancias de bienes en sentido jurídico. El interés que el ordenamiento protege es, en efecto, el que poseen los componentes de la colectividad para utilizar dichos bienes.

Este interés, sin embargo, como ya dicho con anterioridad, no se formaliza a través de un esquema del derecho de propiedad.

Las consideraciones hechas se amplifican a causa de la actual reflexión sobre los llamados bienes comunes. En este caso ningún concepto de exclusividad ni siquiera mediado por la mano del Estado puede conducir a ellos. Por esa razón no tiene sentido ni siquiera referirse al Estado ya que el uso ha de ser asegurado más allá de la idea de ciudadanía. Las Convenciones internacionales que los identifican trazan las interrelaciones entre la capacidad de vida que debe asegurarse a cada persona y el bien instrumental para llevar una vida digna, confirmando como el nexo tradicionalmente instituido entre propiedad y bienes no tenga razón de ser.

Valentina Colcelli

Buena fe

Bibliografía: ARROYO RAMÍREZ, voz *Aquiescencia*, en MÁRQUEZ ROMERO (coord.), *Enc. jurídica mexicana*, t. I, A-B, México, 2002, p. 312; BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4ª ed. revisada, St. Paul, Minn., 1968, p. 822; BORGA, *Buena Fe*, en *Enc. jurídica Omeba*, t. III, Driskill, Buenos Aires, 1992, pp. 403-410; BECERRA, *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, Amsterdam, 2007; CASTRO VILLALOBOS, AGRAMÓN GURROLA, *Diccionario de Derecho internacional público*, 2ª ed., Oxford, México, 2010; DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, 20ª ed., actualizada por DE PINA GARCÍA, México, 1994, p. 136; ENGELN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A study of Articles 31, 31 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, IBFD, vol. 7, Doctoral Series, Amsterdam, 2004, pp. 128-129; ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Oxford, 2004; GARCÍA NOVOA, *Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, en *Estudios de Derecho*

Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición, coord. GODOY FAJARDO, Bogotá, 2006, pp. 19-20; ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, 2004; PALOMAR DE MIGUEL, *Diccionario para Juristas*, t. III, j-z, México, 2000; QURESHI, *Interpreting WTO Agreements, problems and perspectives*, Cambridge, 2006; SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, 22ª ed., México, 2005; TRON, MOGUEL, LORENZO, LIÑERO, *Interpretación de Tratados*, láminas presentadas en *Aspectos Controvertidos en Tributación Internacional*, México, 2006, versión electrónica, p. 9; WARD et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, Amsterdam, 2005, p. 45; WATSON et al., *Diccionario de Términos Jurídicos español-inglés, english-spanish*, Madrid, 2002; WOUTERS, VIDAL, *Non-tax treaties: domestic courts and treaty interpretation*, Capítulo I de *Courts and Tax Treaty Law*, coord. MAISTO, vol. 3 de EC and International Law Series, Amsterdam, 2007, p. 34.

1. Principio jurídico fundamental ⁽¹⁾. De Pina define a la buena fe, como la «disposición de ánimo que lleva a proceder leal y sinceramente en las relaciones con el prójimo, convicción personal en que se encuentra un sujeto de que obra correctamente cuando se ostenta como titular de un derecho o como propietario de una cosa, cuando formula una pretensión jurídica y cuando rechaza la que sea formulada frente a él» ⁽²⁾. A su vez, Henry Black, la explica como «honestidad de intención y libertad del conocimiento de las circunstancias. (...) Una honesta intención de abstenerse de tomar cualquier ventaja de otro, aún bajo tecnicismos legales, junto con la ausencia de toda información, noticia, o beneficio o creencia de hechos que podrían volver una transacción involuntaria» ⁽³⁾. En otras palabras, la buena fe se refiere, en un sentido positivo, a actuar lealmente, absteniéndose de tomar ventaja de otro, aun cuando ese otro desconozca las consecuencias de lo que se decide o negocia. Impone a cada parte la obligación de tener en cuenta lo que realmente se negoció. Se ha considerado un principio general que puede ser entendido en dos sentidos: Subjetivo, que se refiere al «espíritu de lealtad, de intención recta, de sinceridad que debe predominar a nivel conclusión del acuerdo internacional» y Objetivo, que es el «criterio utilizable en la interpretación y aplicación de situaciones jurídicas nacidas a propósito de un tratado», es decir, en cada caso concreto ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Este concepto «se corresponde tanto con imperativos éticos de estricta moral, como honestidad lealtad, veracidad, como con imperativos ético-jurídicos de la intersubjetividad, según supuestos generales y expresas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento positivo, que responden a la exigencia de comunicabilidad (...) absteniéndose del engaño que perjudica, poniendo diligencia inexcusable en la acción, etc.». Cfr. BORGHA, *Buena Fe*, en *Enc. jurídica Omeba*, t. III, Bibliográfica Omeba, Driskill, Buenos Aires, 1992, pp. 403-410, citas en la 404 y 409.

⁽²⁾ DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, 20ª ed., actualizada por De Pina García, México, 1994, p. 136.

⁽³⁾ BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4ª ed. revisada, St. Paul, Minn., 1968, p. 822, trad. informal de Hallivis.

⁽⁴⁾ DÍAZ ALBONICO, citado por ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Oxford, 2004, p. 19. En el mismo sentido, WOUTERS, VIDAL, *Non-tax treaties: domestic*

De hecho, es uno de los principios en los que está basada la Organización de las Naciones Unidas ⁽⁵⁾, y se considera un principio general «como se constata frecuentemente por la doctrina y la práctica de los Estados» ⁽⁶⁾. De esta forma, según García Novoa, el principio de buena fe impone a cada parte «la obligación de tener en cuenta el interés de las demás, que es a lo que, en última instancia, remite el concepto de la buena fe aplicado en el ámbito del derecho público y a un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar» ⁽⁷⁾.

O'Connor define al principio de buena fe en el Derecho internacional como «un principio fundamental del cual la regla pacta sunt servanda y otras reglas distintivamente y directamente relacionadas con honestidad, justicia y razonabilidad se derivan y su aplicación de estas reglas se determina en cualquier tiempo por las pautas obligatorias de honestidad, justicia y razonabilidad que prevalezcan en la comunidad internacional en ese tiempo» ⁽⁸⁾.

Esto supone otorgar preferencia a la interpretación que mejor se adecue al cum-

courts and treaty interpretation, capítulo I de *Courts and Tax Treaty Law*, coord. MAISTO, vol. 3 de *EC and International Law Series*, Amsterdam, 2007, p. 34.

⁽⁵⁾ Carta de las Naciones Unidas, art. 2, 2: «Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta». SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, 22ª ed., México, 2005, p. 456. Becerra nos informa, además, que una de las referencias a éste principio la podemos encontrar en el art. 13 de la Liga de las Naciones. Asimismo, éste autor cita una serie de resoluciones en las que se hace referencia a este principio: BECERRA, *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, Amsterdam, 2007, p. 36-40.

⁽⁶⁾ ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, 2004, p. 19.

⁽⁷⁾ GARCÍA NOVOA, *Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, en GODOY FAJARDO (coord.), *Estudios de Derecho Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición*, Bogotá, 2006, pp. 19-20.

⁽⁸⁾ O'CONNOR, citado por WARD ET AL, *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, Amsterdam, 2005, p. 45.

plimiento de las obligaciones objeto del tratado de acuerdo con una exigencia de «equilibrio» de intereses entre los estados firmantes, «lo que excluiría, por ejemplo, que una parte obtuviese ventajas derivadas de expresiones ambiguas del texto o de un error que se hubiese manifestado en el momento de la redacción del texto.»⁽⁹⁾ Dicho de otra forma, este principio ilumina la actividad interpretativa y lleva al intérprete a optar por la interpretación que mayor eficacia dé al tratado⁽¹⁰⁾.

Qureshi, por su parte, comenta que la buena fe implica no tomar conocimiento de aquellas fuentes que están sostenidas o viciadas con mala fe o que resultarían en consideraciones que darían lugar a una ventaja injusta y concluye que el requerimiento de buena fe en proceso de interpretación está muy cerca «si no es que contaminado, con el requerimiento de comprometerse con la justicia en el proceso de interpretación, aunque dentro de los parámetros del acuerdo»⁽¹¹⁾.

De esta forma, según García Novoa, el principio de buena fe impone a cada parte «la obligación de tener en cuenta el interés de las demás, que es a lo que, en última instancia, remite el concepto de la buena fe aplicado en el ámbito del derecho público y a un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar»⁽¹²⁾. El principio de Buena Fe implica en la práctica tres conceptos esenciales: aquiescencia (consentimiento o aceptación tácita), Estoppel (impedimento) y expectativas legítimas⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ WOUTERS, VIDAL, *Non-tax treaties: domestic courts and treaty interpretation*, cit., p. 34.

⁽¹⁰⁾ Cfr. QURESHI, *Interpreting WTO Agreements, problems and perspectives*, Cambridge, 2006, p. 13.

⁽¹¹⁾ De hecho, éste autor alerta de que este principio es de «textura abierta» y lo difícil que es probar que alguna de las partes actuó de mala fe, QURESHI, *Interpreting WTO Agreements, problems and perspectives*, cit., pp. 13-15, cita en p. 15.

⁽¹²⁾ GARCÍA NOVOA, *Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, cit., pp. 19-20.

⁽¹³⁾ Por su definición preferimos denominar de aceptación tácita al de aquiescencia: TRON, MOGUEL, LORENZO, LIÑERO, *Interpretación de Tratados*, láminas presentadas en *Aspectos Controvertidos en Tributación Internacional*, México, 2006, versión electrónica, p. 9.

2. Principio de convalidación o aquiescencia. El principio de aquiescencia, es poco conocido en países de habla hispana. Podríamos denominarlo de aquiescencia, o consentimiento tácito⁽¹⁴⁾ o no expreso, es equivalente a asentir, a consentir, autorizar, aceptar, aprobar dar beneplácito⁽¹⁵⁾, nosotros agregaríamos: tácitamente. Aquiescencia, proviene del latín *acquiescentia*, asenso, consentimiento «Equivale a lo que en derecho civil se conoce también como ratificación o confirmación. Es un acto a través del cual se convalida un acto anulable. En lugar de que la persona haga valer judicialmente la respectiva nulidad relativa, ésta se extingue mediante la aquiescencia o confirmación. La convalidación del acto puede ser por voluntad expresa o tácita, o bien, por el transcurso del tiempo»⁽¹⁶⁾.

Según Black «la conducta que reconoce la existencia de una transacción e intenta...de alguna manera, por lo menos, llevar a cabo la transacción o permite que se lleve a cabo. Es un acto no deliberadamente destinado a ratificar una transacción anterior anulable, pero acepta la transacción como existente e intenta por lo menos de alguna forma llevar a cabo y obtener o exigir los beneficios resultantes de él y de esta forma difiere de la confirmación, la cual implica un acto de-

⁽¹⁴⁾ Según el *Diccionario de términos jurídicos de España*, *acquiescence* quiere decir «(...) anuencia (...) conformidad, allanamiento»: WATSON et al., *Diccionario de términos jurídicos español-inglés, english-spanish*, Madrid, 2002, p. 184. Según De Pina, quiere decir «que no se expresa formalmente, sino que se supone e infiere»: DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, cit., p. 468. Según Palomar, tácito viene del latín *tacitus (...) tacere*, callar y quiere decir «(...) que no se expresa formalmente, sin que se infiere o supone por algunas razones que lo persuaden». Cfr. PALOMAR DE MIGUEL, voz *Aceptación tácita*, en *Diccionario para juristas*, t. III, j-z, México, 2000, p. 1501. Por su parte, aceptación tácita es la «originada de los hechos, de la adecuada ejecución o de la actitud que se ajuste a lo requerido o propuesto», *idem*, p. 24.

⁽¹⁵⁾ De hecho se completaría la definición con que es el consentimiento o aceptación «de una decisión tomada por otra persona»: *Diccionario manual de la lengua española*, vox, 2007, Madrid.

⁽¹⁶⁾ ARROYO RAMÍREZ, voz *Aquiescencia*, en MÁRQUEZ ROMERO (COORD.), *Enc. jurídica mexicana*, t. I, A-B, México, 2002, p. 312.

liberado, destinado a renovar y ratificar una transacción que puede ser anulable»⁽¹⁷⁾.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, Cheng considera que el principio de buena fe protege la confianza que un Estado puede razonablemente tener en las palabras de otro y el principio de buena fe incluye las promesas, las cuales deben ser fielmente aceptadas de tal manera que la confianza que los otros pudieran razonablemente poner en ellos no sea traicionada. De esta forma, se sigue que si un Estado se ha abstenido de protestar contra una práctica consistente y razonable de otro Estado en la aplicación de un tratado vigente entre ellos, el primer Estado debe considerar como que aceptó tácitamente y por lo tanto precluyó su derecho a más tarde argumentar de buena fe que esa práctica constituye una violación al tratado y que, por lo tanto, hay una responsabilidad internacional del otro Estado⁽¹⁸⁾.

3. Principio de impedimento (Estoppel).

Según Sinclair el término «“Estoppel” ha sido utilizado para indicar un principio legal que opera para precluir una parte de negar ante un tribunal la verdad de una declaración de hechos presentada previamente por esa parte a otra parte por medio de la cual esa otra parte se ha conducido en su detrimento o la parte realizando la declaración ha obtenido algún beneficio»⁽¹⁹⁾.

Para Castro y Agramón este principio tiene su origen en la doctrina «de los actos propios», que se refiere, en Derecho internacional, a que a un Estado lo obliga lo que haga

(sus propios actos), además de la obligación de actuar de buena fe y del Derecho de otros Estados a fiarse de su conducta e implica que «un Estado no puede adoptar una posición o una acción, afirmar un hecho o un derecho ni negar un hecho o un derecho que sean incompatibles con una conducta anterior, si ello se traduce en un perjuicio para otro Estado (...). Son tres los elementos que entran en la noción del Estoppel: 1. Una situación creada por la actitud de un Estado, actitud primaria. 2. Una conducta seguida por otro Estado, actitud secundaria, que se basa directamente en la primera actitud. 3. La imposibilidad del Estado que adoptó la actitud primaria de hacer alegaciones contra la misma o de manifestarse en sentido contrario. El Estoppel tiene, por tanto, una carácter de límite, de restricción; cumple una función de privación o pérdida de derechos.»⁽²⁰⁾.

De hecho, su definición en un diccionario inglés-español, se refiere a la «imposibilidad legal de admitir una afirmación o alegación contraria a lo que se ha afirmado o alegado anteriormente». Para Black «stop» significa parar, impedir, prevenir, precluir, «Estoppel» se refiere a que «los propios actos o la aceptación de ellos de un hombre “paran” o cierran su boca para alegar o defenderse (...) un “Estoppel” surge cuando uno es impedido por la Ley para hablar contra sus actos o hechos (...) una posición inconsistente una actitud o una conducta no puede ser adoptada para la pérdida o el daño de otro (...) es un impedimento o prohibición que precluye los alegatos o la negativa de ciertos hechos o declaraciones de hechos, como consecuencia de un alegato, acto, conducta o negación previo o en consecuencia de una decisión final del asunto en un tribunal (...) cuando uno de dos sufren, aquel cuyos

⁽¹⁷⁾ Surge cuando persona que sabe que está en posibilidades de rechazar una transacción o de obligar al cumplimiento de un derecho, consiente o aprueba tácitamente, dejando las cosas en el estado en que se encuentran y no hace nada por un tiempo que permite pensar a la otra persona que ha renunciado a su derecho, BLACK, *Black's Law Dictionary*, cit., p. 40.

⁽¹⁸⁾ CHENG citado por ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A study of Articles 31, 31 and 33 of the Viena Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, IBFD, vol. 7, Doctoral Series, Amsterdam, 2004, pp. 128-129.

⁽¹⁹⁾ CHENG citado por ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, cit., p. 52.

⁽²⁰⁾ Fue la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental de 1933 (*Noruega v. Dinamarca*), originado por las desafortunadas declaraciones del canciller de Noruega, Ihlen, quien tuvo ocasión de sentar las bases de esta institución, que ha adquirido gran relevancia. CASTRO VILLALOBOS, AGRAMÓN GURROLA, *Diccionario de derecho internacional público*, 2ª ed., Oxford, México, 2010, p. 104.

actos ocasionaron la pérdida es el que debe soportarla (...) los elementos esenciales del Estoppel incluyen cambio de posición de las partes, de tal forma que esa parte contra la cual se invoca el Estoppel ha recibido una ganancia o beneficio de la parte que invoca el Estoppel ha cambiado su posición en su detrimento»⁽²¹⁾.

Según Engelen, una forma del principio de buena fe puede surgir cuando una de las partes ha aceptado tácitamente una interpretación particular en el curso de las negociaciones argüida en el curso de una aplicación rutinaria del tratado. Para él, «Si ambas partes han aceptado tácitamente una particular interpretación, esto lleva a un acuerdo tácito, que debe ser tomado en cuenta para propósitos de interpretación de acuerdo con el párrafo 2 (a) subpárrafo 3 (a) del art. 31 de la CV, que tratan, respectivamente, de cualquier acuerdo entre las partes que se concluye en conexión con la conclusión del tratado y cualquier acuerdo subsecuente entre las partes que trate de la interpretación del tratado o la aplicación de este precepto»⁽²²⁾.

4. Principio de protección a las expectativas legítimas. Para Engelen, la doctrina de las expectativas legítimas protege los intereses justos y razonables de una parte que, basada en las acciones o inactividad de la otra parte, tiene toda razón para creer que el tratado debe ser interpretado y aplicado de una forma particular. Por ejemplo, «si durante las negociaciones o en el curso de la aplicación rutinaria del tratado, una parte primero se abstiene de protestar contra una interpretación adelantada o realizada en forma consistente por la otra parte, dando a la otra parte una razón legítima para creer que había acuerdo con esa interpretación, pero después se afirma que una diferente interpretación se pretendía, la cual, dadas las circunstancias, sería más benéfica para ese Estado. Si durante las negociaciones o en el curso de la aplicación del tratado, una par-

te ha tomado consistentemente la posición de que un precepto del tratado debe ser interpretado de una forma particular y era sobre la base de que la otra parte accedió a su inclusión al tratado, o estuvo de acuerdo en otorgar ciertos beneficios directamente asociados con esa interpretación, eso sería deshonesto, injusto e irrazonable si después niega esa interpretación.»⁽²³⁾.

Similar al «impedimento», este principio se enfoca en la relación de dos partes y mira a la perspectiva del receptor más que al simple significado de las palabras que supuestamente indican la voluntad mutua de las partes. Consiste en que si un Estado, en virtud de las acciones de otro Estado, contraparte en un tratado, tiene bases para pensar que su actuación será en un determinado sentido la otra parte no podría cambiar la situación porque ha generado expectativas legítimas de que actuará (o no actuará) de una determinada forma, «los elementos necesarios para reclamar una violación de las expectativas legítimas son: una expectativa de un actor para hacer algo o abstenerse de hacer algo: una razón legalmente válida para tener la expectativa; daño; y relación causal entre la acción o la inacción y el daño»⁽²⁴⁾.

Engelen completa que sin embargo, para que las expectativas sean protegidas, deben, «por supuesto, ser legítimas; la buena fe solo protege las expectativas de un Estado que se conduce de una forma honesta, justa y razonable».

Manuel Luciano Hallivis Pelayo

⁽²¹⁾ BLACK, *Black's Law Dictionary*, cit., p. 648.

⁽²²⁾ ENGELN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, cit., p. 136.

⁽²³⁾ Comenta Engelen que el comentario al art. 71 de Sir Humphrey Waldock's hace referencia al caso *Temple*, en el cual la CIJ sostuvo que «la práctica de una parte en un tratado bilateral la impide a después negar una interpretación de una cláusula en particular respecto de la cual aparentemente estuvo de acuerdo», *idem*, pp. 136-137.

⁽²⁴⁾ WARD et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, cit., p. 51-52.

Compromiso de los Estados de adoptar medidas

Bibliografía: ASTRID OSORIO, *La realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales, una aspiración insatisfecha: a propósito de las personas privadas de la libertad*, en *Rev. int. de Derechos Humanos*, año II - n. 2/2012, p. 145; BOLIVA LIGIA, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales desde una perspectiva de género*; en *Rev. quebeoise de droit international*, 1998, 1, p. 157 ss.; GARRETON, *Derechos Humanos y política públicas. En Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR. Un compromiso regional. Observatorio de Políticas públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR*, Montevideo - Uruguay, 2004, p. 15 ss.; SOMMER, *El deber de adoptar medidas para la supresión de la trata de personas como política de estado en el marcode sistema internacional de derechos humanos*, en *Revistas.unc.edu.ar*, vol. 1, n. 1, 2009; PLESSMANN, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización*, en *Rev. electrónica Aportes Anidns*, n. 23.

El derecho internacional de los derechos humanos ha robustecido los contenidos de las Constituciones y leyes de los Estados miembros de la comunidad internacional, a través de la incorporación de una extensa nómina de obligaciones que incumben a los Estados respecto de los derechos que esos instrumentos reconocen. Su cumplimiento, claro está, es insoslayable y exigible judicialmente. Generalmente, esos deberes se agrupan bajo la denominación común de «compromiso de adoptar medidas», cuyo sustento normativo se encuentra, en el plano internacional, en los arts. 2.1 del PIDESC, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 1 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales («Protocolo de San Salvador»).

La primera de las previsiones citadas permite afirmar, según lo ha interpretado el Comité DESC en la Opinión Consultiva n. 3, que si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este ob-

jetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados⁽¹⁾. Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten «providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional (...) para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad» de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, «si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos».

De acuerdo con estas apreciaciones de los órganos internacionales de vigilancia y protección de los derechos humanos, se trata de obligaciones de *respetar*, de *proteger* y de *cumplir* que imponen a los Estados la obligación de implementar, de manera inmediata, políticas públicas concretas, deliberadas y orientadas lo más específicamente posible hacia la plena satisfacción de los compromisos asumidos⁽²⁾.

En consecuencia, se exige a los Estados «producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte», de manera que «los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de

⁽¹⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 3, párrafo 2.

⁽²⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 3, párrafo 2.

[sus] obligaciones (...)»⁽³⁾. En concordancia con el contenido del deber enunciando, las Directrices de Maastricht expresan que ya sea que se trate de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole, siempre deben resultar «adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos»⁽⁴⁾.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el adecuado cumplimiento de este deber supone el dictado de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, de manera que las personas puedan disfrutar realmente del derecho respectivo⁽⁵⁾.

En términos análogos, la CIDH también ha afirmado en diversas oportunidades que la primera obligación asumida por los Estados Partes es la de «respetar los derechos y libertades» reconocidos en el Pacto, toda vez que el ejercicio de las potestades estatales tiene límites precisos que le impone el reconocimiento de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado.

Por su parte, la restante obligación - esto es, la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos - implica, siempre según la Corte Interamericana, «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»⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 9, párrafos 5 y 7.

⁽⁴⁾ Directrices de Maastricht, párrafo 6.

⁽⁵⁾ CIDH, *Castillo Petrucci et al.*, 30/5/99, Serie C, n. 52, párrafo 207; *Id.*, *Durand y Ugarte*, Serie C, n. 68, 18/8/00, párrafo 137; *Id.*, *Cantoral Benavides*, Serie C, n. 69, 18/8/00, párrafo 178; *Id.*, *Hilaire, Constantine y Benjamín et al. v. Trinidad y Tobago*, Serie C, n. 94, 21/6/02, párrafo 213.

⁽⁶⁾ CIDH, *Velásquez Rodríguez*, 29/7/88, Serie C, n. 4, párrafos 165-166; *Id.*, *Godínez Cruz*, 20/1/89, Serie C, n. 5, párrafos 174, 175 y 176; *Id.*, *Bámaca Velásquez*, 25/11/00, Serie C, n. 70, párrafo 210; Tribunal Constitucional, *Aguirre Roca, Rey Terry y Tevored*

La concreción de estas obligaciones es, en definitiva, una aplicación concreta del principio del *effet utile*, al cual se ha referido recurrentemente la Corte Interamericana en diversas oportunidades, y que ha sido definido como la obligación de cada Estado de adoptar todas las medidas necesarias para que la Convención sea cumplida y puesta en práctica en el orden jurídico interno, adaptándose la actuación estatal a la normativa de protección del tratado, a cuyos fines debe «remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce»⁽⁷⁾. Todo este entramado de deberes tiene como punto de partida una premisa: el objetivo primordial de todo el sistema protectorio en materia de derechos humanos es, en concreto, exigir el cumplimiento de las medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. Este deber-garantía estatal adquiere especial relevancia cuando un individuo se encuentra en situación de vulnerabilidad por causas ajenas a su voluntad, por cuanto - en ese contexto - las autoridades públicas deben brindar los medios de protección que permitan el desarrollo armonioso de la personalidad, el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos y la superación de ese estado de vulnerabilidad⁽⁸⁾.

Asimismo, este conjunto de obligaciones presupone, también, la interdependencia e indivisibilidad de estos derechos fundamentales. En tal sentido, el Preámbulo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prescribe: «con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos».

Tarsano v. Perú, 31/1/01, Serie C, n. 71, párrafo 109, entre otros.

⁽⁷⁾ CIDH, *Hilaire, Constantine y Benjamín et al.*, cit., párrafos 112 y 151, entre otros.

⁽⁸⁾ CIDH, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/02, Serie A, n. 17, párrafos 53, 80, 88 y 93, entre otros.

En concordancia, la Declaración y el Programa de Acción de Viena - Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 - prescribe que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes. Por su parte, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1993/94 proclama: «toda distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos».

También el Preámbulo del Protocolo de San Salvador contiene previsiones similares, al establecer lo siguiente: «Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros».

Esta afirmación es, a su vez, consecuente con lo establecido en los Principios de Limburgo, en cuanto enuncian que «en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos, los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales»⁽⁹⁾.

Finalmente, la Declaración de Quito, en su punto 13, dispone: «La fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana. La democracia, la justicia, la paz, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. 14. Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los DESC tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que

los derechos civiles y políticos. 15. El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales. 16. La persona es sujeto de todos los derechos y libertades, y los Derechos Humanos implican el fortalecimiento de oportunidades y capacidades para que las personas puedan disfrutarlos». Por su parte, el principio de indivisibilidad de todos los derechos esenciales ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha dicho que el dualismo derechos civiles-políticos y derechos socioeconómicos es artificial, ya que no existen compartimentos estancos entre ambas categorías, como lo demuestra el hecho de que el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos incluyó derechos de contenido social y prestacional.

De acuerdo con las previsiones citadas, resulta evidente que - en el ámbito internacional - se ha superado esa diferenciación de los derechos y su jerarquización, para dar paso a una concepción integral que garantiza su indivisibilidad e interdependencia, de manera que la existencia de diferentes instrumentos sólo obedece a la necesidad de establecer diferentes medidas que deben adoptar por los Estados para su aplicación, y no a la intención de dividirlos o jerarquizarlos.

Todo este plexo de derechos, sus correspondientes obligaciones y su interpretación por los órganos internacionales de vigilancia proyecta sus consecuencias directamente sobre las conductas de los órganos de los Estados partes. En especial, respecto de las autoridades y los funcionarios que tienen a su cargo la gestión e implementación concreta de las políticas públicas dirigidas a la provisión de prestaciones de índole social, que constituyen un presupuesto indispensable para el ejercicio de esos derechos por parte de los grupos vul-

⁽⁹⁾ Principios de Limburgo, párrafo 3.

nerables o desaventajados. Entonces, de conformidad con las obligaciones que derivan de la concreta aplicación de la normativa internacional en análisis, las autoridades estatales se encuentran comprometidas internacionalmente a respetar, al menos, un *contenido mínimo* de los derechos reconocidos por el ordenamiento supranacional. A su vez, según ha sostenido el Comité DESyC - refiriéndose específicamente a los derechos económicos, sociales y culturales - este deber se desvincula de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad, puesto que de otra forma el PIDESC «carecería en gran medida de su razón de ser»⁽¹⁰⁾.

En tal sentido, el Comité ha sostenido que todos los Estados Partes tienen a su cargo la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, al menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos enumerados en el Pacto. Así, se ha afirmado: «un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. (...) El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas»⁽¹¹⁾.

En términos concordantes, las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen: «un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial

de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos" (...). Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad».

En la misma línea, los Principios de Limburgo señalan la existencia de un deber de garantizar el respeto de derechos mínimos de subsistencia, así como el de proporcionar servicios esenciales, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico⁽¹²⁾. Asimismo, se afirma que esta obligación resulta «inderogable», de manera que un Estado «no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento»⁽¹³⁾. En concordancia con estos lineamientos, el ordenamiento internacional también prescribe que los derechos fundamentales, de acuerdo con ese contenido mínimo inderogable, deben ser garantizados de manera inmediata. Así, la Observación General n. 3, del Comité DESC expresa lo siguiente: «en particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (...). Otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del Artículo 2 en el sentido de adoptar medidas, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más cla-

⁽¹⁰⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General n. 3, párrafo 10; Directrices de Maastricht, párrafos 9 y 10.

⁽¹¹⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 3, párrafo 10.

⁽¹²⁾ Principios de Limburgo, párrafos 25 y 28.

⁽¹³⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 14, párrafo 47.

ramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto»⁽¹⁴⁾.

De manera complementaria a estas consideraciones, la Observación General n. 9 del citado Comité dispone: «es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata»⁽¹⁵⁾.

Teniendo en cuenta las pautas establecidas por dichos órganos y el contenido de las directivas internacionales, resulta evidente que, para que el Estado pueda invocar su incapacidad de cumplir con su obligación de garantizar, al menos, un estándar mínimo de satisfacción de los derechos humanos, debe necesariamente demostrar, primero, que ha intentado todos los cursos de acción a su alcance (incluyendo, por caso, recurrir a la ayuda internacional) y, luego, que ha adoptado todas las medidas a su alcance para asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos en las circunstancias de emergencia imperantes.

Las pautas establecidas por el ordenamiento supranacional permiten sostener que los Estados están obligados a asegurar la operatividad de los derechos fundamentales en todos los casos y de manera incondicional, mientras existan los recursos mínimos indispensables para alcanzar ese objetivo.

Es que, tal como ha sostenido la Corte Suprema de la República Argentina, «las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales»⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 3, párrafos 1 y 2.

⁽¹⁵⁾ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 9, párrafo 11.

⁽¹⁶⁾ Corte Suprema de la República Argentina, causa *Badin, Rubén v. Pcia. de Buenos Aires s/ daños y per-*

En este aspecto no es posible soslayar que - en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales - el PIDESC específicamente dispone: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2).

También los Principios de Limburgo contienen se refieren a una directiva similar, al señalar que «se obliga a los Estados partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico. Los recursos disponibles hacen referencia tanto a los recursos dentro del país como a aquellos disponibles a través de la cooperación y la asistencia internacional. Al hacer uso de los recursos disponibles, se deberá otorgar la prioridad debida con vistas a la realización de los derechos reconocidos por el Pacto teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a cada individuo la satisfacción de los requisitos de subsistencia, así como el proporcionarle los servicios esenciales».

El entramado normativo descrito permite afirmar, entonces, que los Estados no pueden desconocer operatividad a los derechos en cuestión bajo el argumento de la insuficiencia de recursos.

Es posible sostener, a modo de conclusión y de conformidad con las directrices antes reseñadas, que el conjunto de deberes en análisis determina que el contenido básico de todos los derechos se materialice - en definitiva - en un *derecho mínimo absoluto*, que se encuentra indisolublemente ligado a la salvaguarda de la propia existencia, dignidad y libertad de la persona humana y que debe ser adecuadamente garantizado por los Estados.

Pablo César Mántaras

Comunidad de derecho

Bibliografía: CANCELA OUTEDA, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, 2001; CARBONELL, OROZCO, VÁZQUEZ (ed.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*, Buenos Aires, 2002; STOLLEIS, *Europa como comunidad de derecho*, en <http://www.seminario-martinezmarina.com/>.

Es una expresión utilizada en el argot del derecho comunitario gracias a Walter Hallstein, un concepto que fue recogido de por Jacques Delors, past presidente de la Comisión Europea (1985-1995), para aludir precisamente a este proceso de integración. La comunidad de derecho no debe confundirse con el concepto de «Estado de Derecho», que es la expresión más difundida entre los países de Europa continental e Iberoamérica⁽¹⁾, en donde el concepto Estado se convierte en su marco de referencia primario; consideramos que es más cercana al significado de *Rule of Law*, de origen anglosajón, que significa la sumisión del poder al Derecho.

Con relación significado, procuraremos explicarlo en el marco de la Cultura Jurídica europea; para comenzar, en el momento que los pensadores de la Unión Europea empezaron a manifestar que Europa había de convertirse en una Comunidad de Derecho, no se referían al *ius commune* jurídico-privado como tampoco al Derecho de la iglesias de raíces cristianas, sino más bien a la unión de las diferentes economías europeas en un nuevo marco jurídico compartido. Por eso, luego se pudo sustentar el principio de la fuerza vinculante del Derecho; es decir, en la existencia supranacional de instituciones

que no son movidas por los vientos variables de la política, sino vigentes a través del tiempo.

La posibilidad de concebir el Estado moderno como una construcción jurídica con fronteras propias, principio de soberanía, una nueva entidad que entabla relaciones jurídicas con otros estados, dio como resultado que el ordenamiento jurídico nacional e internacional de cada estado comienzan a expresarse en una terminología igual para todos. Un segundo factor reposa en la tradición surgida gracias a Aristóteles, *La Política*, obra que en su momento fue traducida al latín, se convierte en la piedra angular para la formación universitaria de todo jurista. Sin embargo, en la actualidad, la comprensión de la Unión Europea por medio de una óptica constitucional demanda una puesta al día de las tradicionales categorías del Estado Moderno, pues debe ser examinada en un contexto político diferente del estatal, en el que la soberanía, territorialidad, políticas fronterizas, relaciones jerárquicas, unidad, homegeneidad y monopolización del Derecho casi no tienen espacio en un mundo globalizado y con comunidades políticas cada vez más integradas en bloques económicos⁽²⁾.

El contenido del concepto «comunidad de derecho» se puede apreciar a en la defensa de los derechos humanos y las garantías del debido proceso a un nivel supranacional. Los tribunales internacionales europeos y sus resoluciones son la muestra palpable de su efectiva realidad; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), son dos ejemplos de un siste-

⁽¹⁾ La denominación «Estado de Derecho» es una traducción literal de *Rechtsstaat*. Es una contribución alemana a la superación del absolutismo que expresa la regularidad e institucionalización del Estado, que ya no gira sólo en torno a la persona del príncipe.

⁽²⁾ Véase, CANCELA OUTEDA, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, Santiago de Compostela, 2001, p. 107.

ma de protección judicial diversificado y que tiene como eje central que el poder político está sometido al Derecho y debe actuar conforme a él para garantizar la protección

y establecer la estabilidad jurídica mediante sus resoluciones con un efecto vinculante⁽³⁾.

Carlos Guillermo Hakansson Nieto

⁽³⁾ Véase el trabajo de STOLLEIS titulado *Europa como comunidad de derecho*, en <http://www.seminariomartinezmarina.com/>; coloquio científico celebrado en Frankfurt el 10 de noviembre de 2008 con oca-

sión del Premio Walter Hallstein otorgado al pensador italiano Claudio Magris, traducido por Ignacio Gutiérrez (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid-España).

Conciliación de la vida profesional y laboral

Bibliografía: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, *La Ley del gualdad: Consecuencias Prácticas en las Relaciones Laborales y en la Empresa*, en *Lex Nova*, 2007; MERCADER UGUINA (COORD.), *Comentarios laborales de la Leyde Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Madrid, 2007; MONTOYA MELGAR, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (dir.), *Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva demujeres y hombres*, en *Civitas*, 2007; SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, New York, 1998; SÁNCHEZ TRIGUEROS, ARETA MARTÍNEZ, *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Civitas. Rev. española de derecho del trabajo*, n. 141, 2009; SÁNCHEZ TRIGUEROS, SEMPERE NAVARRO (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, New York, 2008.

1. Premisa. Las medidas dirigidas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral constituyen una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Actualmente las mujeres siguen asumiendo en mayor medida que los hombres las responsabilidades familiares, la llevanza del hogar o de las tareas domésticas o el cuidado de las personas dependientes; eso provoca que se enfrenten con mayores dificultades para equilibrar su presencia en el ámbito laboral y familiar, por lo que la conciliación sigue considerándose

socialmente un problema «de mujeres». Por otro lado, la dedicación en régimen de cuasi exclusividad a las tareas antedichas motiva con frecuencia el abandono del mercado de trabajo. Con este panorama, *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades* (art. 44 de la española Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) requiere para su efectividad, que el trabajo no constituya un obstáculo insalvable e incompatible con la maternidad o con otras responsabilidades familiares; asimismo, precisa de medidas y fórmulas que atribuyan esas responsabilidades en iguales condiciones y con idénticas consecuencias a trabajadores y trabajadoras. En esta tesitura, las medidas denominadas «de conciliación», pese a su aparente formulación neutral, se han utilizado en la práctica, casi de forma exclusiva, por las mujeres y siempre en la misma dirección. Basta la precedente exposición para denunciar el efecto perverso que en ocasiones han comportado algunas bienintencionadas innovaciones en el ámbito laboral: se dan facilidades para compatibilizar requerimientos familiares (*lato sensu*) con los propios del trabajo pero eso acaba propiciando nuevamente que la mujer sea quien se aleja de la esfera profesional, pues ella es quien pone en juego los derechos en juego (reducción de jornada, excedencias, dimisiones, etc.) o incluso renuncia a una ocupación promocional con mayor requerimiento de compromiso, lle-

gando en casos extremos a la pura dimisión. De ahí que el art. 44.1 Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres señale que estos derechos se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Pero no significa lo anterior que se haga tabla rasa con los derechos que han venido propiciando la *feminización* en la conciliación de vida familiar y laboral; de hecho, se mantiene el permiso para atender a familiares por afinidad, con lo que finalmente sigue siendo la mujer la destinataria de tales permisos (es harto improbable que un varón asuma el cuidado de su familia política); solo recientemente se estableció que la madre ya no ostenta la titularidad originaria del permiso por lactancia; el permiso por maternidad tiene una duración superior al del padre; la reducción de jornada o la excedencia son derechos que no requieren un reparto o ejercicio plural por parte de sus titulares (por lo que vuelven a ser personas del sexo femenino quienes suelen activarlos), por citar sólo algunos ejemplos. Tales derechos afectan a diversos ámbitos de la relación aunque, lógicamente, inciden sobre aquellos aspectos del trabajo más proclives al propósito de compatibilizar la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores: jornada, permisos, vacaciones, suspensiones, excedencias, extinciones, etc.

2. Adaptación de la jornada. El art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET) reconoce legalmente el derecho de los trabajadores «a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue el empresario, respetando en su caso, lo previsto en aquella». De lo que se trata es de que la persona que desarrolla su actividad pueda «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo», locución amplísima y que puede abarcar aspectos relacionados con la turnicidad, los horarios (flexibles, rígidos, variables, etc.) y

pausas (número, duración, etc.), la interrupción de las jornadas diarias o cualesquiera otros aspectos conectados con la ordenación del tiempo de trabajo.

3. Permisos por motivos familiares. Bajo la tradicional denominación de «permisos» se alude a una serie de «interrupciones» del contrato de trabajo o supuestos en los que el empleado posee un verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida alguna de retribución (cfr. art. 37.3 Estatuto de los Trabajadores); a diferencia de lo que sucede en otras interrupciones ordinarias (vacaciones y descanso semanal), por virtud de estos permisos el trabajador deja de desarrollar una actividad a la que sí estaba obligado. Veamos los principales: **1)** El matrimonio del trabajador/a da derecho a un mínimo de quince días naturales de permiso retribuido (art. 37.3.a ET). **2)** El nacimiento de hijo y el accidente o enfermedad graves o la hospitalización, intervención quirúrgica o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, da derecho a dos días de permiso. La duración aumenta a cuatro días cuando el trabajador «necesite hacer un desplazamiento al efecto» (art. 37.3.b ET). **3)** La realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto da derecho al «tiempo indispensable» para ello. **4)** Lactancia del menor de nueve meses. Consiste en una hora de interrupción del trabajo, divisible en dos fracciones (la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple, adopción o acogimiento múltiples) y sustituible por la reducción de la jornada en media hora o acumulable en jornadas completas. En caso de optarse por la reducción, el trabajador ha de efectuarla sobre «su jornada». El *permiso* se configura como un «derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres», si bien su ejercicio sólo puede ser practicado por uno de los progenitores cuando ambos trabajen. **5)** En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (neonatos hospitalizados), la madre o el padre tendrán derecho a au-

sentarse del trabajo durante una hora (art. 37.4 bis Estatuto de los Trabajadores).

4. Reducciones de jornada por motivos familiares. Lactancia del hijo menor de nueve meses: se permite a la trabajadora «sustituir» la ausencia al trabajo en cualquiera de las modalidades antes referidas (v. *supra*), «por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad» (por lactancia de un hijo menor de nueve meses).

Neonatos hospitalizados. Con independencia de la reseñada hora diaria de permiso, el trabajador puede «reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario».

Cuidado de menores, personas con discapacidad o familiares impedidos. Reducción de jornada para quien «por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida».

El derecho consiste en la reducción de la jornada de trabajo *diaria* con la correlativa reducción de retribuciones: eso significa que cada uno de los días en que esté previsto el desempeño de actividad productiva por parte del trabajador debe hacerse esa reducción. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute «corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria» aunque se permite que los convenios colectivos puedan establecer criterios sobre el particular «en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas».

5. Excedencias. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adop-

ción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales. No se requiere un tiempo determinado y anterior de prestación de servicios en la empresa, ni ésta tiene en su mano oponer obstáculos productivos (salvo en el excepcional supuesto de doble disfrute). La prolongación máxima de la excedencia se establece en tres años, siendo posible solicitar una duración inicialmente más breve y luego ir prolongándola, salvo que haya ejercicio abusivo del derecho (por ejemplo, realizar solicitudes de semana en semana); y lo mismo puede decirse respecto de la posibilidad de acortar la duración de la que se esté disfrutando.

Excedencia por cuidado de familiares: para atender al cuidado de un familiar «que no pueda valerse por sí mismo». Tendrá «duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva».

La excedencia, en cualquiera de sus dos modalidades, «podrá disfrutarse de forma fraccionada». El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Los miembros de familias numerosas poseen plazos mayores.

6. Maternidad y Paternidad. Suspensión del contrato por maternidad. «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas». Ese período puede distribuirse a opción de la interesada pero que en todo caso debe reservarse un mínimo de seis semanas para después de la fecha pronosticada por el facultativo como de alumbramiento («seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre»). Un vez que se ha iniciado la suspensión contractual, no cabe paralizar su transcurso (por ejemplo, a causa de enfermedad), pues han de discorrir ininterrumpidas.

Las dieciséis semanas del período de suspensión son «ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo». La duración de esta singular suspensión contractual se cifra en dieciséis semanas cuando el alumbramiento es único, que se aumentan dos más por cada hijo adicional en los partos múltiples.

Fallecimiento de la madre o del hijo.

Regla particularísima es la de que en el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Por descontado, no cabe confundir el supuesto con el de un aborto: «En caso de fallecimiento de la madre (...) el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad».

Traspaso de derechos al otro progenitor.

«Sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre». Este descanso paterno puede disfrutarse «de forma simultánea o sucesiva con el de la madre», lo que sin duda abre un cúmulo de posibilidades tanto familiares cuanto jurídicas.

Neonatos hospitalizados: paralización del permiso.

Cuando el neonato deba permanecer hospitalizado a causa de un parto prematuro o «por cualquier otra causa», si quien está disfrutando el permiso por maternidad lo desea, puede quebrar la exigencia de transcurso ininterrumpido de las semanas de suspensión contractual: «El período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria».

Neonatos hospitalizados: ampliación

del permiso. El período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con un máximo de trece semanas adicionales en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

Suspensión del contrato por adopción o acogimiento.

En los supuestos de adopción y acogimiento la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. Sí existe, sin embargo, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido.

La suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Suspensión del contrato por paternidad.

El trabajador (padre biológico o adoptante o acogedor) tiene derecho a suspender su contrato laboral durante trece días ininterrumpidos, ampliables en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Este permiso se acumula al disfrute compartido del descanso por maternidad.

Conflicto de jurisdicción

Bibliografía: AA.VV., *Diccionario jurídico mexicano*, vol. I A-CH, 6ª ed., México, 1993; ARELLANO GARCÍA, *Derecho internacional privado*, 13ª ed., México, 1995; CALVO CARAVACA et al., *Derecho internacional privado*, vol. 1, 8ª ed., Granada, 2007; CONTRERAS VACA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, 2001; PEREZNIETO CASTRO, *Derecho internacional privado. Parte general*, 8ª ed., México 2003; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *Competencia judicial civil internacional*, 6ª ed., México, 2009; SILVA, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*. México, México, 1997.

1. Introducción. Los derechos de acceso a la justicia y debido proceso deben tener una protección no sólo formal, sino también material, razón por la cual la persona debe ser juzgada por un tribunal que tenga competencia por ser ésta un presupuesto procesal fundamental para todo procedimiento. En efecto, si el particular conoce a que tribunal estará sujeto o si tiene la certeza que las sentencias se dicten serán ejecutadas en otro país, además de la protección de dichos derechos, se incentivará la integración económica a través del incremento del tráfico de personas y bienes.

2. Concepto. En sentido amplio los conflictos de jurisdicción o competencia son aquellos problemas que se presentan cuando dos o más autoridades aducen facultades para conocer de un determinado asunto y emitir un acto de autoridad con relación al mismo. Por lo que se refiere a los ámbitos legislativo y administrativo ⁽¹⁾ los conflictos se presentan entre autoridades de un mismo país, y por lo que se refiere al judicial, los conflictos pueden entre jueces de un mismo país o de diferentes.

En sentido restringido, los conflictos de jurisdicción son aquellos que se presentan entre

diversos tribunales y la problemática consiste en determinar el tribunal competente para conocer y resolver una determinada controversia en donde la situación o relación jurídica presentan (en ocasiones de manera aparente) un vínculo con dos o más sistemas jurídicos. Los conflictos de jurisdicción tratándose de materias como la penal, laboral, fiscal, y cualquier otra de carácter público o social generalmente se presentan a nivel interno o nacional, toda vez que por tratarse de materias de orden público, la mayoría de los sistemas las consideran como de competencia exclusiva del estado en donde se realizaron los hechos o actos jurídicos generados de la relación.

Por otra parte, y con relación a las materias civil, familia y/o mercantil los conflictos de competencia pueden ser internos o internacionales, esto en virtud del tráfico interestatal (estado federal), interprovincial (estado autonómico) o internacional de bienes y personas, siendo estos los que han ocupado la mayor parte del desarrollo doctrinal.

3. Tipos de conflictos de jurisdicción. Pueden ser clasificados en: **A)** por territorio, los cuales pueden subclasificarse en internos e internacionales, y en ambos casos positivos o negativos, **B)** por materia.

A) Por territorio. Estos conflictos se presentan en virtud de la competencia espacial que los tribunales tienen respecto de un determinado espacio geográfico y pueden ser: **1) Internos e internacionales.** Los conflictos de competencia internos son los que se presentan entre tribunales de un mismo país, y dependiendo el tipo de organización política podrán ser interprovinciales, interregionales o interestatales. Por otro lado, los conflictos internacionales, son aquellos que se presentan entre tribunales de diferentes países. En ambos casos pueden presentarse las especies de positivos y/o negativos. **2) Positivos y negativos.** Los positivos se presentan al existir dos o más jueces o tribunales que se

⁽¹⁾ VER STAELENS GUILLOT, en *Diccionario jurídico mexicano*, vol. I A-CH, 6ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 609-611.

encuentran facultados por sus propias legislaciones para conocer y resolver el fondo de una controversia, ya que ésta presenta elementos que la vinculan con dos o más sistemas jurídicos. **3) *Contrariu sensu***. Los conflictos negativos son aquellos en donde no se cuenta con ningún tribunal competente para conocer la controversia.

B) *Por materia*. Existen relaciones jurídicas que por sus características pueden ser conocidas y resueltas por jueces de diferente especialización, v. gr., juicios singulares de carácter civil que pueden ser o no acumulados a un juicio sucesorio.

4. Mecanismos de solución. A) *Cláusula de jurisdicción*. Es el acuerdo de voluntad mediante el cual las partes de un contrato o de una relación jurídica someten cualquier controversia presente o futura a la competencia de un tribunal específico, y con ello pueden prevenir que surja el conflicto tanto interno como internacional de jurisdicción, o que naciendo sea resuelto de manera rápida. Las causas o motivaciones para dicho acuerdo pueden ser variadas, ya sea de orden fáctico o jurídico, pero dicha cláusula debe reunir dos condiciones: debe ser válida y eficaz.

Para que una cláusula de jurisdicción sea válida además de reunir los elementos de existencia y validez de todo acto jurídico, debe tratarse de una jurisdicción prorrogable - por regla general es la territorial -; deben existir de manera expresa, clara y precisa tanto una renuncia a cualquier otro fuero y un sometimiento a uno o varios tribunales específicos. Por otra parte, para que sea eficaz no deberá beneficiar a una sola de las partes, esto es, que no dificulte o impida el acceso a la justicia a la otra y, en algunos sistemas jurídicos se exige además, la existencia de un vínculo razonable entre la controversia y el tribunal designado (*forum non conveniens*).

B) *Mecanismos para los conflictos internos*. A nivel interno, los países generalmente cuentan con tres elementos que permiten su solución, *i)* un tribunal nacional competente para solucionar este tipo de problemas, *ii)* procedimientos especiales para su substanciación y resolución, *iii)* reglas de competen-

cia. Lo anterior permite resolver tanto los conflictos positivos como negativos.

C) *Mecanismos para los conflictos internacionales*. Desafortunadamente, salvo el caso de la Unión Europea, no se cuenta en el plano internacional con tribunales supranacionales que puedan resolver los conflictos de jurisdicción entre jueces de diferentes países, y por lo tanto tampoco existen procedimientos, encontrando soluciones indirectas a través de algunas reglas de competencia dispersas en diferentes tratados internacionales y principios doctrinales.

En el caso de los conflictos negativos internacionales, la solución que se le ha dado a este tipo de conflictos ha sido que un tribunal - que originariamente no era competente - asuma competencia para efectos de evitar la denegación de justicia y de esta manera respecto del derecho humano de acceso a la justicia.

Con relación a los conflictos positivos internacionales, las soluciones también son indirectas: en primer lugar, diversos países al regular los requisitos para ejecutar sentencias extranjeras, exigen que el juez que haya resuelto el juicio hubiese asumido competencia de acuerdo a las reglas reconocidas en el derecho internacional, y en segundo término, mediante principios doctrinales⁽²⁾ para prevenir el surgimiento de los mismos:

1) *Principio de soberanía*. Esta dirigido al legislador nacional y consiste en que éste es el único facultado para atribuir competencia a sus propios tribunales, razón por la cual también deberá de abstenerse de atribuir competencia a tribunales extranjeros. **2) *Principio de internacionalidad***. Como complemento del anterior, también está dirigido al legislador nacional, y establece que éste al momento de crear sus reglas de competencia debe seguir los principios generalmente aceptados en el derecho internacional (privado) para tal efecto. Así se puede ir uniformando las reglas de competencia entre los diferentes países. **3) *Principio de respeto a la autonomía***

⁽²⁾ Atribuidos a SZASZY por TRIGUEROS GAISMÁN en su curso de Derecho Internacional Privado en la Escuela Libre de Derecho, México, 1993.

de la voluntad. El juez cuando se encuentre frente a una cláusula de jurisdicción debe respetarla, ya sea para conocer el juicio o para declinar el mismo. 4) *Principio de ejecutabilidad*. El futuro demandante deberá, cuando tenga la posibilidad de elegir entre varios tribunales para promover su demanda (*forum shopping*) deberá elegir aquél que tenga la posibilidad real y jurídica de ejecutar la sentencia que dicte, ya sea por sí mismo o con la ayuda de otro tribunal mediante la cooperación procesal internacional.

5. Estatus actual. A) *Estatus interamericano*. Los conflictos de jurisdicción internacionales en América solo cuenta con reglas de competencia dispersas en varios tratados internacionales pero no existen procedimientos, ni tribunales supranacionales que pudieran resolver los mismos como última instancia y definitiva.

En efecto, las convenciones interamericanas son las siguientes: sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros; sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio pagarés y facturas; sobre conflicto de leyes en materia de Adopción Internacional sobre Obligaciones Alimentarias.

Lo anterior, trae como consecuencia los riesgos de litispendencia y conexidad internacional, así como el hecho de que sentencias extranjeras no se ejecuten fuera del país en el que se dictaron, lo que definitivamente dificulta el proceso de integración tanto económica como jurídica, ya que ante tal incertidumbre, el tráfico de personas y bienes se ve limitado.

B) *Unión Europea*. Por su parte, desde 1968 se han ido construyendo los mecanismos para resolver los conflictos de jurisdicción en la Unión Europea, primero mediante reglas establecidas en el Convenio de Bruselas de 1968 y el Tribunal de las Comunidades Europeas y después ya como Tribunal de la Unión Europea con la facultad en el antiguo artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actualmente el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea, y el Protocolo el estatuto de dicho Tribunal, mediante diversos procedimientos, a través de los cuales interpreta y aplica tanto del Convenio de Bruselas de 1968 como el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano de 1998 –para algunos casos. Cabe señalar que tanto los legisladores como tribunales nacionales deben resolver los conflictos de competencia de acuerdo a dichos convenios y Reglamento, toda vez que el Tribunal interpreta los mismos, así como su cumplimiento por parte de los países.

C) *Resto del mundo*. Con relación al resto de los países diversos intentos de establecer reglas de competencia en diferentes materias han sido dirigidos por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, sin embargo solo el Convenio de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial y su protocolo ha entrado en vigor en algunos países de la misma, siendo el último documento propuesto el Convenio sobre Acuerdos de elección de Foro del 2005, habiendo sido firmado por varios de sus miembros y respecto del cual solo para México se encuentra vigente al día de hoy.

Manuel Alejandro Munive Páez

Conocimientos tradicionales

Bibliografía: BERLIN et al., *Science and traditional knowledge*, en CETTO, *Science and other systems of knowledge*, World Conference on Science, Science for the Twenty-First Century: A New Commitment, Paris; UNESCO, 2000, pp. 432-444, trad. de la Autora; COLCELLI, *L'uso ed il significato del termine «conoscenza» nel codice civile italiano*, en CIPPITANI (coord.), *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, 2012, pp. 147-175; FLAVIER et al., *The regional program for the promotion of indigenous knowledge in Asia*, 1995, pp. 479-487, en WARREN, SUIJKERVEER, BROKENSHA (edic.), *The cultural dimension of development: Indigenous knowledge systems*. London: Intermediate Technology Publications. En *World Bank, What is Indigenous Knowledge?*, en <http://www.worldbank.org/afr/ik/basic.htm>; HARDING, *Defining Traditional Knowledge. Lessons from Cultural Property*, en CARDOZO, *International Law and Comparative Law*, February 2003, pp. 511-518; HIEBERT, VAN REES, *Traditional Knowledge on Forestry Issues within the Prince Albert Grand Council*, 1998, Prepared for the Prince Albert Model Forest. Disponible en <http://www.pamodelforest.sk.ca/>. Trad. de la autora; PACHECO, *Recursos Genéticos y Pueblos Indígenas*, en CIPPITANI (coord.), *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, 2012, pp. 285-306; WARREN, *Indigenous knowledge, biodiversity conservation and development*, en UDOH, *Sustainable Development in Third World countries*, West Port, 1996, p. 81 ss.

Definir lo que es conocimiento ha sido una preocupación para muchos estudiosos a partir de la Filosofía ya desde los tiempos de Platon. Autores modernos definieron la voz «conocimiento» en relación al ser humano, Kant señaló que «el conocimiento es la síntesis del todo (sea que ese todo provenga de experiencia vivida o, a priori, mediante el razonamiento), todo que es incluso previo al origen de nuestro conocimiento» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ COLCELLI, *L'uso ed il significato del termine «conoscenza» nel codice civile italiano*, en CIPPITANI (coord.), *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, 2012, pp. 147-175, y p. 149. La definición transcrita se encuentra citada en este texto y fue

Locke considera que «El conocimiento es la percepción del acuerdo o desacuerdo de dos ideas», Ensayo, IV, C.I ⁽²⁾.

En cambio la voz CT se refiere a colectivos, a grupos de personas, se encuentra asociada a culturas ⁽³⁾. indígenas o comunidades locales presentes en un territorio determinado y actualmente han ido adquiriendo cada vez mayor notoriedad por su valor en el manejo del territorio y en la explotación de los recursos que este contiene ⁽⁴⁾.

Definiciones de conocimientos tradicionales (CT) hay varias, aquí se intentó solamente indicar aquellas más conocidas o las que aparecen más citadas.

La noción de CT fue relevada a nivel internacional en 1992 por el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), en su artículo 8 j, con el objeto de poner de manifiesto su importancia en la conservación de la biodiversidad: «cada Parte debe respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que impliquen estilos tradicionales de vida incluyendo tecnologías autóctonas y tradicionales».

Así, se podría extraer la definición de conocimientos tradicionales del CDB como todo conocimiento que implique estilos tradicionales de vida incluyendo tecnologías autóctonas y tradicionales. Sin embargo, tal definición no tomaría en consideración el hecho de que los CT se encuentran asociados a la cultura de los grupos que los producen.

traducida por la autora: «La conoscenza è giustificata, allora, solo dall'applicazione conforme ai principi delle strutture formali dell'intelletto ad un materiale che trae origine dalla sensazione».

⁽²⁾ *Ídem*, p. 148.

⁽³⁾ HARDING, *Defining Traditional Knowledge-Lessons from Cultural Property*, en CARDOZO, *International Law and Comparative Law*, February, 2003, pp. 511-518, y p. 511: «My primary focus is on the term traditional, in the property context, comparable term is "cultural"».

⁽⁴⁾ PACHECO, *Recursos Genéticos y Pueblos Indígenas*, en CIPPITANI (coord.), *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*, cit., pp. 285-306, y p. 287.

El Banco Mundial difundió la definición de conocimientos indígenas de Flavier de 1995, la cual es muy similar a la de CT en cuanto conocimientos colectivos: «son la base de la información de una sociedad, facilitan la comunicación y el sistema de toma de decisiones, el sistema de información indígena, son dinámicos y son continuamente influidos por la creatividad interna y la experimentación y el contacto con el sistema externo»⁽⁵⁾.

En 1996 Warren definió conocimientos indígenas como «conocimiento local, conocimiento único originado por una cultura y sociedad, que contrasta con el conocimiento generado a través del sistema de universidades, institutos de investigación o empresas privadas. Son la base para la toma de decisiones a nivel local en agricultura, asistencia sanitaria, preparación de alimentos, educación, gestión de recursos naturales y otras actividades de las comunidades rurales»⁽⁶⁾.

En 1996, la Decisión 391 Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos de la Comunidad Andina, artículo 1, casi repite el concepto del CDB al definir componente inmaterial como: «todo, conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual».

Esta definición se encuentra asociada al recurso genético, biológico o sus productos derivados y lo descompone en dos partes: una material que es el cuerpo del gen o molécula, etc. y una inmaterial, los CT sobre el

mismo gen. Esta definición no se refiere a otros aspectos de los conocimientos.

En 1998, Hiebert y Van Rees efectuaron el siguiente aporte: «El conocimiento tradicional tiene muchas definiciones, pero en su esencia consiste en las creencias y tradiciones culturales heredadas desde sus antepasados a las generaciones actuales con el fin de sobrevivir en armonía con los ecosistemas. El conocimiento tradicional es algo que se aprende durante toda la vida y se da cuenta de la interconexión de los árboles, el suelo y el agua»⁽⁷⁾.

En 2000, el Consejo Internacional para la ciencia⁽⁸⁾ reunido en París bajo el auspicio de la UNESCO, presentó la siguiente definición que recoge el elemento cultural como parte importante de la definición: «Los conocimientos tradicionales son un cuerpo acumulativo de conocimientos, técnicas, prácticas y representaciones, mantenidos históricamente por los pueblos a través de su interacción con el entorno natural. Hay sofisticados conjuntos de acuerdos, interpretaciones y significados que son parte de un complejo cultural que abarca los sistemas de lenguaje, nomenclatura y clasificación, las prácticas de uso de recursos, rituales, espiritualidad y cosmovisión»⁽⁹⁾.

En 2006 La UNESCO, en una publicación no oficial, ha señalado que «Por conocimientos tradicionales se entiende el conjunto acumulado y dinámico del saber teórico, la experiencia práctica y de representaciones

⁽⁵⁾ FLAVIER et al., *The regional program for the promotion of indigenous knowledge in Asia*, 1995, pp. 479-487, en WARREN, SLIKERVEER, BROKENSHEA (edic.), *The cultural dimension of development: Indigenous knowledge systems*. London: Intermediate Technology Publications. En World Bank, *What is Indigenous Knowledge?*, en <http://www.worldbank.org/> (última consulta 30 de julio de 2013). Trad. de la Autora.

⁽⁶⁾ WARREN, *Indigenous knowledge, biodiversity conservation and development*, en UDOH, *Sustainable Development in Third World countries*, West Port, 1996, p. 81 ss.

⁽⁷⁾ HIEBERT, VAN REES, *Traditional Knowledge on Forestry Issues within the Prince Albert Grand Council*, 1998, Prepared for the Prince Albert Model Forest. Disponible en <http://www.pamodelforest.sk.ca/> (última consulta 30 de junio de 2013). Trad. de la Autora.

⁽⁸⁾ El Consejo Internacional para la Ciencia (International Council for Science en inglés, ICSU), fue fundado en 1931 como una organización internacional no gubernamental abocada a la cooperación internacional para el avance de la ciencia. Hasta 1988 fue conocido como Consejo Internacional de Uniones Científicas.

⁽⁹⁾ BERLIN et al, *Science and traditional knowledge*, en CETTO, *Science and other systems of knowledge*, World Conference on Science, Science for the Twenty-First Century: A New Commitment, Paris, UNESCO, 2000, pp. 432-444, trad. de la Autora.

que poseen los pueblos con una larga historia de interacción con su medio natural»⁽¹⁰⁾. Recientemente, en Julio de 2013, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha publicado una definición de conocimientos tradicionales en relación con la propiedad intelectual, distinguiendo una acepción amplia y una usada en el ámbito internacional, siendo ambas muy extensas, descriptivas y abarcan prácticamente todo lo que anteriormente se ha señalado como CT, abrasiva de del patrimonio intelectual y del cultural inmaterial, aludiendo a la definición aportada por la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.

Las definiciones de la OMPI son las siguientes: «El término “conocimientos tradicionales”, como descripción amplia de la materia, incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso)». Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren al contenido de los conocimientos propiamente dichos

y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales.

En el ámbito internacional, por «conocimientos tradicionales» se entiende, en sentido estricto, conocimientos en sí, en particular, conocimientos originados como resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, comprendiendo conocimientos técnicos, prácticas, aptitudes e innovaciones. Los conocimientos tradicionales pueden darse en una gran variedad de contextos, como por ejemplo: conocimientos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinales, incluidos los medicamentos y remedios medicinales, conocimientos relacionados con la biodiversidad, etc.⁽¹¹⁾.

En el mismo trabajo de Julio de 2013 la OMPI definió también, como subcategorías de la definición amplia recién presentada, lo que se entiende por Conocimientos tradicionales conexos, Conocimientos tradicionales codificados, Conocimientos tradicionales divulgados, Conocimientos indígenas, Conocimientos ecológicos tradicionales y conocimientos medioambientales tradicionales⁽¹²⁾.

Hellen Teresita Pacheco Cornejo

⁽¹⁰⁾ UNESCO, *Conocimientos Tradicionales*, documento no oficial preparado para la 47ª semana (07-13/08/2006) del 60º aniversario de la UNESCO. Disponible en internet en www.unesco.org (última consulta 30 de junio de 2013).

⁽¹¹⁾ OMPI, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*, Ginebra, 2013, p. 42. Documento disponible en www.wipo.org (última consulta 21 de julio de 2013).

⁽¹²⁾ *Ídem*.

Consentimiento informado a los tratamientos terapéuticos (en Europa)

Bibliografía: ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, en DONATI, GARILLI, MAZZARESE, SASSI (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 1 ss.; BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, en AA.VV., *La successione testamentaria*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 75 ss.; BUSNELLI, PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, en *Enc. dir., Agg. V*, Milano, 2001, p. 154 ss.; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, en *Riv. it. medicina legale*, 2003, p. 754 ss.; CECCHI, *Direttive anticipate*, en CENDON (coord.), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. III, *Personae e famiglia*, t. I, Torino, 2004, p. 135 ss.; CENDON (con la colaboración de BAILO, BILLOTTA, CECCHI), *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003; CENDON (con la collaborazione di Bailo, Billotta, Cecchi), *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, en *Politica e dir.*, 2002, p. 379 ss.; BUSNELLI, BRECCIA (coord.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; D'AGOSTINO, *Bioetica. Nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1998; DONATI, *Diritto alla propria identità: verso l'absolute individual right?*, en *Vita notarile*, 2011, p. 3 ss.; FIORAVANTI (coord.), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001; FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999; IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998; LALANNE, LANDI, *Il consenso al trattamento sanitario*, en RUFFOLO (coord.), *La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano, 2004, p. 226 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001; MANTOVANI, *Eutanasia*, en *Digesto pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 422 ss.; MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, en *Ind. penale*, 1998, pp. 475 ss.; PALAZZO, *Permanencias del derecho civil*, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, t. III, México D.F., 2010, p. 1289 ss.; PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, en PALAZZO, FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, t. I, p. 1 ss.; PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, en *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 27 ss.; PALAZZO,

Responsabilità, doveri di protezione e tutela della persona, en *Vita notarile*, 1999, p. 16 ss.; PALAZZO, *Bioetica e diritti fondamentali*, en *Studi in onore di Rescigno*, vol. II, t. 1, Milano, 1998, p. 631 ss.; PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 206 ss.; PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008; PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009; PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche. Arts. 1-4*, en *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 349 ss.; PORZIO, *Eutanasia*, en *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 103 ss.; RIZZO, *Atti di disposizione del proprio corpo e tecniche legislative*, en *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 630 ss.; RIZZO, *I trapianti tra l'attuale «complessità dell'ordinamento» e l'emergere delle «destinazioni solidaristiche»*, en DONATI, GARILLI, MAZZARESE, SASSI (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 675 ss.; RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; RODOTÀ, *La persona*, en CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, t. I, *Fonti-Persone-Famiglia*, Milano, 2007, p. 199 ss.; SASSI, *Derechos patrimonialmente neutros*, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, t. I, México D.F., 2010, p. 417 ss.; SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, reimpr. 2011; SASSI, *Autodeterminazione e consenso informato tra diritto interno e fonti europee*, en Cassetti (coord.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 313 ss.; STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia-Roma, 2011; VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002; VIGANO, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, en *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2004, p. 141 ss.

1. Caracteres del consentimiento informado. La actividad sanitaria, aunque legítima porque dirigida a la tutela del «bien» salud, protegido por las fuentes constitucionales europeas y por las Constituciones de los países miembros, así como el derecho a la libertad personal y a la auto-determina-

ción del sujeto, requiere para su explicación completa el llamado «consentimiento informado».

Esto, por lo general, se puede definir como la manifestación de la voluntad del paciente, precedida por la información adecuada del médico (que está relacionado con el paciente por una relación contractual o resultante de la utilización de un servicio público) cuyo objetivo es permitir un específico tratamiento terapéutico.

De hecho, la prestación del médico impacta en los derechos humanos fundamentales y en la dignidad humana⁽¹⁾: como tal, asume características peculiares.

El consentimiento informado debe considerarse dentro del contexto de los derechos de la personalidad.

En una decisión reciente⁽²⁾, la Corte Constitucional italiana ha afirmado, entre otras cosas, que el consentimiento informado «entendido como una expresión de la adhesión consciente al tratamiento terapéutico propuesto por el médico, se configura como un verdadero derecho de la persona y se basa en los principios expresados en el artículo 2 de la Constitución, que protege y promueve los derechos fundamentales y en los artículos 13 y 32 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que la libertad personal es inviolable y nadie puede ser obligado a un tratamiento médico específico a menos que requerido por la ley».

El consentimiento informado deriva del desarrollo científico y tecnológico de las últimas décadas, lo que ha llevado al nacimiento de la «sociedad del conocimiento»⁽³⁾, que es el fenómeno de intercambio mundial de conocimientos, como resultado de un proceso informativo y cognitivo, destinado a desarrollar la personalidad de cada uno en el contexto de una comunidad global, que debe garantizar la veracidad, exactitud y protección

de la información proporcionada y recibida, especialmente cuando están involucrados los derechos humanos fundamentales.

En algunas situaciones, la protección y el uso adecuado de esta información debe ser garantizada de la mejor manera.

Es el caso de los «contratos de servicio médico», es decir, aquellos contratos en los que una persona que tiene cierto conocimiento técnico y en muchos países una posición profesional calificada (inscripción en registros especiales), está obligado a realizar un tratamiento diagnóstico y/o terapéutico dirigido a una persona. Esto, independientemente del tipo de contrato que vincula al médico a la estructura sanitaria a la que pertenecen (contrato de trabajo, por ejemplo) o directamente al paciente (contrato médico-paciente).

La declaración del paciente legítimamente puede establecer el rechazo del tratamiento, con el resultado de que el médico no puede realizar las actividades que se consideran necesarias, por lo que no puede cumplir con la prestación prevista por el contrato.

El consentimiento se puede realizar de manera diferente dependiendo de la capacidad del paciente de expresar su voluntad, o si se encuentra en un estado de salud que no le permite tal manifestación de voluntad. En este último caso, la situación es más delicada, ya que es necesario establecer si otros pueden decidir por él, o si puede tener algún valor una voluntad expresada previamente por el mismo paciente, incluso a través de directivas anticipadas de tratamientos terapéuticos (llamados «testamentos biológicos»). Frente a estas situaciones la tarea del intérprete se realiza a través de un método sustancialmente equitativo, en el cual las «permanencias»⁽⁴⁾, es decir principios y cláusulas generales, desempeñan un papel aún más significativo, en cuanto realizan la protección de los intereses fundamentales que están en juego y establecen un adecuado equilibrio entre los mismos.

En el caso del tratamiento sanitario la acti-

⁽¹⁾ Véase la voz «Respecto a la dignidad humana», por L. Pacheco Zerga, en este Diccionario Analítico.

⁽²⁾ Corte cost., 23 de diciembre de 2008, n. 438, en *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

⁽³⁾ Véase la voz «Sociedad del conocimiento», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

⁽⁴⁾ Véase la voz «Permanencias», por A. Palazzo, en este Diccionario Analítico.

vidad del intérprete está esencialmente dirigida a la evaluación y a la aplicación de las decisiones adoptadas por el titular de los derechos inalienables, absolutos y no disponibles, característicos de las personas físicas, como el derecho a la salud, a la libertad, a la autodeterminación y a la dignidad personal. Dichas decisiones, aunque se refieran a situaciones jurídicas de contenido no patrimonial⁽⁵⁾, están involucradas en una relación contractual y tienen un profundo efecto sobre su aplicación.

Además, en algunas situaciones particularmente delicadas, la actividad interpretativa tiene como fin verificar o esclarecer la necesaria madurez y toma de conciencia de parte de la persona que es titular de los derechos, o a la reconstrucción de su voluntad, si es que ya no es capaz de manifestarla conscientemente y de forma independiente, incluso en relación a lo expresado por la persona responsable de la protección y del cuidado de sus intereses (padre, tutor, administrador de apoyo, etc.).

2. El consentimiento informado y la eutanasia. La cuestión del consentimiento informado está estrechamente relacionada con la de la eutanasia.

No es fácil encontrar una definición legal de eutanasia. En general, podemos decir que se trata del comportamiento de un profesional médico (u otra persona) que produce (también junto a otras causas contributivas) la muerte de un enfermo terminal. La opinión más común distingue dos tipos de eutanasia: a) la primera - llamada activa, que se considera como ilegal - actuada por conductas directamente destinadas a causar la muerte del paciente (por ejemplo, el suministro de una sustancia tóxica), b) la segunda - llamada pasiva, que se considera legal - se lleva a cabo por omisión, en el caso en que el paciente haya expresado su desacuerdo a someterse a un tratamiento médico-terapéutico o a continuarlo, o que la situación sea tan

grave que se desaconseje el proseguimiento de una terapia de mantenimiento en vida, que ya no se considera sensata (el llamado «tratamiento agresivo»).

Sin embargo, la referencia a las formas de conducta (acción u omisión) para establecer la ilegalidad no parece totalmente satisfactoria.

En realidad, la distinción clave entre la legalidad y la ilegalidad no es tanto el comportamiento por sí mismo, sino el vínculo entre este y cualquier tratamiento médico-terapéutico (que siempre debe ser autorizado por el paciente). Como se muestra en un caso reciente, decidido por un Tribunal penal, en el que el paciente ha retirado su consentimiento al tratamiento de la ventilación artificial, aunque la muerte se ha producido como resultado de la conducta activa (apagar el respirador automático), la conducta del médico debe considerarse perfectamente legal, como consecuencia del rechazo del paciente a la continuación del tratamiento sanitario⁽⁶⁾.

Lo que es relevante es la presencia simultánea de dos elementos: a) la posibilidad potencial del tratamiento terapéutico, es decir, todo tratamiento, practicado por cualquier medio, y por cualquier motivo relacionado con la protección de la salud, con fines terapéuticos, diagnósticos, paliativos y estéticos; b) la decisión de que no se practique el tratamiento, o por el rechazo del paciente, o porque no hace más falta.

Hay claras diferencias con la hipótesis, calificada como «eutanasia activa», cuando la conducta del sujeto no está vinculada al tratamiento terapéutico: la inyección de una sustancia tóxica (que provoca la muerte) ciertamente no puede ser llamada «tratamiento terapéutico» - al menos como se entiende actualmente - porque no se aplica ninguna función terapéutica, diagnóstica ni tampoco paliativa; además, esa conducta, también, es capaz de causar la muerte del sujeto independientemente de una patología.

Se tiene que establecer si siempre el paciente

⁽⁵⁾ Véase la nuestra voz «Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)», en este Diccionario Analítico.

⁽⁶⁾ G.U.P. Trib. Roma, 17 de octubre de 2007, R., en www.leggiditalia.it.

puede tener el derecho a rechazar cualquier tratamiento médico-terapéutico, o si el ordenamiento jurídico en su conjunto establece límites a ese derecho.

Aparte de la concepción ético-religiosa de cada uno, hay que señalar que los derechos, que se están tratando, tienen como finalidad la protección de un interés colectivo, como también la tutela de la persona en cuanto tal. Las disposiciones constitucionales y las contenidas en los tratados internacionales invocadas para legitimar el rechazo a recibir tratamientos terapéuticos, generalmente se refieren a tratos inhumanos o degradantes, sin embargo perjudiciales para la dignidad de la persona.

Como resultado, podría ser considerado como un rechazo ilegítimo (o de consentimiento no necesario), si el tratamiento no provocara consecuencias específicas y no fuera muy invasivo: emblemático es el rechazo a someterse a transfusiones de sangre por razones religiosas⁽⁷⁾.

Sin embargo, la aceptación de dicha solución, además de contrastar con determinadas disposiciones reglamentarias europeas, tales como el artículo 5 del Convenio de Oviedo (véase más adelante) o el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así también como los códigos de deontología médica, establecería cuestiones de difícil solución, en una materia en la cual la voluntad y la opinión personal del individuo no pueden quedar sujetas a las limitaciones y a la injerencia causada por el ordenamiento jurídico, con la excepción de los tratamientos terapéuticos obligatorios en los casos previstos por la ley (véase por ejemplo el artículo 32 de la Constitución italiana). O sea, sin tener en cuenta la exactitud y veri-

ficabilidad de la convicción personal, porque el dato relevante es sólo la concepción del sujeto, la que, en determinadas situaciones jurídicas relativas a la esfera más íntima, adquiere significado en cuanto tal, si bien resulta correcta o incorrecta en el plan científico y metodológico.

Ahora bien, las mayores dificultades se podrían encontrar en la determinación de la agresividad de los tratamientos y su potencial capacidad de perjudicar la dignidad humana, y también para identificar al sujeto que en nombre del sistema jurídico tenga que tomar una decisión vinculante.

Por lo tanto, parece más correcto considerar que es solamente el paciente el que autoriza el tratamiento sobre su propia persona, independientemente de la naturaleza del mismo y de las consecuencias de su aplicación. La solución propuesta es, además, la aplicación del concepto jurídico actual, respaldada con autoridad por alguna sentencia de los jueces constitucionales⁽⁸⁾, según la cual, la protección de la salud implica también la esfera psíquica del individuo, que ha ido adquiriendo mayor importancia.

Entonces, imponer un tratamiento sanitario a una persona contra su voluntad - salvo en el caso de un interés superior de la comunidad (véase el citado artículo 32, párrafo 2 de la Constitución italiana) - constituiría una violación de su esfera psíquica. Por otra parte, es de interés común que el individuo pueda vivir en paz y ser capaz de expresar todo su potencial.

A partir de estas consideraciones generales, es evidente que tanto el consentimiento informado como la eutanasia son conceptos especialmente ricos de implicaciones éticas y religiosas, que van más allá del puro derecho, como lo demuestra el debate actual en la sociedad civil.

3. Fuentes y derecho europeo. Una importante contribución a la comprensión del argumento que nos ocupa, procede, en Europa, de la jurisprudencia que aplica los

⁽⁷⁾ Véase Trib. Pordenone, 11 de enero 2002, en *Bioetica*, 2002, p. 390, con observaciones de IMMACOLATO; Pret. Roma, 9 de abril de 1997, D.V., en *Cass. penale*, 1998, p. 953, con nota de LADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue salvavita rifiutata dal malato)*, en *Bioetica*, 2000, p. 132; véase también SANTOSUOSSO, *Le parole e le cose: a proposito di «violenza etica» su un paziente*, *ivi*, 2002, p. 454 ss.; *Cass.*, 23 febbraio 2007, n. 4211, en *Danno e resp.*, 2008, p. 27.

⁽⁸⁾ Corte cost., 24 de mayo de 1985, n. 161, en *Foro it.*, 1985, I, c. 2162, que se refiere al cambio de sexo.

principios contenidos en el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Recientemente, se ha invocado el Convenio en dos casos particularmente importantes.

En el primero, una paciente en el Reino Unido, que sufría de una enfermedad degenerativa incurable, de la cual derivaba sufrimiento considerable, presentó un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pidiendo que se le dejara cesar de vivir con la ayuda de su esposo, quien habría tenido que ser considerado no punible.

Los jueces, aun rechazando el recurso, han hecho algunas consideraciones de fundamental importancia⁽⁹⁾.

Según la sentencia, del artículo 2 CEDH, que protege el derecho a la vida, no se puede argüir la existencia de un derecho a morir, que sería una negación del derecho a la vida.

Dicha disposición no reconoce un derecho a la libre determinación que permita optar por la muerte y no por la vida. Por otra parte, la combinación de los artículos 3 (Prohibición de la tortura) y 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) permite reconocer, según el Tribunal de Estrasburgo, el derecho a elegir la forma de pasar los últimos momentos de vida y el derecho a pretender que esta elección sea respetada, de esta manera está legitimado el rechazo del tratamiento terapéutico, siempre que dicho rechazo provenga de un enfermo que sea adulto y en su sano juicio.

También es pertinente el sucesivo caso de un ciudadano suizo⁽¹⁰⁾, enfermo por un trastorno bipolar afectivo, después de dos intentos de suicidio, había intentado poner fin a su vida mediante el suministro de una sustancia tóxica (15 gr. de pentobarbital sódico), posibilidad permitida por la legislación suiza. Después de que no se le había otorgado la posibilidad de obtener la sustancia, el recu-

rrente pidió a la Corte que se pronunciara sobre la legalidad de tal limitación.

Incluso en este caso, los jueces no aceptaron la petición, pero expresaron algunas opiniones particularmente relevantes, que legitiman, en el fondo, la acción que se ha definido «eutanasia activa». El uso de una sustancia tóxica es, de hecho, capaz de determinar la muerte del receptor del tratamiento, independientemente de la patología (que puede, por decirlo de alguna manera, solamente facilitar un resultado letal con respecto a un sujeto sano): dicha utilización se considera sólo como la condición que legitima la conducta. De hecho, la sentencia afirma la existencia de un margen de apreciación del Estado con respecto a la posibilidad de proporcionar medios apropiados para provocar el fin de la existencia de manera digna y poco dolorosa y establece que la prescripción del médico sea la herramienta para limitar el uso indiscriminado de esta práctica.

Aparte de la concepción ético-religiosa de cada uno, es clara la importancia de las argumentaciones de la Corte, especialmente con referencia a la aplicación de las disposiciones de la CEDH.

Las conclusiones de la sentencia implican - independientemente de las opiniones expuestas en las motivaciones de la sentencia - una revisión de la relación entre los artículos 2, 3 y 8 del Convenio.

Mientras que la sentencia anterior⁽¹¹⁾, de todos modos había dado prevalencia al interés tutelado por el artículo 2 (derecho a la vida), la sentencia más reciente pone todos los intereses en el mismo plano, tratando de hacer un balance entre los mismos.

Este enfoque destaca la posición del médico, lo que hace que la alianza médico-paciente alcance consecuencias extremas, por lo que no se puede definir terapéutica, entre ellos⁽¹²⁾.

En el mismo marco normativo, se destaca,

⁽⁹⁾ Tribunal EDH, 29 de abril de 2002, *Pretty v. Reino Unido*, ric. n. 2346/02.

⁽¹⁰⁾ Tribunal EDH, 20 de enero de 2011, *Haas v. Suiza*, ric. n. 31322/07.

⁽¹¹⁾ Tribunal EDH, 29 de abril de 2002, *Pretty v. Reino Unido*, ric. n. 2346/02, cit.

⁽¹²⁾ STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma-Perugia, 2011, p. 88 ss.

sobre todo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 1997, conocido como el Convenio europeo de Biomedicina, o más bien como el Convenio de Oviedo.

En particular, los artículos 5 y 9 reafirman el principio por lo que cualquier tratamiento terapéutico puede ser aplicado sólo después de que el paciente ha dado su consentimiento (revocable en cualquier momento) y, sobre todo, establecen que, en el caso de que el paciente no sea capaz de expresar su voluntad, se tiene que tomar en cuenta las directivas expresadas de antemano.

En esta perspectiva, es evidente el papel que pueden desempeñar las directivas anticipadas sobre el tratamiento terapéutico, que necesariamente deben ser consideradas por el médico.

Es necesario establecer el grado de obligatoriedad que esas directivas anticipadas tienen para el médico y si el profesional puede evitar respetarlas, en el caso en que no las considere actuables o ocurran hechos relevantes no previstos por el paciente.

En una perspectiva europea, no se puede ignorar las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contiene reglas específicas que protegen el derecho a la dignidad personal, como también el derecho a la vida y a la integridad física, recalcando, entre otras cosas, la importancia del consentimiento informado para el tratamiento, que debe ser respetado⁽¹³⁾.

4. Directivas anticipadas de tratamiento.

Ahora bien, se hace necesario establecer si el consentimiento debe darse al momento del tratamiento terapéutico, o si pueden considerarse jurídicamente relevantes las declaraciones expresadas con anterioridad,

aún en previsión del empeoramiento progresivo de la enfermedad, en forma de directivas anticipadas de tratamiento⁽¹⁴⁾.

No hay duda de que las directivas anticipadas, aunque contengan un consentimiento o una disconformidad para recibir uno o más tratamientos, se realizan en un contexto totalmente diferente a aquel en el que el paciente consciente manifiesta su voluntad. Sin embargo, la voluntad expresada antes de la manifestación de la incapacidad no puede ser considerada del mismo valor, por lo que la información otorgada será diferente a la proporcionada en la inminencia del tratamiento terapéutico decidido por el médico. Estos aspectos marcan las profundas diferencias que existen entre las directivas anticipadas y el consentimiento informado. A los dos tipos de declaración no se les puede atribuir los mismos efectos.

Tampoco parece correcto asumir como ineficaz una voluntad expresada por el paciente en un momento anterior al tratamiento, ya que en realidad se podría presentar la situación clínica prevista, tal vez con la ayuda de un médico, al momento de la formulación de las directrices anticipadas.

Es necesario evaluar caso por caso, respetando lo más posible los deseos expresados y establecer mecanismos que permitan, de todos modos, una manifestación de voluntad informada para el tratamiento terapéutico, también por medio de otro sujeto.

Por otra parte, la intervención de otra persona que pueda mantener los contactos con los profesionales de la salud, no debe ser entendido como un «reemplazo» de la voluntad de la persona, sino como una «reconstrucción» de la misma⁽¹⁵⁾.

Si se utilizara una interpretación más restrictiva, excluyendo cualquier relevancia de la voluntad de la persona incapacitada, y por lo tanto de su derecho a la libre de-

⁽¹³⁾ Sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea con referencia a la dignidad, personalidad e integridad física, véase RODOTA, *La persona*, en CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, t. I, *Fonti-Persone-Famiglia*, Milano, 2007, p. 193 ss., y p. 198 ss.

⁽¹⁴⁾ Véase Trib. Firenze, 8 de abril de 2009 (decr.), Trib. Roma, 1 de abril de 2009 (decr.), Trib. Genova, 6 de marzo de 2009 (decr.), Trib. Pistoia, 8 de junio de 2009 (decr.), en *Giur. merito*, 2010, p. 104.

⁽¹⁵⁾ Véase Cass., 16 de octubre de 2007, n. 21748, en *Guida al dir.*, 2007, 43, p. 29.

terminación, habría una diferencia de trato entre los pacientes capaces e incapaces por enfermedad en el momento del tratamiento terapéutico.

Hay muchas normas que apoyan la interpretación que aquí se expresa.

Según la ley italiana sobre el tema del aborto (Ley n. 194/1978), el artículo 13 prevé la interrupción del embarazo de parte de una mujer mentalmente incapaz, previendo la legitimidad del consentimiento a la interrupción del embarazo de parte del marido o del tutor. Todavía se establece que dicho consentimiento debe ser «confirmado» por la mujer.

Esta norma es conforme con lo que dispone el Convenio de Oviedo, que exige que la persona incapaz, en la medida de lo posible, intervenga en el procedimiento de autorización del tratamiento terapéutico artículo 6, párrafo 3, II apartado).

Pero el verdadero problema consiste en determinar si, y hasta qué punto, el médico está obligado a seguir las directivas anticipadas de tratamiento.

En este sentido, hay que destacar la importancia de la voluntad del paciente. En cambio no se puede aceptar la opinión de los que piensan que el médico, estando en una posición de garantía de la salud de la paciente bajo su cuidado, pueda decidir sin restricciones y contra la voluntad del propio paciente.

En este sentido se orienta un proyecto de ley presentado en Italia (n. 2350/2009), y no aprobado todavía, en el cual el artículo 7 establece que el médico tiene que tener en consideración la voluntad expresada por el paciente. Sin embargo el médico puede evitar el respeto de la misma, en este caso tiene la obligación de motivar su decisión.

Sin embargo, la regla no puede interpretarse como una legitimación del médico de

imponer tratamiento médico en contra de los deseos expresados por el paciente. De hecho, dicha interpretación iría contra los principios supranacionales y nacionales en materia de consentimiento informado.

En cambio la ley francesa establece que el médico debe respetar las directivas anticipadas, pero solamente las expresadas durante los tres años anteriores al momento del tratamiento (artículo L. 1111-11, *Code de la santé publique*, modificado por la Ley 2005-370).

Por otra parte, la eficacia de los deseos del paciente, expresados por el paciente con anterioridad al estado de incapacidad, podrían aducirse con argumentos positivos.

En áreas tan sensibles, como la que se está tratando, que conciernen a la salud de las personas, entre otras cosas, el ordenamiento jurídico ya le reconoce relevancia a la voluntad previa expresada por el sujeto.

En Italia, por ejemplo, la Ley del 1 de abril de 1999, n. 91 sobre la llamada donación de órganos, prevé la obligatoriedad de la declaración realizada por el sujeto en lo que se refiere al uso de órganos y tejidos del cuerpo.

Aún más interesante, es la reciente introducción en Italia de la llamada «administración de apoyo» (Ley 9 de enero de 2004, n. 6, que ha modificado el artículo 408, párrafo 1 del *Codice civile*), que permite al interesado pedir al Tribunal que nombre a un administrador, en el caso de que surja una futura situación de incapacidad.

Lo que reafirma el valor de la expresión de voluntad, anterior al estado de incapacidad, para permitir la gestión de los intereses patrimoniales de la persona y también los de índole personal.

Andrea Sassi

Constitución

Bibliografía: BIDART CAMPOS, *Lecciones elementales de política*, Universidad Peruana de los Andes, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002; D'ORS, *Derecho y sentido común, siete lecciones de derecho natural como límite al derecho positivo*, Madrid, 1995; DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1980; FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, en *Rev. peruana de derecho público*, n. 7, 2003, p. 19; HAURIU, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, 1980; KELSEN, *Introducción a la teoría pura del derecho*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, edición autorizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) y el Hans Kelsen-Institut, Lima, 2001, p. 75; KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980; LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, 1997; PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, 3ª ed., Madrid, 1997; SAGÜÉS, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 1998, p. 13; SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Versión española de Ayala, Madrid, 1996; WHEARE, *Las constituciones modernas*, Oxford, 1951.

1. Premisa. Una mirada a la teoría constitucional nos ofrece las acepciones más difundidas sobre el concepto de Constitución. Las cuales podemos resumirlas en cuatro: «la organización de las instituciones del Estado», «la expresión de los factores reales del poder», «la norma fundamental del ordenamiento jurídico», y «un freno al ejercicio del poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano». A continuación descubramos si lo propio de una Constitución es organizar, fundamentar, o más bien limitar el ejercicio del poder político.

2. La organización de las instituciones del Estado. Esta acepción procede de la Europa continental del siglo XVIII. Para los

juristas europeos como HAURIU, la misión del derecho constitucional es organizar en el marco del Estado-Nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad⁽¹⁾. Ferdinand LASSALLE también nos ofrecerá su propio concepto de Carta Magna explicando, en términos más generales, que una constitución «es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho de esa nación»⁽²⁾. En Iberoamérica Bidart Campos nos dice que «todo Estado tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un Derecho que lo ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Ese Derecho es el Derecho Constitucional, es la Constitución del Estado. La unidad de orden que articula a la convivencia políticamente organizada se formaliza jurídicamente en el Derecho Constitucional del Estado»⁽³⁾.

La necesidad de concebir un estado sustentado en diversas instituciones políticas, las cuales debían estar garantizadas y salvaguardadas en un documento respetado por todos, promovió la idea entre los franceses que el Derecho Constitucional es el estudio de las instituciones del estado. Una idea que consistía en la posibilidad de concebir un orden sin un monarca absoluto de por medio; por eso, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 resaltaba la necesidad de garantizar la separación de poderes y los derechos y libertades, sin los cuales no podría haber una verdadera constitución.

Luego de estos argumentos, si bien es cierto

⁽¹⁾ HAURIU, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, 1980, p. 41.

⁽²⁾ LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, 1997, p. 37.

⁽³⁾ Cfr. BIDART CAMPOS, *Lecciones elementales de política*, Universidad Peruana de los Andes, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, p. 430.

que a la constitución también le compete la descripción y organización de la estructura de una comunidad política, es decir, sus principales instituciones y las relaciones intrínsecas⁽⁴⁾, podemos afirmar que su origen no fue organizar y, si somos rigurosos, diremos que históricamente nació contra los postulados del propio Estado⁽⁵⁾. Esta finalidad no es propia de la constitución porque, a lo largo de la historia, las diferentes comunidades políticas han necesitado organizar sus instituciones. En efecto, las *polis* griegas, los imperios, hasta el Estado hobbesiano, tenían un orden que estaba de acuerdo con sus propios fines, incluso contrarios a los principios del constitucionalismo. En ese sentido, si bien la organización también está implícita en la estructura interna de una moderna carta magna, atendiendo a su origen y finalidad, no consistió su principal aporte a la teoría constitucional.

3. La expresión de los factores reales del poder. Su autoría corre a cargo de Ferdinand Lassalle con motivo de un famoso discurso en Berlín (1862). En dicho encuentro, Lassalle sostenía que todas las definiciones jurídicas formales distaban de dar satisfacción acerca del verdadero significado de una constitución, que más bien se limitan a describir su nacimiento y objetivos, pero no dicen dónde está su verdadero concepto y esencia⁽⁶⁾. Si bien el concepto de ley fundamental también se encontraba presente en su pensamiento⁽⁷⁾. Lassalle sostuvo que

⁽⁴⁾ Al respecto, Hauriou, define que la misión del derecho constitucional «es la de organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad»; cfr. HAURIUO, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., p.41.

⁽⁵⁾ La difusión del constitucionalismo a cargo de los franceses durante la época de Napoleón dio lugar a la identificación de los conceptos de Constitución y Estado; véase en el mismo sentido, SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, versión española de Ayala, Madrid, 1996, p. 80.

⁽⁶⁾ LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, cit., p. 37.

⁽⁷⁾ «¿En qué se distingue una Constitución de una simple ley? A esta pregunta se nos contestará, en la inmensa mayoría de los casos: la Constitución no es una ley como otra cualquiera, sino la ley fundamen-

sólo bastaba colocar en una hoja de papel los factores reales del poder y, al hacerlo, nos encontramos ante una constitución⁽⁸⁾. Pese a que esta definición fue pronunciada durante un discurso no se aleja del clásico planteamiento francés, dado que los factores reales del poder son, fundamentalmente, las facultades legislativa, ejecutiva y judicial, que no son otra cosa que las instituciones políticas básicas de la sociedad occidental contemporánea.

Se trata de una acepción más cercana a la Ciencia Política porque gira en torno al poder y sus relaciones pero menos próxima al Derecho Constitucional que lo hace alrededor de la libertad. No olvidemos que el origen de la constitución no empieza ni se agota en un documento, pues el constitucionalismo es anterior a la codificación; además, en el Reino Unido, como sabemos, la Carta Magna de 1215, así como el resto de los primeros documentos ingleses, estaban lejos de describir instituciones sino más bien en reconocer derechos y libertades. Por estas razones, si bien en la constitución se establecen las competencias de cada función del poder no debemos olvidar las relaciones del ejecutivo y legislativo, las cuales son características del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos. Sin ese tejido interior los factores reales del poder descritos en un documento no llegarían a identificarse con una constitución sino más bien con un estatuto, dado que no deben guardar un comportamiento estático sino dinámico en una forma de gobierno.

4. La norma fundamental del ordenamiento jurídico. El carente valor normativo de la Constitución fue avalado por la práctica judicial europea, la cual no admitía

tal del país. Es posible señores que esta contestación vaya implícita, aunque de un modo oscuro, la verdad que se investiga. Pero la respuesta, así formulada, de una manera tan confusa, no puede satisfacernos. Pues inmediatamente surge, sustituyendo a la otra, esta interrogación: ¿y en qué se distinguen una ley de la ley fundamental?»; cfr. LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, cit., p. 39.

⁽⁸⁾ LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, cit., p. 50.

que una carta magna fuese invocada en los tribunales judiciales y menos todavía como la fuente de validez de las leyes, circunscribiendo su significado a la titularidad de la soberanía y organización de los poderes del estado. No existiendo más normas que las leyes y los reglamentos, punto de partida del ordenamiento jurídico, los procesos de codificación fueron los responsables de sistematizar las regulaciones para el funcionamiento de la sociedad en su conjunto⁽⁹⁾. Con el paso del tiempo y gracias a la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen esta acepción se convirtió en la más exitosa de todas. Kelsen necesitaba amparar el ordenamiento jurídico en una norma superior que nadie podría contradecir y que, precisamente, por ella todas las normas estarían dotadas de contenido. Esa norma era la constitución. La constitución entonces, depurada de su contenido político, es la norma que da validez, sustento, y que preside el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico cerrado, con cierta apertura al derecho internacional y sin fisuras⁽¹⁰⁾. Esta acepción es la más difundida y quizá ha hecho posible que países sin tradición democrática midan el éxito de su constitución en función a las veces que el tribunal constitucional, órgano defensor de la carta magna, declara, o no, la conformidad de sus disposiciones con las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Pese a encontrarnos con la teoría más difundida y aceptada, pues se trata de la manera más aceptable en los países de tradición europea continental de judicializar el concepto de constitución y aplicarla como una norma fundamental para la solución de los casos judiciales, consideramos que adolece de una visión reduccionista acerca de su contenido; ya que, desde su origen, la constitución siempre tuvo una doble naturaleza: política, porque busca la limitación al poder, y jurídica porque lo hace por medio del Derecho; además, toda la constitucionalidad no puede contenerse en un código dado que los principios, la jurisprudencia, así como las tradiciones forman parte de un bloque de constitucionalidad y, por otro lado, porque la constitución nació en países como el Reino Unido y Norteamérica cuyo derecho es abierto y no cerrado, a diferencia de los países más cercanos a tradición europea continental⁽¹¹⁾. Por tanto, vemos que a poco de dure una carta magna estaríamos solamente ante la primera piedra de un gran edificio⁽¹²⁾. Finalmente, la idea de norma fundante de un ordenamiento no va reñida del todo con las normas que rigen un gobierno totalitario, ajeno al reconocimiento de libertades, y que imponen un orden muy distinto a los planteamientos constitucionales. Pensamos que la ausencia de unos valores básicos que le otorguen un contenido distinguible de los modelos no democráticos es una falla intrínseca de esta

⁽⁹⁾ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, en *Rev. peruana de derecho público*, n. 7, 2003, p. 19.

⁽¹⁰⁾ «(...) considerada en sí misma, la ley es sólo el significado subjetivo de un acto de un individuo o de un grupo de individuos, ordenando que los hombres están obligados a comportarse en esta forma, es decir, su carácter de acto que crea normas generales, su carácter de acto legislativo, es la Constitución autorizando a un determinado individuo o grupo de individuos para expedir órdenes. Así, la Constitución es la razón para la validez de las leyes. Esta autorización dada al órgano legislativo por la Constitución es el significado subjetivo del acto por medio del cual la Constitución se establece», cfr. KELSEN, *Introducción a la teoría pura del derecho*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, edición autorizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) y el Hans Kelsen-Institut, Lima, 2001, p. 75.

⁽¹¹⁾ Como es el caso de los países Iberoamericanos a causa de la primera y segunda difusión del constitucionalismo por el mundo, la cual fue liderada por Francia gracias a la ideología de la Revolución.

⁽¹²⁾ En efecto, si asociamos la teoría constitucional con los estados de la naturaleza veremos que está compuesta por un conjunto de documentos que conformarían el "estado sólido" del constitucionalismo (una constitución codificada, tratados sobre derechos humanos, determinadas leyes orgánicas, ley de garantías constitucionales, etc); asimismo, no podemos excluir que cuando perdura una Carta Magna en el tiempo, y si la judicatura es independiente, empiezan a aparecer costumbres, incluso mutaciones constitucionales, las que conformarían su «estado líquido» y, finalmente, si los jueces inspirados por la Constitución invocan principios en sus sentencias, aquello equivaldría a un «estado gaseoso».

definición, pese a la notable influencia que ha ejercido tanto en los países de Europa continental como Iberoamérica.

5. Un medio para frenar el poder de los gobernantes. Pese a estar adscrito a las tesis más cercanas a la organización, Duverger sostenía que la voluntad de someter los gobernantes al derecho se manifiesta en el establecimiento de constituciones a las que ellos deben ajustarse, sin poder modificarlas más que mediante procedimientos especiales, solemnes y difíciles (conocidas como las constituciones rígidas). De esta manera, el concepto de Constitución se relaciona con el de pacto y el mismo autor pone como ejemplo a los peregrinos ingleses que por un pacto expreso fundaron en América su nueva colonia (1620)⁽¹³⁾. El mismo Lasalle al momento de pronunciar su discurso sostuvo que si le preguntáramos a un jurista su idea sobre la constitución este seguramente que le contestaría que se trata de un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país⁽¹⁴⁾.

La Constitución antes que todo es un pacto de límites el poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano, es la definición que suscribimos y que está en la línea de una visión clásica de la teoría constitucional, la cual recoge el pensamiento de Loewenstein, Friedrich, Kriele y Pereira Menaut⁽¹⁵⁾. Atendiendo a su origen histórico

la Constitución es, digámoslo otra vez, un medio para limitar el poder de los gobernantes que asegura una esfera de derechos y libertades a los ciudadanos⁽¹⁶⁾. De las tres acepciones anteriores, es la única que contiene la finalidad de Constitución y que no esconde su contenido liberal; además, que las cartas magnas frenen el poder no está reñido con la idea de organizar las instituciones políticas (factores reales del poder), ni tampoco con que sea, en consecuencia, el supremo derecho del ordenamiento jurídico, sino sólo cuando reduce el ámbito de lo inconstitucional a las normas contrarias al contenido de una carta magna⁽¹⁷⁾. Sin embargo, con el paso del tiempo, la idea de Constitución como pacto ha pasado a un segundo plano, debajo de una acepción más jurídica, ocupando la cumbre de un ordenamiento jurídico, de acuerdo con las tesis de Kelsen⁽¹⁸⁾.

Carlos Guillermo Hakansson Nieto

⁽¹³⁾ DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1980, p. 27.

⁽¹⁴⁾ Véase LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?*, cit., p. 37.

⁽¹⁵⁾ Véase FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980; PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, 3ª ed., Madrid, 1997.

⁽¹⁶⁾ En el mismo sentido, Wheare nos dice que «la justificación de las constituciones, el concepto que preside su origen, es el de limitar la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas», cfr. WHEARE, *Las constituciones modernas*, Oxford, 1951, p. 143; véase en esta misma línea el significado de Constitución para D'Ors en D'ORS, *Derecho y sentido común, siete lecciones de derecho natural como límite al derecho positivo*, Madrid, 1995, p. 93.

⁽¹⁷⁾ En efecto, como sostiene Sagüés, «(...) no solamente las normas subconstitucionales serían contrarias a derecho: también la constitución regula los hechos, actos y omisiones, tanto de autoridades como de particulares, y por ende, de oponerse ellos a la constitución, padecerían del mismo vicio de inconstitucionalidad, invalidez y nulidad»; cfr. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 1998, p. 13.

⁽¹⁸⁾ DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit., p. 28.

Control de convencionalidad (derecho constitucional)

Bibliografía: ALEXY, *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 34; BRAND, *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 2006, t. I, p. 43; CASTILLO CÓRDOVA, *La Constitución como objeto de control constitucional*, en *Gaceta constitucional*, t. 55, julio 2012, pp. 273-283; CASTILLO CÓRDOVA, *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*, en SOSA SACIO (COORD.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, 2009, pp. 31-72; CASTILLO CÓRDOVA, *La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos*, en *Estudios constitucionales*, Rev. del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, año 10, n. 2-2012, pp. 231-280; DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 2003; FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 16; FERRER MC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios constitucionales*, año 9, n. 2, 2011, pp. 531-622; GARCÍA PELAYO, *Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español*, en ILANUD, *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, año 9-10, n. 23-24, p. 11; HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 5ª ed., Frankfurt am Main, 1997, p. 300; KELSEN, BOBBIO et al., *Crítica al derecho natural*, Madrid, 1966, p. 33; LANCHELOS-GAMÉZ, *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*, en *Dikaion*, año 23, n. 18, diciembre de 2009, p. 253; MESSNER, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik. Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4, Auflage, Tyrolia-Wien-München, 1960, p. 386; PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Instituto De Investigaciones Jurídicas Unam, México D.F., 2010, p. 217; PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, 1998, p. 44; SAGUÛES, *El «control de convencionalidad»*, en *particular sobre las Constituciones nacionales*, en *La Ley*, año LXXIII, n. 35, febrero de 2009, p. 3; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª ed., Madrid, 2007, p. 25.

1. Introducción. El control de convencionalidad es una herramienta jurídica surgida en el seno de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante CIDH). Un entendimiento cabal de la misma exige que se la estudie dentro del marco dogmático del Estado de derecho. Según la tradición jurídica en la que nos coloquemos, del *common law* o del *civil law*, el concepto de Estado de derecho adquiere matizaciones. En el primer caso, el derecho al que se ha de sujetar los poderes públicos, es uno que se inspira en criterios de justicia natural, equidad y juego limpio⁽¹⁾, formulando reglas jurídicas basadas fuertemente en la naturaleza y en la razón⁽²⁾. La vinculación efectiva no solo a las leyes,⁽³⁾ sino a todas estas reglas jurídicas estrechamente ligadas a la naturaleza y a la razón ha generado el *rule of law*⁽⁴⁾ como modalidad del Estado de derecho. Los países latinoamericanos no somos herederos de esta tradición jurídica, sino más bien de la segunda mencionada, por la que conviene detenerse más en ella.

2. El Estado de derecho en la tradición europea continental. En la tradición de la Europa continental, es posible diferenciar

⁽¹⁾ PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Instituto De Investigaciones Jurídicas Unam, México D.F., 2010, p. 217.

⁽²⁾ BRAND, *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 2006, t. I, p. 43.

⁽³⁾ En este caso, «la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el 'common law' nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones». ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª ed., Madrid, 2007, p. 25.

⁽⁴⁾ Aunque esta expresión se conocía ya desde el siglo XVI, fue el jurista británico Albert Dicey quien la popularizó desarrollándola como concepto, particularmente en su obra *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, aparecida en 1885.

dos modalidades: el Estado de derecho legal y el Estado de derecho constitucional

2.1. Estado de derecho legal. En la tradición del *civil law* es posible diferenciar un derecho entendido como la conjunción entre justicia natural y disposición positivada; de un derecho entendido exclusivamente como disposición positivada. En el primer caso, hay una clara influencia del Derecho romano no solo en el fenómeno codificador, sino también en la vinculación del Derecho con el *Ius* y con la *Iustitia*⁽⁵⁾, que inexorablemente vinculaba lo justo con principios de derecho natural⁽⁶⁾. En el segundo caso, el Derecho se circunscribe estrictamente a lo positivado, descartándose toda relevancia jurídica a principios de justicia natural⁽⁷⁾ aquí, «la validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia»⁽⁸⁾.

Si bien es cierto estos dos casos son compatibles con la concepción de un Estado de derecho basado en la ley⁽⁹⁾, no es menos cierto

que es con el segundo que alcanza relevancia no solo teórica sino también histórica. El Estado de derecho legal o Estado legal de derecho puede ser definido a partir de dos elementos que en su conjunto permitieron que «el lugar del derecho tradicional pas[er] a ser ocupado cada vez más por el derecho legislado»⁽¹⁰⁾. Uno es el papel que juega la ley positiva en el sistema jurídico: ésta es el fundamento de juridicidad porque la ley es tenida como «acto normativo supremo e irresistible al que (...) no es oponible ningún derecho más fuerte»⁽¹¹⁾; consecuentemente, la ley se convierte en criterio de existencia y validez jurídica⁽¹²⁾. El otro elemento es el concepto meramente formal de lo que era ley. Esta se definía como aquella decisión adoptada por el órgano competente siguiendo el procedimiento legislativo previsto⁽¹³⁾. Como el concepto de Ley era meramente formal, y lo jurídicamente válido lo definía la Ley, entonces, el concepto de Derecho fue uno estrictamente formal.

Estos dos elementos supusieron que lo jurídico no tuviese relación alguna con elementos jurídico materiales, lo que acarreó que surgiesen regímenes más que absolutos⁽¹⁴⁾,

⁽⁵⁾ El Digesto se inicia definiendo el derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*); D. 1, 1, 1.

⁽⁶⁾ En Roma, se ha dicho con acierto, «lo que se hizo fue complementar el derecho originalmente de raigambre religiosa o bien bien crear un derecho completamente nuevo, de acuerdo con la voluntad del pueblo en su conjunto, pero sin olvidar que además de estas reglas formuladas por seres humanos existía un canon de *leyes no escritas* que exigían ser respetadas independientemente de las circunstancias sociales, políticas y económicas particulares». BRAND, *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, cit., p. 38.

⁽⁷⁾ Es decisiva en este punto la influencia ejercida por Kelsen particularmente con su *Teoría pura del derecho*. Como bien se sabe, esta obra tuvo por finalidad desarrollar unos presupuestos teóricos exentos (en este sentido, «purificados»), de todo elemento que jugase en contra de la objetividad y exactitud exigidas por toda ciencia para ser considerada tal. Así, queda descartada toda referencia a los principios de justicia natural, los cuales por sí mismos carecen de existencia jurídica, por lo que su consideración hacía impuro («ensuciaba») el derecho.

⁽⁸⁾ KELSEN, BOBBIO et al., *Crítica al derecho natural*, Madrid, 1966, p. 33.

⁽⁹⁾ En el primer liberalismo, la determinación del contenido de los derechos «buscaba asemejarse al derecho natural». LANCHEROS-GAMÉZ, *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*, en *Dikaion*, año 23, n. 18, diciembre de 2009, p. 253.

⁽¹⁰⁾ BRAND, *La evolución del concepto europeo de Estado de derecho*, cit., p. 52.

⁽¹¹⁾ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, cit., p. 24.

⁽¹²⁾ Se afirma el principio de legalidad «como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente». FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 16.

⁽¹³⁾ El Estado legal de derecho «identifica plenamente el Derecho con la ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Parlamento sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos». GARCÍA PELAYO, *Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español*, en ILANUD, *Rev. del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, año 9-10, nn. 23-24, p. 11.

⁽¹⁴⁾ Los regímenes como el de la Alemania Nazi o el de la Italia fascista, actuaron en la práctica sin límites verdaderos, de otra forma no hubiesen podido cometer las atrocidades en las que incurrieron. Ni tan siquiera Bodin, como teórico del absolutismo, habría justificado semejantes cotas de poder irrestricto, pues era esencial a la república el *recto gobierno*, es decir,

los que desprendidos de cualquier limitación material, decidieron formalmente injusticias manifiestas a las que se les reconoció validez y eficacia jurídica. Este fue el punto de declive del Estado legal de derecho: atender como Derecho vinculante y exigible decisiones formalmente legales y materialmente injustas. El derecho no había conseguido limitar al poder, lo que exigió una urgente y profunda reformulación⁽¹⁵⁾.

2.2. Estado constitucional de derecho. Esta reformulación supuso una transformación radical, un «auténtico cambio genético»⁽¹⁶⁾ en las bases del destruido Estado legal de derecho; cambio que tuvo un elemento esencial en su configuración: volver a vincular el derecho a los contenidos materiales de justicia. El derecho no se construiría sólo desde las disposiciones positivadas, sino que se volvía a reconocer la existencia de un ámbito jurídico previo y superior al derecho positivado. El derecho, por su relación intrínseca con lo justo, exigía desde su propia esencia una vinculación fuerte a contenidos materiales de justicia. Este fue el primer elemento en la recomposición del concepto de Estado de derecho.

Este primer elemento no era incompatible con la idea de seguir reconociendo a la Ley como la primera fuente de juridicidad positivada⁽¹⁷⁾. Así, se habría superado las defi-

ciencias del Estado legal de derecho positivo si manteniendo la fuerza en la Ley, solo se reconocería como Ley jurídicamente válida aquella que no negaba exigencias de justicia natural, es decir, aquella que reconocía y se ajustaba a un derecho superior y anterior al derecho positivo. No obstante, la ley había caído en desgracia por los excesos en que se incurrió en el Estado legal de derecho positivo. A ello había que añadir la gran influencia que adquirió la teoría Kelseniana en el sistema del *civil law* por la que se reconocía que en la cúspide normativa del sistema jurídico se encontraba la Constitución. Estas dos razones abogaron decisivamente para reconocer a la Constitución como primera fuente de juridicidad positivada en reemplazo de la Ley. Este fue el segundo elemento en la recomposición del concepto Estado de derecho.

Estos dos elementos conforman la base sobre la que se construye el nuevo modo de entender el Estado de derecho: el poder se sujeta al derecho, y el derecho tiene su punto de partida en la Constitución. Por esta razón esta modalidad de Estado de derecho se le conoce como Estado constitucional de derecho⁽¹⁸⁾. El Estado constitucional de derecho no significó la anulación del Estado legal de derecho, sino más bien su perfeccionamiento⁽¹⁹⁾.

La completa superación de las aporías y deficiencias del Estado legal de derecho dependerá del concepto de Constitución que se haga valer. Tal necesariamente ha de ser uno material. Si la Constitución se define solo desde parámetros procedimentales, no

el Monarca no podía ir en contra de las leyes de Dios, de la naturaleza o de «ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos». *La República*, Libro I.

⁽¹⁵⁾ Por esta razón el llamado Estado legal de derecho en estricto no fue un verdadero Estado de derecho porque convalidó el ejercicio absoluto del poder legislativo (y del Ejecutivo al que se sometía). Ocurrió que «[e]n la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana». ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, cit., p. 25.

⁽¹⁶⁾ *Ídem*, pp. 33-34.

⁽¹⁷⁾ Un Estado de derecho real y efectivo no exige necesariamente que la Constitución sea reconocida como jerárquicamente superior a la Ley. Es el caso del derecho inglés, en el cual la soberanía la retiene el Parlamento, el cual podría teóricamente derogar los contenidos constitucionales. Sobre la soberanía del Parlamento véase PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, cit., p. 117 ss.

⁽¹⁸⁾ Aunque habrá que dejar dicho desde ya que incluso se ha llegado a afirmar la actual crisis del Estado Constitucional. Así, se tiene dicho que «un tercer cambio de paradigma: después del Derecho jurisprudencial, el Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de Derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales». FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, cit., p. 27.

⁽¹⁹⁾ El principio de legalidad no desaparece, sino que se complementa con el principio de constitucionalidad: la Ley, y en general toda actuación del poder público y privado, tendrá validez jurídica solo cuando se ajusta a la Constitución.

se habrá abandonado las malévolas oscuridades del Estado legal de derecho. Una consideración material reclama la definición de la Constitución como instrumento de fijación de los principios de justicia material⁽²⁰⁾. Tales principios son los derechos humanos constitucionalizados⁽²¹⁾ que conforman el contenido axiológico de la Constitución⁽²²⁾, a través del cual se formulan los valores básicos de una sociedad que han de ser asumidos y seguidos como fin, tanto por el poder político como por los particulares⁽²³⁾, llegando incluso a justificar del poder político verdaderas obligaciones de acción⁽²⁴⁾. Esto permite hablar de orden jurídico materializado (*materialisierte Rechtsordnung*)⁽²⁵⁾, y con ello la materialización de la ley. La ley en el Estado constitucional no es una ley definida solo desde parámetros formales, es también una decisión llamada a hacer realidad exigencias materiales de justicia.

3. ¿Estado convencional de derecho?

Se acepta que en la tradición de la Europa continental se ha pasado de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de

derecho, con el significado apretado mostrado páginas atrás. Es en este punto que corresponde formular la siguiente cuestión: ¿es posible sostener la evolución del Estado de derecho desde un Estado constitucional a un Estado convencional de derecho? Una respuesta afirmativa exige reconocer que la Constitución ha sido desplazada por la Convención o tratado internacional sobre derechos humanos como primera fuente de juridicidad. De ser este el caso, se ha de reconocer cumplidas las dos exigencias siguientes. Primera, que la Convención internacional positiviza las exigencias de justicia que como derechos humanos se formulan en torno a la Persona; y segunda, se ha de reconocer que con base en ese contenido positivado, la Convención - y no la Constitución - define lo que es jurídicamente válido en el seno de un Estado⁽²⁶⁾.

La primera exigencia se cumple precisamente desde que se trata de convenciones o tratados sobre derechos humanos. Son acuerdos internacionales destinados a plasmar en un documento el reconocimiento general de las exigencias de justicia que significan los derechos humanos⁽²⁷⁾. Sobre la segunda exigencia, es posible reconocer que al menos en el sistema interamericano sobre derechos humanos, han sido presenciadas dos situaciones que parecen confirmar que la Convención se superpone a la Constitución a la hora de definir lo jurídicamente válido. La primera situación es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) se ha superpuesto a la

⁽²⁰⁾ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, cit., p. 93.

⁽²¹⁾ MESSNER, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik. Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4, Auflage, Tyrolia-Wien-München, 1960, p. 386. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, 1998, p. 44.

⁽²²⁾ No es extraño, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el tratamiento de las normas de derechos fundamentales como «decisiones valorativas jurídico constitucionales» (*verfassungsrechtliche Wertentscheidungen*) BVerfGE 103, 89 (100); o como «orden valorativo vinculante» (*wertgebundene Ordnung*) BVerfGE 49, 24 (56).

⁽²³⁾ ALEXY, *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 34.

⁽²⁴⁾ Es la justificación del reconocimiento de una dimensión jurídico-objetiva en el contenido de los derechos fundamentales, la misma que se despliega en: «a) la fuerza de irradiación; b) organización y procedimiento, participación y prestación así como obligaciones de protección». DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 2003, p. 42.

⁽²⁵⁾ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 5ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 300.

⁽²⁶⁾ La validez de la actuación del poder ya no dependería de la ley (control de legalidad), ni de la Constitución (control de constitucionalidad), sino de su ajustamiento a la Convención (*control de convencionalidad*). De esta manera, la cosa juzgada en las decisiones jurisdiccionales ya no se configuraría ni de la ley (cosa juzgada legal), ni de la Constitución (cosa juzgada constitucional), sino de la Convención (cosa juzgada convencional).

⁽²⁷⁾ Es posible reconocer en estas convenciones también la fijación de principios de justicia material conformantes de un contenido axiológico vinculante que materializa el orden jurídico al que va dirigido, tal y como ocurría con la Constitución del Estado constitucional.

Constitución nacional cuando de ambas han brotado mandatos o normas contradictorias. Fue el caso en el que la CIDH, concluyó como hecho probado que «el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”»⁽²⁸⁾, por lo que resolvió que el Estado chileno había vulnerado la CADH y decidió que «el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”»⁽²⁹⁾. Decisión de la CIDH que llevó a la reforma constitucional del mencionado art. 19.12 a. Si la CADH se superpone a la Constitución, entonces se superpone también a toda norma infraconstitucional de un Estado, de modo que de todo el ordenamiento jurídico se predica el deber estatal de adecuación a las exigencias de la CADH (art. 2)⁽³⁰⁾.

La segunda situación ha sido consecuencia necesaria de la primera: las decisiones de la CIDH se superponen a las del Tribunal Constitucional o Corte Suprema de un Estado, al punto que las primeras pueden dejar sin

efecto a las segundas. En este contexto, las interpretaciones iusfundamentales que emplee el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad que realice, no pueden ser contrarias a las interpretaciones formuladas por la CIDH en el *control de convencionalidad* que ella efectúa desde la CADH. Esta vinculación ha sido, por ejemplo, reconocida por el propio Tribunal Constitucional peruano, el cual ha hecho suyo el criterio jurisprudencial de la CIDH del que «se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional»⁽³¹⁾. En esta lógica, el poder público del Estado peruano no puede desenvolverse válidamente desde el punto de vista jurídico, si no se conduce por los cauces iusfundamentales que le dibuja la CADH y la jurisprudencia de la CIDH.

4. Definición y caracterización del control de convencionalidad. Más, independientemente de que se haya o no consolidado un cambio de paradigma en el significado actual de Estado de derecho, lo cierto es que en este marco dogmático aparece el llamado control de convencionalidad, creación particularmente exitosa de la jurisprudencia de la CIDH, la misma que ha tenido eco en las jurisdicciones nacionales latinoamericanas⁽³²⁾. Aquí por razones de espacio solo se mostrará el juicio de convencionalidad desde la jurisprudencia de la CIDH.

La expresión control de convencionalidad ha sido acuñada por la CIDH en su jurisprudencia de manera que hoy en día es posible calificarla de criterio jurisprudencial plenamente asentado. La primera vez que en una de sus sentencias se aludió al control de convencionalidad fue en un voto concurrente del Magistrado Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003), y en el cual se manifestó la idea que

⁽²⁸⁾ Caso «*La Última Tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos et al.*) v. *Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 60.a.

⁽²⁹⁾ *Ídem*, párrafo 103.4.

⁽³⁰⁾ Tiene interpretado la CIDH sobre este deber que «ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda». Caso *La Cantuta v. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 172.

⁽³¹⁾ EXP. n. 00007-2007-PI/TC, citado, F.J. 25 y 26.

⁽³²⁾ Por ejemplo, para un estudio de la influencia en la jurisdicción mexicana véase FERRER MC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios constitucionales*, año 9, n. 2, 2011, pp. 531-622.

era consustancial a la jurisdicción de la CIDH, la existencia de lo que llamó «control de convencionalidad», el cual venía a exigirse de la actuación del Estado considerado como una unidad y no sólo predicado de alguno de sus órganos⁽³³⁾.

Años más tarde, esta vez en el texto de la sentencia misma, la CIDH tiene la oportunidad de proponer una definición de control de convencionalidad. Fue en la sentencia que resolvió el caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), en la que se manifestó que «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*»⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Textualmente se afirmó que «para los efectos de la *Convención Americana* y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio - sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional». Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso *Mack Chang v. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 27.

⁽³⁴⁾ Caso *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 124.

Esta «especie de control de convencionalidad», meses después se complementó en su definición cuando en la sentencia al caso *Trabajadores cesados del Congreso v. Perú*, manifestó la CIDH que «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»⁽³⁵⁾.

Estos dos son los relevantes pronunciamientos de la CIDH en el reconocimiento del control de convencionalidad que permiten concluir los elementos que conforman el control de convencionalidad. Así, se ha de destacar los siguientes tres: a) se crea la obligación jurídica a los jueces de velar por la vigencia de la *Convención* inaplicando leyes que siendo constitucionales, la puedan contravenir; b) el parámetro de control no solo serán las disposiciones convencionales sino también las interpretaciones que de las mismas haya presentado la CIDH en su jurisprudencia; c) el objeto de control es referido como «las normas internas», las cuales no solo se limitan a las leyes sino que abarca toda decisión normativa, incluso la *Constitución* misma⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro et al.) v. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 128.

⁽³⁶⁾ El control incluso podría abarcar a la *Constitución* misma, desde que es posible justificar la existencia de normas constitucionales injustas. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA,

Estas conclusiones hablan a las claras de que en el fondo el control de convencionalidad previsto en la jurisprudencia de la CIDH parte de reconocer que el Estado de derecho no es más uno constitucional y a pasado a ser uno convencional. Por eso, incluso, se ha admitido en la doctrina que el control de convencionalidad es concentrado en el seno de la CIDH y difuso en las jurisdicciones nacionales⁽³⁷⁾; y que existe una relación jerárquica entre la Convención y la Constitución a favor de la primera⁽³⁸⁾.

Sin embargo, esto es bien discutible. Solo se avanzará ahora a decir que no hay fuerza en las razones que se proponen para justificar que la Convención ha desplazado a la Constitución de modo que aquella prevalece sobre ésta. La relación entre el derecho internacional sobre derechos humanos y el derecho constitucional sobre derechos humanos, no ha de ser de jerarquía sino de armonización⁽³⁹⁾, la cual se logrará con éxito si se basa en la posición jurídica de la Persona como inicio y fin del derecho⁽⁴⁰⁾. Así, un tribunal nacional justificadamente no aplicará la CADH o la interpretación que de ella ha formulado la CIDH, si finalmente justifica que tales disposiciones o interpretaciones resultan siendo injustas en el caso que tiene que resolver; o encuentra que una interpretación del derecho constitucional interno le permite llegar a una más

efectiva y oportuna protección de los derechos humanos.

También se avanzará a decir que el derecho convencional solo tiene validez y eficacia en un ordenamiento jurídico interno, si es que ha habido un acto de incorporación. La Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos ingresan necesariamente en el nivel constitucional, de modo que conforman derecho constitucional válido. Bien vistas las cosas, los jueces nacionales cuando aplican la CADH o las interpretaciones de ella formulada por la CIDH, aplican el derecho constitucional vigente. Su control siempre será, pues, de constitucionalidad.

5. A modo de conclusión. El llamado control de convencionalidad solo se entiende dentro del marco dogmático del Estado de derecho. Los poderes públicos son realidades que en su origen y desenvolvimiento se han de sujetar al Derecho. El derecho es la Ley, la Constitución y la Convención o Tratado internacional, pero siempre vinculado fuertemente a las exigencias de justicia material cuyo reconocimiento ha vuelto para quedarse desde la caída del Estado legal de derecho. Desde que el derecho se ha abierto a exigencias de justicia no positivada, lo realmente trascendente es que el control de validez jurídica haga realidad la justicia. Y esta no se logra tanto jerarquizando fuentes normativas, como favoreciendo la eficacia de lo justo iusfundamental. El control de convencionalidad no ha de ser un instrumento para la aplicación formal y mecánica de la CADH o de la jurisprudencia de la CIDH, sino que ha de ser un mecanismo más que sumado al control de legalidad y al control de constitucionalidad, favorezca la consolidación de una justicia real y efectiva que promueva la máxima realización de la Persona.

Luis Castillo Córdova

La Constitución como objeto de control constitucional, en *Gaceta constitucional*, t. 55, julio 2012, p. 273-283.

⁽³⁷⁾ FERRER MC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, cit., pp. 559-591.

⁽³⁸⁾ SAGUÉS, *El «control de convencionalidad»*, en particular sobre las Constituciones nacionales, en *La Ley*, año LXXIII, n. 35, febrero de 2009, p. 3.

⁽³⁹⁾ CASTILLO CÓRDOVA, *La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos*, en *Estudios constitucionales*, Rev. del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, año 10, n. 2-2012, pp. 231-280.

⁽⁴⁰⁾ CASTILLO CÓRDOVA, *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*, en SOSA SACIO (COORD.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, 2009, pp. 31-72.

Control de convencionalidad (derecho internacional)

Bibliografía: AGUILAR NAVARRO, *Aspectos generales del control internacional*, en *Rev. de estudios políticos*, n. 101, septiembre-octubre, Madrid, 1958, p. 85; AGUILAR NAVARRO, *La cooperación internacional y la teoría del control*, en *Rev. de Administración Pública*, año X, n. 30, septiembre-diciembre 1959, Instituto de Estudios Políticos Madrid España, p. 77; BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, 2003, p. 120; BECERRA RAMÍREZ (coord.), *La Corte Interamericana de derechos humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, 2007; CARPIZO, *La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. XII, México, 2012, p. 824; GARCÍA RAMÍREZ (COORD.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. IV, México, 2008, pp. 619-655; GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco VS México, sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y costas)*, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. XI, 2011, pp. 561-591.

El «control» en el derecho internacional es una institución en evolución, no es nueva, ya que ha sido una preocupación tanto de la doctrina como de la práctica internacional, por lo menos desde el siglo XIX cuando se empiezan a delinear los modernos tratados multilaterales. La idea de «control» está íntimamente relacionada con los objetivos del derecho y surge primero que todo de la necesidad de respetar y aplicar las normas jurídicas, de la necesidad de mantener la armonía, la paz, la erradicación de la impunidad, por supuesto la protección de los derechos humanos de los individuos que se encuentren en tal o cual Estado. En forma breve, podemos decir que el control implica la función de órganos creados *ex profeso* para vigilar el cumplimiento (en este caso tiene una función preventiva) y sancionar el

no cumplimiento de la normatividad⁽¹⁾ vía resoluciones o sentencias. Cuando hablamos de sanciones, no implica el ejercicio de la fuerza coercitiva, aunque no se descarta en el caso del Consejo de Seguridad de la ONU, el órgano que por excelencia monopoliza el ejercicio de la acción coercitiva en el caso de la seguridad internacional⁽²⁾.

En sus orígenes europeos nos encontramos con un control primitivo que trata de «impedir que ningún Estado incumpla sus obligaciones como partícipes de la Unión, perjudicando con ello los derechos que a los otros corresponde»⁽³⁾. No bastaba con la celebración de acuerdos internacionales y la obligación jurídica que eso traería, era necesario asegurar y vigilar su cumplimiento. Un paso importante en la evolución de los controles lo constituye la creación de la Convención Central del Rhin y la del Danubio. Los Estados miembros de la Comisión le otorgan facultades para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones, la información del «derecho interno fluvial de la Comisión».

Este tipo de control que parece de carácter ejecutivo y que deja al Estado en una relación bilateral con el órgano de control evoluciona y para 1919 aparece una modalidad de la negociación de un compromiso contenido en una cláusula de los tratados para someter el incumplimiento o la diferencia sobre el

(1) «La misión del control internacional respecto del debido cumplimiento de las convenciones internacionales consiste en verificar la conducta de los Estados Obligados, en fiscalizar las medidas que han tomado para dar efectividad a la obligación voluntariamente asumida» (AGUILAR NAVARRO, *La cooperación internacional y la teoría del control*, en *Rev. de administración pública*, año X, n. 30, septiembre-diciembre 1959, Instituto de Estudios Políticos Madrid España, p. 77).

(2) AGUILAR NAVARRO, *La cooperación internacional y la teoría del control*, cit., p. 76.

(3) AGUILAR NAVARRO, *Aspectos generales del control internacional*, en *Rev. de estudios políticos*, n. 101, septiembre-octubre, Madrid, 1958, p. 85.

cumplimiento a un arbitraje o a una decisión jurisprudencial de un Tribunal internacional que pasa a formar parte de los sistemas de control. Este tipo de control, al que se denomina como «control judicial», es considerado como la «fórmula más pura dentro de la legalidad administrativa»⁽⁴⁾.

Más tarde, aparece la facultad de recomendación, que es la que emite el órgano de control después de conocer y analizar la obligación de la información que convencionalmente tiene el Estado sobre el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de un tratado. Estas recomendaciones aspiran a ser obligatorias, aunque su alcance y naturaleza jurídica depende de la misma convención. El control llega a ser un elemento preventivo o represivo de la institución.

De acuerdo a Aguilar Navarro, hay diferentes tipos de control, el control político, el técnico el control judicial o jurisdiccional⁽⁵⁾. Así, desde la perspectiva del plano internacional, podemos ver que en el sistema tutelar de los derechos humanos existen sistemas de autocontrol y de heterocontrol. Estamos hablando de autocontrol cuando en el marco del tratado internacional en cuestión se crean mecanismos de supervisión de la aplicación del mismo y de heterocontrol cuando fuera del marco normativo del tratado existen medios de control de la aplicación del tratado. En ambos sistemas pueden existir medios de carácter resolutivo o jurisdiccional. Por ejemplo, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se crea un sistema de autocontrol, con dos órganos uno de carácter resolutivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y otro de carácter jurisdiccional, la Corte

Interamericana de Derechos Humanos⁽⁶⁾.

Como mecanismos de autocontrol en el derecho convencional internacional es común encontrar los siguientes: **1)** la presentación de informes periódicos por parte de los Estados; **2)** las encuestas; **3)** la investigación y las inspecciones *in situ*; **4)** las resoluciones (vinculantes o no); **5)** las sentencias, que por supuesto todas son vinculantes.

Como complemento de la aplicación de medidas que se han considerado también como preventivas se encuentran los mecanismos por los que se tratan casos de violaciones, por ejemplo: los procedimientos de denuncia o peticiones ante los órganos internacionales de supervisión que Estados o individuos pueden intentar y la demanda o denuncia ante órganos jurisdiccionales internacionales. Con lo que ya estamos en el terreno del heterocontrol y las decisiones que dicten los órganos que lo realizan serán obligatorias porque es un compromiso del Estado. Hay que recordar que dada la característica descentralizada del derecho internacional, el sistema creado por este mismo derecho se apoya, cuando hay fallas en su cumplimiento, vía la cooperación internacional, en los Estados, en su estructura interna para el cumplimiento de sus obligaciones. Aquí ya estamos en los terrenos de los controles internos.

A nivel interamericano el concepto es conocido también con tiempo antes⁽⁷⁾ de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de control junto con la Comisión Interamericana de la Convención Americana de Derecho Humanos dictara su famosa sentencia Almonacid Arellano et al. v. Chile⁽⁸⁾. En dicha sentencia, se le recuerda

⁽⁴⁾ AGUILAR NAVARRO, *Aspectos generales del control internacional*, cit., p. 98.

⁽⁵⁾ «El control político es el que se efectúa sobre la base de estimaciones y consideraciones estrictamente políticas. El control técnico es el realizado sobre la línea de las valoraciones y explicaciones técnicas, racionalizadas por una disciplina que descansa en datos objetivos, no en oportunidades y conveniencias políticas. Cuando el control se apoya en la acción de la norma legal, estamos ya en presencia del control judicial o jurisdiccional», AGUILAR NAVARRO, *Aspectos generales del control internacional*, cit., p. 109.

⁽⁶⁾ Sobre el sistema interamericano de derechos humanos se ha escrito mucho, se recomienda: BECERRA RAMÍREZ (coord.), *La Corte Interamericana de derechos humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, 2007, *passim*.

⁽⁷⁾ Véase la obra: BAZÁN, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, 2003, p. 120.

⁽⁸⁾ Nota 49, párrafo 124: «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

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».

Este denominado control de convencionalidad lo que hace es fortalecer la recepción del derecho internacional y además da oportunidad al sistema interno de expandirse, con base en la interpretación que realice la Corte. Pero no olvidemos que el control de convencionalidad no sólo está en los derechos humanos sino es muy amplio, claro que la diferencia lo hace el artículo 1 de la Constitución mexicana que se centra en los derechos humanos.

Precisamente, otra de las imprecisiones al hablar de control de convencionalidad es considerar que esta figura es nueva en el derecho mexicano. Tómese en cuenta el texto Constitución del artículo 133 establece: «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». El texto, es claro permite a los jueces realicen lo que ha sido denominado como «control de la convencionalidad». Sin embargo, el poder judicial federal, dictó una serie de resoluciones que desconocieron el poder difuso. Estas interpretaciones erróneas fueron modificadas después del conocimiento de la sentencia del caso Radilla por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y ahí se decidió que «Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad» (lo «deberán ejercer todos los jueces del país»)⁽⁹⁾ y en última instancia les dará

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 et al. v. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencias de 26 de septiembre de 2006, serie C, n. 154, tomado de GARCÍA RAMÍREZ (COORD.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. IV, México, 2008, pp. 619-655.

⁽⁹⁾ Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, México, 14 de julio de 2011, p. 28.

posibilidad de inaplicar la ley⁽¹⁰⁾. Pero analicemos la recepción por las cortes mexicanas del Caso Radillo.

En la última década el Estado mexicano ha sido condenado en varios casos ante la Corte IDH. Aunque todas las sentencias han sido relevantes, sobresale la recepción de la sentencia dictada en el caso Radilla.

La sentencia tiene su importancia y su interés técnico jurídico⁽¹¹⁾, pero aquí nos interesa ver

⁽¹⁰⁾ Textualmente la sentencia de la suprema Corte de Justicia de la nación en el expediente Varios 912/2010, establece: 31 El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: 1) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artt. 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación. 2) Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. 3) Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. «De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. b) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte».

⁽¹¹⁾ GÓMEZ ROBLEDÓ VERDUZCO, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco VS México*,

la reacción del Estado mexicano que lo lleva a la aceptación de lo que se ha considerado como «control de convencionalidad»: **1)** Los tratados internacionales son ley suprema de toda la Unión y como sabemos (artículo 133 constitucional) la Corte considera que están inmediatamente bajo la constitución en un orden jerárquico. **2)** En consecuencia, hay una obligación de cumplir con los tratados en el ordenamiento interno, lo que es independiente de la obligación internacional de *pacta sunt servanda*. **3)** Esa obligación no depende de cómo se le denomine (control de convencionalidad o cumplimiento de los tratados internacionales) y se extiende a todos los tratados internacionales, celebrados por el Estado mexicano, independientemente de su naturaleza. **4)** Aunque tratándose de las normas convencionales internacionales en materia de derechos humanos tienen un tratamiento especial de conformidad con el artículo 1 de la Constitución reformado en el año de 2011.

Dicho lo anterior, lo que resta es determinar la forma en que se cumple con el principio *pacta sunt servanda* en derecho interno y ahí hay varios elementos interesantes. En principio, a propósito del caso Radilla la Suprema Corte de Justicia de la nación dicta la Resolución Varios 912/2010 en donde establecen sus puntos claves en la recepción de la sentencia de la Corte IDH: **1)** Establece la obligatoriedad de la Sentencia de la Corte IDH: «17. En este sentido, esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sen-

tencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos»⁽¹²⁾. **2)** Establece que el control convencionalidad lo deben ejercer todos los jueces del país⁽¹³⁾. **3)** Establece que, en dado caso, el juez que realice el Control de Convencionalidad, aplica o no aplica la ley contraria a las normas de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales⁽¹⁴⁾. **4)** La Corte, da los parámetros de interpretación y de funcionamiento del Control de Convencionalidad⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Resolución Varios 912/2010, p. 26.

⁽¹³⁾ El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: **1)** Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los art. 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; **2)** Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

⁽¹⁴⁾ «32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación».

⁽¹⁵⁾ «33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: a. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. b. Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. c. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la

sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y costas), en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. XI, 2011, pp. 561-591.

En realidad este control, como vimos ya existía en la Constitución el artículo 133 de la Constitución («Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados»). Con Radilla la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo que hace es cumplir con la Constitución que ni siquiera se reformó. Precisamente el más alto Tribunal mexicano, lo que hace es «reintegrar» el texto mexicano con otro acto igual⁽¹⁶⁾.

Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. 34. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. 35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas. 36. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general. Provoca que durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación».

⁽¹⁶⁾ «Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reiterado en junio de mil novecientos noventa y siete y en tres precedentes de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, la tesis es la P./J. 74/99 y lleva por rubro: «Control Difuso De La Constitucionalidad

Ahora bien, un punto final, si bien la decisión Varios 912/2009 se refiere a las normas de derechos humanos, con características propias y únicas, ese control se realiza para todos los tratados internacionales, como lo establece el artículo 133. E insistimos, en lo que se refiere a los derechos humanos, la diferencia la dan los elementos de ponderación como *pro persona*, sus métodos especiales de interpretación, etcétera.

Aparte, hay que tomar en cuenta que la doctrina está hablando de la existencia de un «margen de apreciación nacional» como una cierta libertad que tiene el juzgador nacional (para «tomar en cuenta la peculiaridades y realidades jurídicas económicas y sociales de esa nación»⁽¹⁷⁾) siempre que no constituya un subterfugio para incumplir el tratado internacional. Sobre este tema, todavía se espera un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

Manuel Becerra Ramírez

De Normas Generales. No Lo Autoriza El Artículo 133 De La Constitución». Este criterio se reitera mediante la tesis plenaria P./J. 73/99 de rubro: «Control Judicial De La Constitución. Es Atribución Exclusiva Del Poder Judicial De La Constitución». En agosto de dos mil cuatro, la Segunda Sala reitera el criterio en la tesis de jurisprudencia 2ª./J. 109/2004 de rubro: «Contencioso Administrativo. El Tribunal Federal De Justicia Fiscal Y Administrativa Carece De Competencia Para Pronunciarse Sobre Los Vicios De Constitucionalidad Que En La Demanda Respectiva Se Atribuyan A Una Regla General Administrativa. En la misma novena época, esta Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, emitió la tesis P./J. 23/2002 de rubro: «Tribunal Electoral Del Poder Judicial De La Federación. Carece De Competencia Para Pronunciarse Sobre Inconstitucionalidad De Leyes», la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución». Tomado de: Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, México, 14 de julio de 2011, p. 30.

⁽¹⁷⁾ CARPIZO, *La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, UNAM, vol. XII, México, 2012, p. 824.

«Corpus iuris» internacional de derechos humanos

Bibliografía: CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, 2001; NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008; NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 2009, México; NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*. Available at: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/>, 1997; YRIGOYEN FAJARDO, *Vislumbrando un Horizonte Pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO (edic.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago, 2004, pp. 191-228.

El «*corpus iuris* internacional de derechos humanos» corresponde al conjunto de diversos instrumentos y fuentes del derecho internacional de los derechos humanos reunidos y aplicados en forma compleja en un «bloque» de fuentes que comprende tanto los instrumentos estrictamente vinculantes, como los tratados internacionales ratificados, como también el denominado el *soft law*. A ellos se suman los principios generales del derecho internacionalmente reconocidos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales con competencia en materia de derechos humanos y otros. Este conjunto de fuentes o «*corpus iuris*» constituye el cuerpo normativo base del «estándar internacional de derechos humanos», que se establece como marco de respuesta jurídica para las obligaciones en derechos humanos que dejan de estar ligadas solo al cumplimiento estricto de la normativa de los derechos fundamentales ⁽¹⁾ reconocidos

expresamente en los textos constitucionales o de determinados tratados internacionales acordados por los estados, sino que también busca que estos instrumentos internacionales sean garantizados por los estados internamente en atención a lo prescrito en el derecho internacional de los derechos humanos.

Específicamente, este «*corpus iuris*» está integrado por instrumentos basales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también la Declaración Universal de Derechos humanos, más otros instrumentos especializados en materia de discriminación, tortura, derechos de la infancia y adolescencia, derechos de la mujer o en materia indígena. Se reúnen los instrumentos estrictamente vinculantes y el *soft law*, que es fruto del desarrollo progresivo de los derechos humanos a partir de las declaraciones, observaciones generales y otros medios jurídicos emanados de organismos internacionales de carácter universal o especializado (como OIT, UNICEF, PNUD, etc.). Todos estos instrumentos son integrados para lograr el efectivo ejercicio de los derechos humanos, quedando cada estado obligado a adoptar las medidas necesarias para concretar este fin. Bajo los parámetros descritos, la normativa internacional se desarrolla en estándares de comportamiento mínimo dirigidos a la protección de bienes jurídicos trascendentales, debiendo reconocerse tanto normas con contenido absoluto, imperativas, como otras normas más flexibles o «derecho blando», el *soft law*, res-

⁽¹⁾ Cuando nos referimos a los «derechos fundamentales» también estamos hablando de «derechos humanos», porque éstos son el género que comprende la totalidad de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana misma y con la expresión «derechos fundamentales» queremos enfa-

tizar aquellos derechos humanos reconocidos y formalmente positivizados en los diversos catálogos de derechos de orden internacional o constitucional. Una explicación detallada de la distinción conceptual entre «derechos humanos» y «derechos fundamentales», véase en la nuestra voz «Derechos fundamentales y derechos humanos», en esto Diccionario Analítico.

pecto del cual el estado también debe proporcionar su debida protección, evitando las vulneración de tales derechos y libertades en sus aspectos esenciales, con lo que este «derecho blando» deja de ser considerado como meramente declarativo o programático para ser un derecho vinculante en el sentido de la obligación de progresión en el respeto y promoción de los derechos humanos que cautela.

Los Sistemas Interamericano y Europeo de Derechos Humanos en el contexto regional, junto a los organismos establecidos a partir de los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas en el ámbito global, bajo la denominación de *corpus iuris*, «han construido una jurisprudencia convergente en cuanto a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y las implicaciones y consecuencias de ahí derivadas»⁽²⁾. Al respecto, como señala Cançado Trindade, la interacción interpretativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos ha sido central para asegurar la propia interpretación uniforme de los derechos humanos internacionalmente protegidos⁽³⁾. Al mismo tiempo, es necesario destacar la legitimidad de este «*corpus iuris* de derechos humanos» y su carácter progresivo, que refleja la evolución de los valores morales y sociales de la comunidad internacional, teniendo la capacidad de alcanzar la conformación de una cultura jurídica nueva sostenida en los estándares internacionales de derechos humanos⁽⁴⁾.

En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el «*corpus iuris* de derechos humanos» como un cuerpo de protección que persigue evitar los espacios o posibilidades para la violación de los derechos humanos. En este sentido los sistemas de protección de derechos fundamentales,

de carácter nacional e internacional, están interrelacionados de tal forma que llegan a constituir un solo cuerpo normativo de garantía sobre la base del principio fundamental de la interacción. Luego - siguiendo a Nash - la «interacción normativa» es «la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales», porque los derechos humanos son derechos protegidos por las garantías constitucionales e internacionales en «un acervo garantista» conformado por los sistemas de normas constitucionales e internacionales que guían la protección de los derechos. Esta «interacción» está dada por «un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional»⁽⁵⁾. Por cierto, que la protección de los derechos humanos radica en primer término en la obligación preventiva del estado y su institucionalidad, porque la vigencia concreta de los derechos fundamentales se despliega en el contexto interno nacional, mientras la normativa y la práctica internacional, aunque muy relevantes, no tienen la función de suplir la labor estatal de prevención, garantía y cumplimiento material de los derechos humanos, que solo se complementa desde el estándar internacional de derechos humanos⁽⁶⁾.

En definitiva, la jurisprudencia en materia de derechos humanos, siguiendo la Convención Americana de Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos, deberá ser introducida normativamente por los estados parte del Sistema Interamericano o del Sistema Europeo de Derechos Humanos, cuyos respectivos organismos estatales deberán generar, aplicar e interpretar las normas perti-

⁽²⁾ CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, 2001, pp. 50-58.

⁽³⁾ *Ídem*.

⁽⁴⁾ YRIGOYEN FAJARDO, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago, 2004, p. 52.

⁽⁵⁾ NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, 2008, Santiago, p. 310.

⁽⁶⁾ *Ídem*.

entes en su derecho interno, incorporando estas nuevas categorías dentro de sus obligaciones, a fin de dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones en materia de derechos humanos, todo, bajo el sentido que han ido desarrollando y consolidando la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del Sistema Europeo de Derechos Humanos y la propia jurisprudencia constitucional de los estados, como un solo cuerpo jurídico obligatorio que actúa como límite para el estado⁽⁷⁾. Agrega el Juez Cançado Trindade que en plena armonía con este orden internacional y como fundamento de su especial alcance en la protección de los derechos humanos, encontramos la norma general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, basada en la buena fe y la regla de contexto, que, a su vez, se sostiene en el principio internacional del *effet utile*, que impone la «humanización del derecho de los tratados», el cual se impacta con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desarrollando su capacidad para ordenar las relaciones jurídicas tanto en el plano internacional como en el interno, desde los tra-

tados de derechos humanos, asegurando en definitiva el imperativo *pro persona*⁽⁸⁾. En conclusión, el «*corpus iuris* de derechos humanos» como visión integrada de un bloque nacional e internacional de los derechos humanos apunta hacia un horizonte normativo que tenga la capacidad, incluso jurisdiccional, de garantizar los derechos humanos en el plano interno e internacional. Hablamos de un estándar internacional como límite y marco normativo imperativo constituido por «normas intangibles», en que el respectivo sistema estatal debe guiar su conducta en base a estos estándares que son fijados internacionalmente y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del estado⁽⁹⁾. De esta forma, el orden jurídico en su conjunto, la normativa internacional y nacional de protección de los derechos humanos, constituye un orden público internacional, que no puede ser modificado por la voluntad unilateral de los estados erigiéndose por tanto como límite a la soberanía del estado.

Juan Jorge Faundes Peñafiel

⁽⁷⁾ El constitucionalismo latinoamericano ha acogido la existencia de un «bloque de constitucionalidad», introducido en diversas constituciones de América Latina, por ejemplo, en forma expresa en la de Bolivia (2009) o en forma tácita en la de Chile (1980, reformada en 1989). Al respecto véase: NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*. Available at: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/> (último acceso: marzo 2013), 1997.

⁽⁸⁾ CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, cit., pp. 50-58.

⁽⁹⁾ NASH, *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, cit., pp. 311-312.

Cosmopolitismo

Bibliografía: BECK, *We do not live in an age of cosmopolitanism but in an age of cosmopolitisation: the «global other» is in our midst*, en *Irish Journal of Sociology*, 2011, n. 1, vol. 19; BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, New York, 2006; BORCAN, *Diplomacy and Cosmopolitanism in a Globalized World*, en *Journal of International & Global Studies*, no. 1, November, vol. 4, 2012; CARTA DEL TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL DE NÜREMBERG, consulta y disponible en <http://avalon.law.yale.edu/> el día 25 de julio de 2013; FINE, COHEN, *Four Cosmopolitanism Moments*, en VERTOVEC, COHEN, (eds.), *Conceiving Cosmopolitanism: Theory, Context and Practice*, New York, 2002; HELD, *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, en *Polity*, 2010; HELD, *La Democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, 1997; JAMES, *Pragmatismo*, Madrid, 2000; LINARES SALGADO, *Del colonialismo al cosmopolitismo: hacia una ética cosmopolita*, en *Utopía y praxis latinoamericana*, n. 54 (julio-septiembre), año 16, 2011; POGGE, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, en POGGE, MOELLENDORF (ed.), *Global Justice, Seminal Essays*, St. Paul, 2008, 6, vol. I; WALDRON, *Cosmopolitan Norms*, en BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, New York, 2006.

El Cosmopolitismo es un concepto intrínsecamente necesario para entender la relación entre los Derechos individuales, también llamados Derechos Humanos y la integración regional; una relación en cuyo fortalecimiento podría encontrarse el tan discutido florecimiento del Derecho Cosmopolita en una naciente *Era de Cosmopolitización*⁽¹⁾ así nominada por algunos sociólogos como

⁽¹⁾ Beck, se refiere a la cosmopolitización expresamente como: «the end of the global other. The global other is here in our midst (...)». Pero, específicamente define a la Edad o Era de Cosmopolitización de la manera siguiente: «The age of cosmopolitisation (...) means that the great questions of life have to be addressed and understood - in opposition to the main trends in sociology and art, albeit from a novel point of view: in the distant other who is also very close we recognise ourselves (...)». Cfr., BECK, *We do not live in an age of cosmopolitanism but in an age of cosmopolitisation: the «global other» is in our midst*, en *Irish Journal of Sociology*, 2011, n. 1, vol. 19, pp. 18-23.

Ulrich Beck y que bien podríamos al mismo tiempo calificarla como *multidimensional*.

Cosmopolitización que quizás comenzó con la firma en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y significó el nacimiento del régimen Internacional de Derechos Humanos. Un régimen concebido como un «conjunto de normas globales y regionales interrelacionadas y coexistentes entre sí»⁽²⁾, que incluyen a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, al Derecho Internacional Público y Privado, y al Derecho suave o Soft Law internacional.

El resurgimiento del Cosmopolitismo durante el siglo XX y su auge en la primera década del siglo XXI, como constructo social en la mayoría de las Ciencias Sociales, que incluyen al Derecho, se ha presentado como una herramienta idónea para intentar resolver los problemas sociales cada vez más radicales e interdependientes entre unos y otros, que aquejan a nuestra especie en estos tiempos turbulentos.

Momentos revueltos, en los que la humanidad ha alcanzado desarrollos inimaginables en ciencia, genómica, tecnología, y comunicación, promisorios de mejores condiciones de vida que conducirían al hombre a la felicidad continúa, instantánea y longeva, a la que siempre ha aspirado. Pero al mismo tiempo, esos avances no han sido la panacea anhelada, para que esa humanidad siempre inmersa en la batalla eterna por erradicar el hambre, la pobreza, la guerra, las violaciones a los derechos humanos y las injusticias sociales, lo logre y alcance esa felicidad aspiracional, grabada en su interior desde su origen.

En nuestra vida cotidiana, solemos relacionar nuestro concepto, con el término cosmopolita, el cual concebimos como un es-

⁽²⁾ BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, New York, 2006, p. 27.

tado mental, caracterizado por la apertura que tenemos a vivir experiencias culturales diversas a las pertenecientes al lugar en que residimos permanentemente, mediante nuestra observación, escucha, intuición y reflexión⁽³⁾.

Pero, el Cosmopolitismo es un término antiguo, cuya vigencia no es nueva, sino se remonta a sus orígenes en los escritos e ideas griegas, específicamente de los cínicos, Antístenes y Diógenes que con posterioridad fueron retomadas por Zenón de Citio. Diógenes, fue quien sugirió que todos los «hombres sabios» constituían una comunidad única moral, a la que denominó ciudad del mundo, concibiendo a la ciudad como una reunión de mentes⁽⁴⁾. Es decir, para Diógenes un individuo carente de anclaje a ciudad-estado, real y contemporánea alguna, era un cosmopolita o ciudadano del mundo.

A su vez, el fundador de la escuela Estoica Zenón de Citio, propuso otra idea somera sobre el Cosmopolitismo. Basado en la generalidad de que toda la gente encarnaba la chispa divina y por tanto eran capaces de razonar, Zenón imaginaba un círculo expansivo de inclusión - cuyo origen comenzaba en la capacidad de raciocinio por sí mismo del individuo, que iba expandiéndose hacia la familia, los amigos, la ciudad, hasta llegar a la humanidad -, que habría de reemplazar a la Ciudad-Estado, por la razón pura⁽⁵⁾.

A pesar de estas concepciones de humanismo universal, no habrá que olvidar que para los griegos, la ciudadanía era un atributo que denotaba pertenencia y membresía localizada a la ciudad-estado Ateniense y que únicamente era atribuible a los hombres libres griegos y de la que eran excluidos esclavos, mujeres y residentes extranjeros.

⁽³⁾ BORCAN, *Diplomacy and Cosmopolitanism in a Globalized World*, en *Journal of International & Global Studies*, n. 1, november, vol. 4, 2012, p. 33.

⁽⁴⁾ FINE, COHEN, *Four Cosmopolitanism Moments*, en VERTOVEC, COHEN (ed.), *Conceiving Cosmopolitanism: Theory, Context and Practice*, New York, 2002, p. 136.

⁽⁵⁾ FINE, COHEN, *Four Cosmopolitanism Moments*, cit., p. 138.

Dos mil años después la idea de Cosmopolitismo fue revalorada a través de una serie de ensayos publicados por Immanuel Kant durante un periodo de doce años antes y después de la Revolución francesa⁽⁶⁾.

Las ideas que Kant plasmó en su obra *Hacia una Paz Perpetua*, se tomaron como el antídoto idóneo, a todas las sangrientas batallas, provocadas por el exacerbado nacionalismo europeo de la época. En principio, para Kant todo derecho inherente al ser humano, es un *derecho cosmopolita*, basado en la *razón pública*⁽⁷⁾ absoluta del deber que tiene toda persona a actuar de acuerdo con el ideal de alcanzar la paz perpetua, mediante la procuración de *hospitalidad - hospitality right* - al congénere que lo pida o necesite, sin más condiciones que aquellas que las relativas a su naturaleza humana. Pues para Kant, la hospitalidad conlleva una demanda de residencia temporal por parte del extraño quien llega a nuestra tierra⁽⁸⁾.

Esa hospitalidad debemos entenderla como «la amabilidad y generosidad que uno podría demostrar a los extraños que llegan a su tierra o a quienes se vuelven dependientes de nuestros actos de bondad a través de la circunstancias de la naturaleza o la historia, pues la hospitalidad es un derecho que pertenece a todos los seres humanos, desde el momento en que vemos a quienes damos hospitalidad, como participantes potenciales en un mundo republicano»⁽⁹⁾ para Kant en el siglo XIX y democrático-cosmopolita⁽¹⁰⁾ para David Held en el siglo XXI.

⁽⁶⁾ FINE, COHEN, *Four Cosmopolitanism Moments*, cit., p. 140.

⁽⁷⁾ HELD, *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Reino Unido, Polity, 2010, pos. 332/4790.

⁽⁸⁾ BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, cit., 2006, p. 22.

⁽⁹⁾ Ídem.

⁽¹⁰⁾ Para David Held, las democracias nacionales, necesitan una democracia cosmopolita internacional: «una concepción de las relaciones legales democráticas en procesos regionales y globales» basadas en el principio de autonomía que el propio Held formula. Principio que enarbola el hecho de que «las personas deben gozar de los mismo derechos y (...) cargar con los mismos deberes, en el momento de especificar el marco político que genera y limita las oportunidades

Posteriormente, tras su aparente olvido el Cosmopolitismo resurgió en dos momentos clave a mediados del siglo pasado, tras las devastadoras aniquilaciones de seres humanos, provocadas durante la Segunda Guerra Mundial por los regímenes Nazista y Stalinista.

El primer momento que marcó dicho resurgimiento fue el florecimiento de los conceptos jurídicos de «crímenes contra la humanidad», «actos inhumanos» y «persecuciones sobre bases raciales, políticas o religiosas»⁽¹¹⁾ en los juicios de Núremberg, instaurados por los Aliados, en contra de los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nazista, quienes fueron juzgados por su *responsabilidad individual* de perpetradores y subalternos en la comisión de tales crímenes. El segundo momento, ocurrió con la captura y juicio instaurado en contra de Adolf Eichmann por el gobierno Israelí en 1960. Siendo, la discusión sobre la ilegalidad (Jasper) y legalidad (Arendt) de dicho juicio entre Karl Jasper y Hanna Arendt, el evento que señaló la vuelta del Cosmopolitismo en

a su disposición (...) es decir, deben ser libres e iguales en la determinación de las condiciones de sus propias vidas, siempre y cuando no dispongan de este marco para negar los derechos de los demás. Cfr. HELD, La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita, Barcelona, 1997, pp. 181-183.

⁽¹¹⁾ Definición prevista por el artículo 6c de la Carta del Tribunal Criminal Internacional de Núremberg, que reconoce su competencia para juzgar y castigar los crímenes de guerra cometidos por los países europeos del Eje, a través de las personas, quienes actuando a nombre y en el interés de dichos países de manera individual o como miembros de organizaciones, son responsables individualmente por haber cometido entre otros crímenes, los crímenes contra la humanidad. «Article 6: (...) (c) Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan». Consulta y disponible en <http://avalon.law.yale.edu/> el día 25 de julio de 2013.

las discusiones políticas, éticas y legales, y el tránsito de las normas de justicia internacional hacia normas de justicia cosmopolita, normas que sin importar las condiciones de su origen legal, deberían ser respetadas por los individuos como personas individuales y jurídicas, pertenecientes a una sociedad civil mundial⁽¹²⁾.

En la década de 1990, el Cosmopolitismo contemporáneo recibe un gran impulso, a través de los trabajos realizados por Martha Nussbaum, filósofa estadounidense, cuya obra está plenamente influenciada por los filósofos cínicos y estoicos, además del Cosmopolitismo Kantiano⁽¹³⁾.

Nussbaum cuestiona el uso y sentido que se da al cosmopolitismo dentro de la educación estadounidense, al debatir sobre el malentendido orgullo sobre la superioridad de la identidad y ciudadanía americanas, que se vanaglorian frente al resto de los pobladores del mundo.

Hecho que aleja a los ciudadanos estadounidenses de su lealtad a la única comunidad de la que son miembros indudables, la humanidad, cuyos derechos humanos más elementales, deben respetar dentro y fuera de su territorio, un *multiverso* producto de la diáspora mundial milenaria que acompaña al ser humano.

Raza humana a la que se sienten ajenos y distantes, que los ha conducido a irrumpir de forma intempestiva, intervencionista y transgresora en las demás tierras que habitan sus cogeneres de manera originaria, que unas veces es aliada y otra enemiga de los intereses de su clase gobernante en turno. Incluso, han traspasado el elemental respeto que deben a los derechos de los ciudadanos no estadounidenses que cohabitan con ellos dentro de las fronteras norteamericanas.

Como podremos darnos cuenta, y una vez abordados los antecedentes históricos del Cosmopolitismo, definirlo unívocamente es una empresa difícil, ya que existen diversidades de conceptualizaciones, definiciones,

⁽¹²⁾ BENHABIB, Another Cosmopolitanism, cit., p. 16.

⁽¹³⁾ FINE, COHEN, Four Cosmopolitanism Moments, cit., p. 155.

clases y tipos. Sin embargo, todas comparten tres conceptos elementales en sus propias definiciones: individualismo, universalidad y generalidad⁽¹⁴⁾.

Para Pogge, el «individualismo apunta hacia los seres humanos o personas, como las unidades esenciales de su interés, más allá de los lazos familiares, las tribus, étnicas o comunidades religiosas, las naciones y los Estados. La universalidad se refiere al estatus que cada unidad de interés trae consigo para la vida en igualdad de cada ser humano. Y la generalidad es un estatus especial que tiene fuerza global, ya que para ella, las personas son las unidades más esenciales de interés para todos y cada uno de los seres humanos»⁽¹⁵⁾.

Pero, toda definición de Cosmopolitismo, además de contener los conceptos de individualismo, universalidad y generalidad, proyecta a través de su contenido un enfoque. Uno de ellos, observa al Cosmopolitismo como filosofía ética y política, es decir, desde su interés por los principios normativos relacionados a concepciones sobre justicia global, democracia global, gobernanza global, derechos humanos globales, y ciudadanía mundial.

Un segundo enfoque observa un *Cosmopolitismo multicultural*, que busca enfatizar en su estudio la pluralidad, la diversidad y la diferencia del ser humano, buscando alejarse del enfoque estrictamente occidental o estadounidense que ha marcado el auge de este concepto en la literatura social, hasta nuestros días y dar paso a un «cosmopolitismo subalterno basado en la justicia y en la cooperación solidaria de todas las naciones y de todos los pueblos, constituido por diversos movimientos sociales, que impulse una macroética planetaria»⁽¹⁶⁾, que proyecte la convivencia, coexistencia y comunidad pací-

fica y sustentable del hombre con su especie y con la naturaleza.

El tercer enfoque estudia al *Cosmopolitismo transnacional*, enfatizando la naturaleza cosmopolita de los procesos culturales transfronterizos, orientándose hacia los nuevos modos de consumo cultural, estilos de vida, identidades y comunicación.

Existe otro enfoque que analiza al *Cosmopolitismo como una aproximación metodológica* en las ciencias sociales que intenta responder a los retos que implica la globalización.

El *Cosmopolitismo Legal*⁽¹⁷⁾ por su parte está comprometido con el ideal político de un orden global, bajo el cual todas las personas tienen deberes y derechos legales equivalentes, como ciudadanos de una república universal.

Finalmente el *Cosmopolitismo interaccional*⁽¹⁸⁾, postula que determinados principios fundamentales éticos deben ser establecidos como reglas básicas institucionalmente y ser el primer orden de normas que deben aplicarse directamente a la conducta de las personas y los grupos. Con lo cual, determina la responsabilidad directa en el cumplimiento de los derechos humanos a los individuos y agentes colectivos.

Ahora bien, la connotación misma del Cosmopolitismo tiene un sinnúmero de posibilidades, como Jeremy Waldron⁽¹⁹⁾ señala. Para algunos, denota un amor incondicional hacia la humanidad o hacia los deberes propios que posee cada ser humano, hacia el resto de las personas en el mundo sin diferenciación nacional o étnica.

Para otros, representa la fluidez y la sutileza de la cultura, que celebra la desaparición de las fronteras entre culturas que se consideraban entidades distintas y anticipa el surgimiento de identidades fragmentadas y mezcladas que confluyen en una hibridización y fluidez cosmopolita, Jeremy Waldron, así lo sostiene. Y para algunos más, el Cosmopolitismo

⁽¹⁴⁾ POGGE, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, en POGGE, MOELLENDORF (ed.), *Global Justice: Seminal Essays*, *Global Responsibilities*, vol. I, United States, p. 356.

⁽¹⁵⁾ POGGE, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, cit.

⁽¹⁶⁾ LINARES SALGADO, *Del colonialismo al cosmopolitismo: hacia una ética cosmopolita*, en *Utopía y praxis latinoamericana*, n. 54 (julio-septiembre), año 16, 2011, pp. 129-132.

⁽¹⁷⁾ Ídem.

⁽¹⁸⁾ Ídem.

⁽¹⁹⁾ WALDRON, *Cosmopolitan Norms*, en BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, New York, 2006, p. 83.

conlleve orden y normas no sólo con sentimiento cultural y moral, sino que concibe *un orden, un gobierno y una política mundiales*; significado que comparten Kant, Benhabib, y David Held, comparten este significado en sus conceptualizaciones.

A manera de conclusión, podríamos decir que el Cosmopolitismo, es una idea griega y vigente hoy día, que afirma la existencia de multiversos⁽²⁰⁾ de identidades hibridizadas - mezcladas o mestizadas - de la raza humana desde sus orígenes, como un círculo expansivo e incluyente en cuyo centro el individuo o ser humano es la unidad fundamental de su interés, quien debe gozar como estatus especial de un conjunto de derechos y valores éticos mínimos universales multiculturales, que operen desde su universo y contexto social-local hasta el multiverso global reinante en la sociedad actual.

Sin embargo, el Cosmopolitismo también es una herramienta cuyo uso introductorio dentro de la Ciencia del Derecho, pretende resolver los problemas universales que aquejan a nuestra especie desde el ámbito global y transfronterizo, mediante su observación filosófica, ética, política, multicultural, transnacional, interaccional, y metodológica.

En otras palabras, el Cosmopolitismo como constructo social, tiene la tarea principal de que el Derecho juridifique, reconociendo como estrictamente obligatorios y válidos al

conjunto de derechos y valores éticos mínimos universales multiculturales - derecho a la vida, a la libertad, a expresarse, al trabajo, a una justa remuneración, de circulación, de procreación, de salud, de vivienda, alimentación, educación, cultura, información, sustentabilidad y armonía con el medio ambiente, el acceso a la justicia, así como los valores de justicia, fortaleza, templanza, sabiduría y prudencia aplicadas en la esfera interna y externa del ser humano, sin violar su libre albedrío, por citar algunos ejemplos - inherentes al ser humano desde su propia naturaleza, en sus multiversos legales locales y el multiverso cosmopolita global, a fin de ser reconocidos como Principios fundamentales que determinen la responsabilidad directa en su cumplimiento o violación al individuo mismo.

La materialización de esta idea está viviendo un proceso de cimentación, pues depende de la culminación del proceso de *Cosmopolitización*, que inició la humanidad a partir de 1948, a la firma de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por varios países.

La Cosmopolitización es un proceso social caracterizado por la naciente apertura de «un horizonte en el que se formulan preguntas existenciales sobre qué hacer para vivir en un mundo bueno, al que se aspira y que conduzca a la civilización actual fuera del alcance del riesgo latente de su autodestrucción, (...) considerando las experiencias y perspectivas de otros sobre la modernidad, a fin de corregir y redefinir la época humana actual»⁽²¹⁾ mediante el establecimiento de esos valores y normas mínimos universales que protejan a la humanidad de sí misma y de sus libertades ilimitadas, individual económica, consumista, capitalista, ausente de ética, así como su desmedida libertad en investigación genética, nanotecnológica, medicina reproductiva, capitalismo-económico. Aunque en la actualidad no ha llegado a su fin este proceso de cosmopolitización,

⁽²⁰⁾ Este término es atribuido al filósofo estadounidense William James, en cuya obra «Pragmatismo», define al mundo como uno, cuando se mira de cierta forma, pero también es múltiple si se observa de otra y continúa afirmándolo de la manera siguiente: «todas las cosas se vinculan y adhieren entre sí de alguna forma, y en la práctica el universo existe en forma reticuladas o concatenadas que hacen de él un algo continuo o integrado (...) la unidad y la multiplicidad se hallan absolutamente coordinadas (...) el mundo se halla unificado por sus diferentes sistemas, géneros, propósitos y dramas. (...) Por lo tanto el mundo es uno en la medida que lo experimentemos como algo concatenado; uno, por tantas conjunciones definidas como se presentan. Pero entonces, también es no uno por otras tantas disyunciones definidas que nos encontramos. La unidad y la multiplicidad, se producen en formas que pueden nombrarse por separado. No es ni un universo puro y simple, ni un puro y simple multiverso». JAMES, Pragmatismo, Madrid, 2000, pp. 61-140.

⁽²¹⁾ BECK, We do not live in an age of cosmopolitanism but in an age of cosmopolitisation: the «global other» is in our midst, cit., pp. 24-28.

los regímenes normativos multidiversos que buscan alcanzar el *Cosmopolitismo* -como idea y constructo social -,han provocado algunas colisiones y coincidencias entre ellos, evidenciando con ello el sistema complejo de interdependencia que busca generalizar las normas que deberían regular la conducta de los Estados.

Lo anterior es indudable, en razón de que hoy día en el proceso de la *Cosmopolitización* el ejercicio de la soberanía estatal que los Estados-nación ejecutan dentro de sus fronteras nacionales, cuyos efectos alcanzan a los seres humanos que habitan dentro de sus territorios, es objeto del escrutinio de la comunidad internacional, quien otorgará su

rechazo o aprobación.

Sin embargo, la aprobación es buscada con ahincó de manera tácita por esa autoridad nacional, al reconocer cada día más dentro de sus ordenamientos jurídicos, normas que prohíben el genocidio, etnocidio, expulsiones masivas, esclavitud, violación y abuso sexual, y trabajos forzados - mujeres, menores, minorías étnicas y sexuales -, entre otros, pues entre más normas tendientes al cosmopolitismo cumpla un país, es más probable que sea un atractivo lugar de inversión que lo conduzca a un crecimiento económico y quizás hasta social.

Noemí Campos Becerra

Defensor del Pueblo Europeo

Bibliografía: ABELLÁN HONRUBIA (dir.), VILA COSTA (dir.), OLESTI RAYO (coord.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Barcelona, 2011; CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Derecho de la Unión Europea. Nociones básicas*, Madrid, 2012; GUTIERREZ ESPADA et al., *La Unión Europea y su derecho*, Madrid, 2012; KACZOROWSKA, *European Union Law*, Nueva York, 2011.

El Defensor del Pueblo es una figura de la Unión Europea, creada por el Tratado de Maastricht ⁽¹⁾ en 1993, que tiene por objetivo investigar las reclamaciones contra la mala administración por parte de las instituciones, órganos, organismos, oficinas, y agencias de la Unión Europea. Actualmente, la base jurídica sobre la que se asienta esta figura, la constituyen los arts. 20, 24, 228 del TFUE, y el art. 43 de la Carta Europea

de Derechos Fundamentales ⁽²⁾. En cuanto a sus modalidades de nombramiento y destitución, se establecen en los arts. 204, 205, y 206 del Reglamento interno del Parlamento Europeo ⁽³⁾.

Igualmente, el Defensor del Pueblo dispone de un Estatuto ⁽⁴⁾ en el que se regula el ejercicio de sus funciones ⁽⁵⁾.

De este modo, se podría dar una lista no tasada de estas instituciones, órganos y orga-

⁽²⁾ En este sentido, el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, establece el derecho a una buena administración. Este derecho, dada su naturaleza, está íntimamente vinculado al derecho a recurrir al Defensor del Pueblo.

⁽³⁾ *Vid. DOUE L 293* de 7 de diciembre de 1995.

⁽⁴⁾ El Parlamento Europeo fijará, mediante un procedimiento legislativo especial, el Estatuto del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y aprobación del Consejo.

⁽⁵⁾ *Vid. Decisión del Parlamento Europeo por la que se modifica su Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, en DO C 286E* de 27 de noviembre de 2009, pp. 172-176.

⁽¹⁾ El derecho a recurrir ante el Defensor del Pueblo fue uno de los derechos de ciudadanía europea consagrados en Maastricht.

nismos: **1)** Parlamento Europeo; **2)** Tribunal de Cuentas Europeo; **3.** Comisión Europea; **4)** Consejo de la Unión Europea; **5)** Comité de las Regiones; **6)** Oficina de Selección de Personal de la Unión Europea (EPSO); **7)** Oficina Europea de Policía; **8)** Banco Central Europeo; **9)** Banco Europeo de Inversiones; **10)** Comité Económico y Social; **11)** Tribunal de justicia de la UE (excepto cuando actúa en ejercicio de su función jurisdiccional).

Anteriormente hemos dicho que se ocupa de los casos de mala administración, pero ¿qué se ha de entender por mala administración?. Una mala administración es una administración errónea o deficiente. Puede ser que un órgano u organismo, o institución no actúe de acuerdo a la legalidad vigente, no respete los principios de buena administración⁽⁶⁾, o viole los derechos humanos. Algunos ejemplos de estos supuestos serían: a) Discriminación a la hora de contactar con las Instituciones; b) Abuso de poder; c) Falta de respuesta ante un escrito; d) Irregularidades administrativas; e) Retraso injustificado en la contestación; f) Falta de respuesta; g) Denegación de acceso a la información.

No obstante, hay que aclarar aquí que el Defensor del Pueblo no puede ocuparse de una serie de casos: **1)** Reclamaciones dirigidas contra las autoridades nacionales, regionales o locales de los Estados miembros, incluso cuando éstas se refieran a cuestiones sobre la UE. **2)** Actividades de los tribunales o de los defensores del pueblo nacionales. El Defensor del Pueblo europeo no constituye en este sentido un órgano de apelación respecto de las decisiones adoptadas por órganos jurisdiccionales nacionales o por los Defensores de los Estados miembros. **3)** Reclamaciones dirigidas contra empresas o particulares, pues hemos dicho que atiende a casos de mala administración por parte de entes públicos.

Aunque la actuación normal del Defensor del Pueblo europeo se va a basar en una reclamación, el Defensor del Pueblo puede

iniciar investigaciones de oficio.

Para presentar una reclamación al Defensor del Pueblo, se ha de ser ciudadano europeo, o bien persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en el territorio de la Unión Europea. Asimismo, el Defensor del Pueblo no podrá recibir reclamaciones que versen sobre hechos que sean, o hayan sido, la base de un procedimiento jurisdiccional.

Para reclamar, es necesario hacerlo en alguna de las veintitrés lenguas oficiales de la UE, expresando la identidad del reclamante, así como contra qué institución, órgano u organismo de la UE se dirige la reclamación, y además, los motivos de la reclamación.

Sin embargo, han de darse una serie de circunstancias para formalizar la reclamación: **1)** A diferencia de la petición al Parlamento Europeo, no es necesario que el reclamante haya sido afectado directamente por la mala administración de la institución u órgano en concreto. **2)** Como hemos dicho anteriormente, el Defensor del Pueblo no puede intervenir en asuntos que estén en los tribunales o sobre los que ya haya caído una sentencia judicial. **3)** Es requisito previo, que se haya contactado con la institución u órgano en cuestión acerca del problema que se trate. **4)** El plazo para interponer reclamaciones ante el Defensor del Pueblo es de dos años, a contar desde que el reclamante tuvo conocimiento de los hechos por los que reclama.

La reclamación se puede hacer, o bien por escrito por medio de una carta o bien utilizando un formulario que se puede encontrar en la web del Defensor del Pueblo⁽⁷⁾.

Atendiendo al art. 228 TFUE, cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración por iniciativa propia o a la vista de una reclamación, lo comunicará a la institución, órgano u organismo responsable, el cual tendrá un plazo de tres meses para defender su actuación ante el Defensor del Pueblo⁽⁸⁾. Ante esta

⁽⁶⁾ Vid. Decisión relativa al código de buena conducta administrativa, en *DOUE C 285* de 29 de setiembre de 2011.

⁽⁷⁾ Vid. <http://www.ombudsman.europa.eu>.

⁽⁸⁾ Conforme al art. 3, apartado 2, del Estatuto del Defensor del Pueblo, las instituciones de la UE están obligadas a facilitar a éste las informaciones requeri-

contestación, el Defensor del Pueblo, envía un informe al Parlamento Europeo y al órgano, organismo o institución responsable. Igualmente, el reclamante recibirá información del resultado de las investigaciones del Defensor del Pueblo. Lo habitual es que para solucionar el problema, el Defensor del Pueblo haga recomendaciones a la institución, órgano u organismo responsable. No obstante, si la institución no acepta sus recomendaciones, el Defensor del Pueblo puede presentar un informe especial al Parlamento Europeo poniéndole al tanto de esta situación.

Puede ocurrir, que antes de iniciar una investigación por escrito por un posible caso de mala administración, el Defensor del Pueblo, con el consentimiento y la cooperación de la institución, órgano u organismo en cuestión, puede llevar a cabo otros procedimientos menos formales y más flexibles⁽⁹⁾.

El Defensor del Pueblo es elegido después de las elecciones al Parlamento Europeo para toda la legislatura, y su mandato será renovable⁽¹⁰⁾. No obstante, a petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste hubiere cometido una falta grave, o hubiere dejado de reunir las condiciones necesarias para ejercer sus funciones. El ejercicio de estas funciones ha de ser totalmente independiente, sin sujeción alguna a posibles instrucciones de gobiernos, instituciones, órganos u organismos, o en definitiva, cualquier agente externo que pretenda dirigir o influenciar en sus actuaciones. Igualmente, durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional.

Anualmente, el Defensor del Pueblo le presenta al Parlamento Europeo un informe sobre las investigaciones llevadas a cabo

das. Igualmente, los funcionarios y otros agentes de la UE están obligados a prestar declaración cuando así lo solicite el Defensor del Pueblo.

⁽⁹⁾ *Vid.* Informe anual de 2011 (en línea): <http://www.ombudsman.europa.eu>.

⁽¹⁰⁾ *Vid.* Convocatoria de candidaturas con vistas a la elección del defensor del pueblo europeo, en *DOUE C 96* de 4 de abril de 2013.

durante ese período⁽¹¹⁾.

Además, el Defensor del Pueblo Europeo colabora de manera importante con los Defensores nacionales de los Estados miembros para asegurar que las reclamaciones que versen sobre temas comunitarios y vayan dirigidas a estos Defensores nacionales, sean tramitadas de manera eficaz y satisfactoria para los ciudadanos europeos.

Analizaremos ahora, siquiera de manera escueta, una somera perspectiva de lo que ha sido la actuación del Defensor del Pueblo, basándonos en el Informe Anual de 2012, recientemente añadido a su web page.

Durante el período de 2012, el Defensor del Pueblo registró un total de 2442 reclamaciones. De estas reclamaciones, un 67% fueron realizadas mediante internet. Este dato demuestra el éxito que está alcanzando la plataforma de internet del Defensor del Pueblo desde que fuera lanzada en 2009.

De estas 2442 reclamaciones, el Defensor del Pueblo abrió 450 investigaciones en base a tales reclamaciones, y además inició otras 15 investigaciones por su propia iniciativa.

Si analizamos el número de reclamaciones por Estados miembros, se puede observar de una manera clara, que España, Polonia y Alemania son los Estados que más recurren a esta figura, con 340, 235 y 273 reclamaciones, respectivamente. En lo que a las lenguas en que fueron presentadas estas reclamaciones, durante 2012, la lengua más utilizada fue el inglés, seguido del alemán y el castellano.

Históricamente, el año 2012 fue el de mayor apogeo en lo que a presentación de reclamaciones se refiere. Nunca antes se habían presentado tantas, superando a los años 2011 (396) y 2004 (351).

La mayoría de las investigaciones abiertas en este año, tratan sobre actuaciones de la Comisión Europea, en total unas 245 (52,7%). La oficina de selección de perso-

⁽¹¹⁾ *Vid.* Informe anual 2010 del Defensor del Pueblo Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2011, sobre el Informe anual relativo a las actividades del Defensor del Pueblo en 2010, en *DOUE C 131E* de 8 de mayo de 2013.

nal EPSO, ocupa el segundo lugar, con un total de 78 investigaciones iniciadas. En lo que respecta al SEAE (Servicio europeo de acción exterior), 14 fueron las investigaciones iniciadas, y 7 las investigaciones relativas al Banco Europeo de Inversiones.

Los principales tipos de mala administración alegados durante este año, versan sobre posibles ilegalidades, con un 27,7% de las investigaciones. Un 12,5% trata sobre peticiones de acceso a información de determinados documentos. En cuanto a reclamaciones sobre justicia o legitimidad, se registraron un 10,3%. Por último, un 8% se trata de reclamaciones relativas a la toma de decisiones en un período de tiempo que excedía de lo razonable.

Durante 2012, el Defensor del Pueblo cerró 390 investigaciones. De estas 390, 324 fueron presentadas por ciudadanos particulares, mientras que las restantes 56 fueron presentadas por empresas, asociaciones y otros entes legales.

La mayoría de los casos que el Defensor del Pueblo cerró en 2012, fueron resueltos dentro del período de un año (69%), mientras que un tercio de los casos (32%), fue resuelto en un máximo de tres meses. Entre este último grupo, figuran casos que pudieron resolverse de una manera rápida por parte del Defensor del Pueblo, como por ejemplo, efectuando una llamada telefónica a la institución dónde se hubiere detectado el problema. Asimismo, el Defensor del Pueblo resolvió más de un 79% de las investigaciones en un plazo de 18 meses como máximo. Vistos todos estos datos, la investigación media por investigación abierta es de 11 meses.

Dentro de los casos cerrados en 2012, en 80 de ellos se llegó a un buen resultado gracias a que la institución en cuestión accedió a solventar el problema de una manera amistosa. El Defensor del Pueblo encontró 76 casos dónde no había mala administración, y 56 casos donde sí existía. En 9 casos de estos 56, la institución aceptó una recomendación del Defensor del Pueblo de manera total o parcial para dar solución al problema. No obstante, no en todos los casos las insti-

tuciones en cuestión actuaron de manera diligente. En 47 casos, el Defensor del Pueblo, cerró la investigación con comentarios críticos hacia la institución en cuestión.

Puede ocurrir que el Defensor del Pueblo, al iniciar una investigación, posteriormente cerciore que no existe caso de mala administración. Esto podría entenderse como una «mala» noticia para el reclamante. No obstante, esto no es así, pues el reclamante igualmente recibe información completa y detallada sobre la actuación de la institución en cuestión objeto de la investigación.

Ahora, en base siempre al Informe Anual 2012, pondremos algunos ejemplos de buenas prácticas llevados a cabo durante este año: **1) Caso 2016/2011/AN:** En este caso, el reclamante había pedido al Banco Central Europeo una carta. El BCE le dio en su lugar otro documento donde se detallaba en la medida de lo posible el contenido de la carta. El acceso a la carta original le había sido denegado pues su divulgación podría socavar la política económica y monetaria del BCE. No obstante, el Defensor del Pueblo constató que, el BCE había actuado de manera transparente, al proporcionarle al reclamante la información que podía darle.

2) Caso OI/3/2011/KM: Este caso trata sobre la capacidad del Consejo de responder a las solicitudes dentro de los límites de tiempo previstos en el Reglamento 1049/2001 sobre acceso a los documentos del Consejo, Parlamento y Comisión. Dado que el proceso para negociar las solicitudes lleva tiempo, el Consejo colocó personal adicional para procesar solicitudes y designar una persona de contacto para cooperar con las delegaciones de los Estados miembros. **3) Caso 1161/2010/BEH:** La Comisión Europea reveló los documentos pedidos por el solicitante en este caso. El Defensor del Pueblo criticó la tardanza de la Comisión en facilitar estos documentos. No obstante, más tarde la Comisión Europea admitió su error, considerando que era injustificable tal tardanza, ante lo cual el Defensor del Pueblo valoró su autocrítica y su espíritu constructivo. **4) Caso 2493/2008/FOR:** La Agencia Europea de Medicamentos estuvo de acuerdo en

proveer acceso público a los informes sobre reacciones adversas, relacionados con una sustancia anti-acné, en respuesta a una recomendación del Defensor del Pueblo. Cuando el reclamante siguió mostrando más preocupaciones relativas a este tema, el Defensor del Pueblo llevó a cabo más investigaciones, que incluyeron incluso una reunión con la Agencia. En esta reunión, así como en el total de las investigaciones, el Defensor del Pueblo constató que la Agencia no había retenido ningún documento. Esto fue muy valorado por el Defensor del Pueblo, ya que se demostró la voluntad de transparencia de la Agencia en cuestión. 5) Caso 808/2011/MHZ: En este caso el Defensor del Pueblo elogió al Consejo Europeo por haberse disculpado ante un ciudadano que manifestó su preocupación sobre el uso personal de los coches destinados a ser utilizados en actos relacionados con la UE, no con la vida privada de funcionarios o políticos. El Consejo Europeo dio entonces una respuesta inapropiada a este ciudadano. No obstante, como hemos dicho antes, el Consejo Europeo pidió disculpas, y el Defensor del Pueblo piensa que son sinceras. Además, cree que esta disculpa supone el respeto que debe prevalecer siempre entre los ciudadanos y las instituciones europeas.

El Defensor del Pueblo cuenta básicamente con dos tipos de recursos para llevar a cabo sus tareas: el personal y el presupuesto.

El personal que trabaja para el Defensor del Pueblo, es un personal altamente cualificado, competente para resolver las reclamaciones recibidas en las 23 lenguas oficiales, y para hacer que el trabajo del Defensor del Pueblo sea valorado por la sociedad. El propio Defensor del Pueblo concuerda reuniones con su personal para asegurarse de que la información fluye de manera correcta entre los miembros de su «staff».

Una lista completa y actualizada de los miembros del staff del Defensor del Pueblo, incluyendo información detallada sobre la

estructura de la oficina del Defensor del Pueblo se encuentra en la web del Defensor del Pueblo.

En lo que se refiere al presupuesto del Defensor del Pueblo, desde el 1 de Enero del año 2000, el presupuesto ha sido una sección independiente del presupuesto de la UE. A su vez, está dividido en tres secciones: salarios y otros conceptos relacionados con el staff, mantenimiento de edificios, muebles, etc., y por último, gastos resultantes derivados de las actuaciones que el Defensor del Pueblo lleva a cabo.

Para controlar como se gestiona y utiliza el presupuesto del Defensor del Pueblo, se dispone de un auditor interno (Mr. Robert Galvin), que chequea de manera regular las operaciones que la oficina lleva a cabo, para comprobar que se hacen de manera adecuada. Del mismo modo, el Tribunal de Cuentas chequea también las operaciones contables del Defensor del Pueblo.

Para asegurarse del mejor uso posible de los recursos, y evitar duplicidades innecesarias, el Defensor del Pueblo coopera con distintas instituciones cuando es posible. Esta cooperación ha permitido trabajar de una manera más eficiente al Defensor del Pueblo. En particular, el Defensor del Pueblo ha cooperado con: Parlamento Europeo; Oficina de Publicaciones de la UE; Oficina responsable de los pagos de la UE (oficina encargado de los pagos a agentes, pensiones, etc.); Centro de traducción de la UE.

Para llevar a cabo el uso de estos recursos, el Defensor del Pueblo elabora cada año el plan de gestión anual. Este plan dispone de indicadores clave para medir el progreso en la consecución de los objetivos propuestos. Igualmente, el Defensor del Pueblo publica anualmente un informe anual donde plasma todas las actuaciones llevadas a cabo durante ese período de tiempo.

*Carlos Francisco Molina del Pozo
Jorge Antonio Jiménez Carrero*

Derecho a la empresa

Bibliografía: ALPA, *I principi generali*, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2006; ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2005; AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2005; COLLINS, *The Law of Contract*, 4th ed., New York, 2008; CROCE, EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, Solari (coord.), Ricciardi, Milano-Napoli, 1957; DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, 2ª ed., Roma-Bari, 1995; DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, (coord.) Candeloro, Milano, 2006; DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003; FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007; FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008; GALBRAITH, *Storia dell'economia*, Milano, 2004; GALGANO, *Lex Mercatoria*, 5ª ed., Bologna, 2010; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 5ª ed., Roma-Bari, 2003; KANT, *Critica della ragion pura*, Torino, 2005; KOSLOWSKY, *The social market economy: theory and ethics of the economic order*, Berlin-Heidelberg, 1998; LIBERTINI, voz *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010; MENGONI, *Il contratto di lavoro*, Napoli (cur.), Milano, reimpr. 2008; MILL, *Sulla libertà*, trad. it. a cargo de Mollica, Milano, 2007; PALLADINO, *Don Sturzo oggi*, Napoli, 1995; PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in Sito Web Italiano per la Filosofia (Swif), Filosofia politica, 2000; PASQUARELLO (edic.), *Le profezie-verità di Don Luigi Sturzo*, Torino, 1995; PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino, 2009; ROMANO SANTI, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947; RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005; RÖPKE, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano, 1947; RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2008; SALIN, *La concorrenza*, trad. italiana a cargo de Maggi, Soveria Mannelli, 2007; SALIN, *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 2002; SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della corret-*

tezza, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, vol. 57, Padova, 2010; SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, 2008; SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, 2005; VAN HOOK, *Rebuilding Germany: the creation of the social market economy, 1945-1957*, New York, 2004; VON HAYEK, *La società libera*, Soveria Mannelli, 2007; VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2010; VON MISES, *Teoria e storia*, Soveria Mannelli, 2009; VON MISES, *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 1997; ZANONE, *Il liberalismo moderno*, in FIRPO (coord.), *Storia delle idee politiche, economiche, sociali*, Torino, 1989.

La libertad de empresa o libertad de iniciativa económica privada constituye la expresión esencial de la personalidad humana, como se reconoce expresamente en el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Véase explicaciones sobre la carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), en Diario Oficial de la Unión Europea del 14 de diciembre de 2007, Explicación relativa al art. 16 - Libertad de empresa: «Este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil (véanse las sentencias del 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*, en Rec. 1974, p. 491, apartado 14; y del 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78, *SpA Eridania et al.*, en Rec. 1979, p. 2749, apartados 20 y 31) y la libertad contractual (véanse, entre otras, las sentencias *Sukkerfabriken Nykoebing*, asunto 151/78, en Rec. 1979, p. 1, apartado 19; y la de 5 de octubre de 1999, *España v. Comisión*, C-240/97, en Rec. 1999, p. I-6571, apartado 99), así como en los apartados 1 y 3 del artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta». Véase también ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milán, 2005, p. 575 ss.; ALPA, *I principi generali*, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milán, 2006, p. 503 ss. Sobre la relación entre principios nacionales y principios comunitarios, véase RUSSO, *L'interpretazione dei testi*

Esa libertad tiene que considerarse como contenido de un derecho fundamental de la persona. No es un obstáculo el hecho de que el sistema jurídico de la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros establezcan limitaciones a dicha libertad ⁽²⁾. De hecho, es la previsión manifestada del límite que consiente el pasaje desde el reconocimiento de libertad abstracta hacia la efectiva garantía de constituir un derecho de rango fundamental a nivel constitucional. El derecho de empresa, permite a cada hombre que realice su personalidad a través de sus habilidades laborales y de organización, contribuye, a través de su participación, al proceso de producción o intercambio de bienes o servicios, al progreso socio-económico y civil de una sociedad. Se trata de un derecho inalienable de cada ciudadano capaz de actuar dentro de un sistema político democrático, pero, siendo fundamental y necesario para la validez de este sistema, ese derecho debe ser reglado por el legislador dentro de límites claramente definidos, previstos para satisfacer el interés público y esencial para su ejercicio efectivo. Este vínculo indisoluble entre la libre empresa y la democracia está bien resumido en las palabras de don Luigi Sturzo, según el cual «si se pierde la libertad cultural y política, se pierde la libertad económica» ⁽³⁾. Por otra parte, como opina correctamente Luigi Ferrajoli «la autodeterminación en materia económica, y en general el poder de actuar con efectos jurídicos sobre la vida privada y la de los demás, es una dimensión esencial de la autonomía, y por lo tanto de la democracia formal, así como la autodeterminación política lo es en la esfera pública» ⁽⁴⁾.

normativi comunitari, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milán, 2008, p. 239 ss.

⁽²⁾ Por el contrario LIBERTINI, voz *Concorrenza*, en *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milán, 2010, p. 198, opina que la libertad de competencia no puede considerarse un derecho indispensable, como los derechos fundamentales o los derechos políticos.

⁽³⁾ Véase PAQUARIELLO (COORD.), *Le profezie-verità di Don Luigi Sturzo*, Torino, 1995, p. 42.

⁽⁴⁾ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 229.

Por lo tanto, a diferencia de la noción genérica de «derechos humanos», entendidos como derechos innatos que se basan en el derecho natural ⁽⁵⁾, cuya existencia no depende de un contexto jurídico particular (por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad: véanse los arts. 2 y 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, sucesivamente «CEDH»), el concepto de derechos fundamentales se puede expresar de manera relativa, ya que la calificación de un derecho como fundamental es consecuencia de la elección del cuerpo legislativo de un ordenamiento jurídico específico ⁽⁶⁾.

Además según el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que se refiere expresamente a los derechos individuales del hombre, incluyendo las libertades y derechos sociales considerados inviolables, «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

De manera más explícita, los arts. 9, 10 y 11 CEDH prevén la posibilidad de que el legislador pueda establecer restricciones, para la protección de las sociedades democráticas, que afectan al ejercicio de la libertad de ma-

⁽⁵⁾ Véase entre otros BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2005; FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008, p. 38 ss.

⁽⁶⁾ Véase PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino, 2009, p. 2, nota 1; PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, en página Web Italiana para la Filosofía (Swif), Filosofía política, marzo de 2000. Según este autor «derechos humanos» es una expresión absoluta que se refiere al ser humano, independientemente de cualquier contexto. En cambio «Derechos fundamentales» es una expresión abierta y relativa, que puede referirse al ser humano o a otro. Mientras los derechos humanos son inviolables, en cualquier Estado o civilización, los derechos fundamentales pueden considerarse inviolables, pero sólo en el ámbito en el cual ellos son fundamentales.

nifestar su religión o su creencia, la libertad de expresión y la libertad de reunión y de asociación.

El derecho o la libertad de empresa es, por lo tanto, un derecho fundamental, en el sentido estricto, es decir, una situación jurídica subjetiva inviolable, inalienable e inalterable.⁽⁷⁾ Sin embargo su ejercicio práctico puede y debe ser sometido por el legislador a limitaciones para el interés público. En particular, según la clasificación de un eminente constitucionalista, Santi Romano, se trata de un derecho público subjetivo, en el marco de un derecho de la libertad civil, es decir, un derecho del individuo a la independencia del poder del Estado u otra entidad que tiene un poder de supremacía en una actividad, como la económica, considerada como lícita por el ordenamiento jurídico⁽⁸⁾.

En otras palabras, el derecho fundamental de empresa tiene como finalidad la de ejercer una actividad reglamentada y, por esta razón, su capacidad de actuación no debe ser limitada para que cumpla con los mismos principios generales del sistema jurídico que reconoce dicho derecho. Por lo tanto el derecho de empresa es inviolable, inalienable e inalterable en la conformación específica que le atribuye el ordenamiento jurídico positivo.

Sin embargo, la característica esencial de este derecho es la de ser un derecho-poder, cuyo ejercicio debe estar sujeto a la ley, como todos los poderes reconocidos por el Estado de Derecho⁽⁹⁾.

Eso lo demuestra el ejemplo del art. 41 de la Constitución italiana, que, después de enunciar en el primer párrafo, que la iniciativa económica privada es libre, en el segundo párrafo establece que «no puede ir en contra de utilidad pública o de manera que afecte la seguridad, la libertad, la dignidad humana». Los principales defensores de este artículo, Giuseppe Dossetti y Giorgio La Pira,

miembros de la Asamblea Constituyente italiana en los años 1946-1947 (la Comisión de los 75), se inspiraron en las ideas del catolicismo liberal de don Luigi Sturzo (1871-1959)⁽¹⁰⁾ y en los principios de la economía social de mercado (Soziale Marktwirtschaft) propuestos por la Escuela de los ordo liberales de Friburgo, como los economistas Walter Eucken (fundador en 1940 de la revista «Ordo») y Wilhelm Röpke. Este último fundó en 1947, con Ludwig von Mises y Friedrich August von Hayek (Premio Nobel de Economía en 1974), la Mont Pelerin Society, una asociación internacional de científicos sociales liberales⁽¹¹⁾. Con Röpke, según la terminología adoptada por Franz Oppenheimer y, en parte, por Ludwig Erhard, y recibida en Italia por Luigi Einaudi, la doctrina de los derechos económicos y sociales de la Escuela de Friburgo asumió la posición de la «tercera vía» entre el liberalismo⁽¹²⁾ en la versión de *laissez faire* y el colectivismo socialista de tipo marxista⁽¹³⁾. En síntesis, los ordo liberales reconocen el papel y la función del Estado en la regulación de los procesos económicos, a pesar de que estuvieron en contra de cualquier forma de dirigismo.

Con respecto a la utilidad social que limita la libertad de empresa, según el art. 41 de la Constitución italiana, vista desde esta perspectiva, significaba la aceptación de un entorno competitivo - proyección pluralista de la iniciativa económica privada - en la que el

⁽¹⁰⁾ Sobre el carácter actual de las ideas de Sturzo, véase PALLADINO, *Don Sturzo oggi*, La Nuova Cultura Editrice, Napoli, 1995.

⁽¹¹⁾ KOSLOWSKY, *The social market economy: theory and ethics of the economic order*, Berlin-Heidelberg, 1998, p. 255 ss.; FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, pp. 19 ss., 33 ss. y 69 ss.; VAN HOOK, *Rebuilding Germany: the creation of the social market economy, 1945-1957*, New York, 2004.

⁽¹²⁾ Sobre el liberalismo, véase CROCE, EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, Milano-Napoli, 1957; DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, 2ª ed., Roma-Bari, 1995.

⁽¹³⁾ Véase RÖPKE, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milán, 1947, p. 217; Véase ZANONE, *Il liberalismo moderno*, en FIRPO (ed.), *Storia delle idee politiche, economiche, sociali*, Turín, 1989, p. 227.

⁽⁷⁾ Véase ALPA, *I principi generali*, cit., p. 231.

⁽⁸⁾ ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 112 ss.

⁽⁹⁾ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, cit., p. 227.

Estado tiene la función de regular el mercado con el fin de garantizar la apertura de los *new comers* y para proteger a las personas vulnerables (sobre todo, a los consumidores y a los usuarios).

Para entender este delicado cambio conceptual es necesario, sin embargo, dedicar una breve reconstrucción del concepto jurídico de mercado, que no corresponde al término adoptado en el lenguaje común.

De hecho, una primera acepción, más bien natural, el término «mercado», sugiere la imagen de un lugar ideal donde el reparto de escasos recursos, destinados a satisfacer las necesidades de los integrantes de una comunidad, se lleva a cabo a través del libre intercambio de bienes, establecido entre las partes que, en mayor o menor grado, son poseedores de riqueza.

Esta representación de mercado a menudo ha sido utilizada por aquellos que se acercan al tema en cuestión sin el típico bagaje conceptual del jurista. Cuando se trata de una economía de mercado se alude, de hecho, en el sentido ordinario, neoclásico a un sistema económico bajo el cual la determinación del precio de un bien o servicio es el resultado del encuentro entre la demanda y la espontánea oferta.

En esencia, se trata de un sistema en el que la famosa «mano invisible», de acuerdo con los dictados de la teoría que la *communis opinio* atribuye al profesor de filosofía moral Adam Smith (1723-1790), guía la acción egoísta de los individuos, de forma inconsciente, hacia el bienestar de la sociedad en su conjunto⁽¹⁴⁾.

En realidad, las intenciones de Adam Smith fueron mal interpretadas, como ha demostrado con eficacia el economista italiano Alessandro Roncaglia, según el cual el «mito» de la «mano invisible» nació esencialmente de una reinterpretación de los escritos de Smith a cargo del economista

neoclásico G.J. Stigler⁽¹⁵⁾, que consideró el «concepto de mercado como un mecanismo de auto-regulación, que - de acuerdo con el teorema de Pareto - en condiciones de competencia perfecta asegura automáticamente el logro de situaciones óptimas, de manera que nadie puede mejorar su posición sin que al mismo tiempo empeore la posición de otro»⁽¹⁶⁾. La verdad es que, en la visión de Smith, «el mercado no es simplemente un conjunto de actos de intercambio: es un sistema institucional real, que es un sistema muy complejo de reglas, usos y costumbres sociales que guían la conducta de los individuos. El propio Smith subraya este hecho: el mercado requiere para su buen funcionamiento no sólo que se encuentre una contraparte dispuesta a comprar o vender lo que ofrezco o pido, sino que podamos tener confianza en el respeto del contrato y en el cumplimiento de un código de conducta civil, raramente especificado por escrito y detalladamente. Tengo que estar seguro de que los alimentos que compro no estén adulterados por el comerciante en busca de un ingreso extra, de que el profesor dedica el tiempo suficiente para preparar sus lecciones y que el médico evalúa las diagnósticos y los tratamientos terapéuticos con cuidado y habilidad suficiente. El elemento de confianza es aún más importante en materia de contratos a ejecución diferida, dominantes en el sector financiero»⁽¹⁷⁾.

Por lo tanto, probablemente es más exacto asumir que el verdadero «padre» de la teoría de la «mano invisible» es Léon Walras (1834-1910), quien, en sus *Elementos de economía pura* (1874), elaboró por primera vez la teoría por la cual hay un único equilibrio económico general, gobernado por las leyes científicas, dejando paso a la sucesiva elaboración de instrumentos matemáticos para el análisis económico. «Mano

⁽¹⁴⁾ SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, London, 1759, según el cual las personas ricas, a través del consumo fomentan la ocupación. Véase también SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

⁽¹⁵⁾ STIGLER, *The division of labor is limited by the extent of the market*, in *Journal of Political Economy*, LIX, 1951, pp. 185-193.

⁽¹⁶⁾ RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005, p. 22.

⁽¹⁷⁾ RONCAGLIA, *ivi*, pp. 65-66.

invisible», entonces, como un sinónimo de automatismo de las leyes del mercado, que llevan a la identificación de los precios, que puedan igualar oferta y demanda de productos y factores de producción.

En esta perspectiva, la eficiencia en la asignación de los recursos implica en primer lugar que la pérdida de bienestar para alguien es una ganancia para otro dentro del sistema, sin tener en cuenta la igualdad en la distribución de los bienes. Pero hay más: la llamada paradoja del intercambio consiste precisamente en el hecho de que cada una de las partes de la relación recibe un bien que tiene una utilidad marginal mayor que la que se transfiere a la otra parte. De ello se desprende que el precio negociado por las partes libremente y con conocimiento es intrínsecamente capaz de satisfacer las necesidades de ambas partes y por lo tanto resulta ser justo por definición.

Un primer enfoque del tema mercado, por lo tanto, está caracterizado por su autorregulación, en el sentido de que los protagonistas de los procesos económicos, los productores y los consumidores, es decir, la oferta y la demanda de un determinado bien, tratan de establecer las condiciones de intercambio, sin la intervención de las fuentes reguladoras heterónomas. Sin embargo hay que observar que, en las sociedades desarrolladas, la realidad del comercio se produce en un contexto jurídico que inevitablemente afecta la dinámica del intercambio.

Entonces, el mercado puede ser mejor descrito como un régimen de regulación de las relaciones económicas⁽¹⁸⁾. De hecho, no puede existir «libre comercio» sin reglas legales que lo gobiernen. Dichas reglas representan la forma normativa a través de la cual los intereses patrimoniales de las partes contratantes aparecen dignos de protección de parte del ordenamiento y, por lo tanto, susceptibles de ejecución coercitiva. En otras palabras, el mercado como mecanismo de asignación de bienes, postula la existencia de normas que reconocen los derechos de propiedad sobre

los mismos y consideran el contrato como herramienta para la transferencia o atribución de esos derechos. La propiedad privada y la libertad de contratación son conceptos claves alrededor de los cuales gira la economía de mercado. En este sentido, el Derecho privado del mercado es sinónimo de Derecho contractual. La misma idea de intercambio y, aún más, el precio, se conectan de inmediato a la más frecuente forma típica que es la del contrato de compra. Ordenamiento jurídico y procesos económicos son dos caras de la misma moneda, dos aspectos complementarios de una estructura social.

Por lo tanto, se puede considerar la economía de mercado como un modelo de organización de la sociedad, en la cual la estructura regulatoria debe en primer lugar, garantizar la libertad de iniciativa económica privada, a saber, la libertad de los particulares para llevar a cabo y gestionar la actividad económica para la producción y/o el intercambio de bienes o servicios. Es, en una perspectiva histórica, la «libertad de comercio y la industria» que la Revolución Francesa de 1789 declaró por primera vez como un principio fundamental para la circulación de la riqueza y el punto de quiebre con respecto al viejo orden económico feudal y corporativo⁽¹⁹⁾. Sin embargo, la riqueza de una comunidad nacional se mide a través del grado de efectividad de la libertad de empresa, la cual, en su proyección pluralista, típica de los regímenes democráticos, se ha convertido en sinónimo de libertad de competencia, a saber, la libertad de la mayoría de las empresas, que producen bienes o servicios sustituibles, tanto de parte de la demanda como de la oferta, que compiten entre ellas para lograr el máximo beneficio (las llamadas empresas rivales)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Véase la ley francesa del 2-17 de marzo de 1792, de la misma época. Sobre el tema DE TOCQUEVILLE (1805-1859), *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, edic. por Candeloro, Milán, 2006.

⁽²⁰⁾ Véase SALIN, *La concorrenza*, trad. italiana a cargo de Maggi, Soveria Mannelli, 2007, p. 11 ss.; VON HAYEK, *Il sistema politico di un popolo libero*, in *Id.*, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milán, 2010, p. 367 ss.

⁽¹⁸⁾ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 5ª ed., Roma-Bari, 2003, p. 83.

La competencia puede definirse como la norma de la lucha selectiva sobre la base de la capacidad de rendimiento de los empresarios que operan en el mercado interno. Se deduce que, en el ámbito de esta noción de competencia, son compatibles únicamente los tipos de conducta empresarial cuyo instrumento para el éxito es la influencia de carácter puramente psicológico ejercida sobre la voluntad de los clientes a través de la evaluación comparativa de los resultados de su capacidad de producción.

¿Cuáles son las ventajas de este sistema selectivo de producción?

En primer lugar, cuanto mayor sea el número de empresas competidoras que operan en un mercado determinado, mayor es la posibilidad de elección del consumidor. Pero, sobre todo, la libre competencia estimula el progreso tecnológico (competencia dinámica) y la reducción de los costos de producción (la llamada eficiencia productiva), en beneficio del consumidor final, que quiere principalmente comprar productos de la mejor calidad a precios más bajos posible.

Además la competencia es la única manera en la que se expulsan del mercado las empresas muy ineficientes, fomentando al mismo tiempo la entrada y el éxito de productores más capaces.

La libertad de empresa está garantizada por la legislación *antitrust*, destinada a prevenir y disuadir las conductas empresariales que excluyan o restrinjan la competencia de manera significativa.

El mercado en el sentido jurídico, pues, es el régimen de regulación de las relaciones económicas; un mercado donde las normas de competencia, junto con las de la propiedad privada (véase el art. 42 de la Constitución italiana y el art. 1 del Protocolo Adicional a la CEDH de 1952, modificado por el Protocolo número 11 de 1994) y el contrato ayudarán a asegurar que la iniciativa económica privada sea socialmente útil, promoviendo su desarrollo de acuerdo con el respeto del «meta-valor» - que no es susceptible de cualquier equilibrio con otros valores (incluso los de nivel constitucional) - la dignidad humana.

El Tratado de la Unión Europea apoya plenamente los principios ya expresados por la Constitución italiana: de hecho, después de afirmar, en el art. 2, que «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos», en una sociedad «caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres», establece en el art. 3, apartado 3, que la Unión «obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado (...) en una economía social de mercado altamente competitiva, tendiente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejoras de la calidad del medio ambiente». El texto actual del art. 3 del Tratado de la Unión Europea, con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, el Tratado de Lisboa ya no contiene, con respecto al texto anterior, una indicación de «competencia leal» como un objetivo fundamental de la misma Unión. Esta supresión se solicitó y obtuvo de parte de Francia, basándose en que la competencia no debe ser considerada como un valor en sí misma, sino que debe ser protegida de igual manera, ya que es un instrumento para perseguir resultados socialmente útiles.

Sin embargo, la consideración francesa es engañosa: de hecho, como ya se ha mencionado anteriormente, existe un vínculo indisoluble entre el concepto de utilidad social - que para ciertas corrientes de pensamiento neo-liberales italianas tendría que ser eliminado en el art. 41 de la Constitución - y el de la libre competencia, en el sentido de que la disciplina de la competencia es esencial para asegurar que la iniciativa económica privada pueda alcanzar objetivos de utilidad social, es decir que no sean perjudiciales para la sociedad e incluso convenientes para fomentar el progreso y el bienestar.

Por lo tanto, si por «competencia» se entiende una selección competitiva de los empresarios para la conquista de un mercado geográfico o que se refiere a categoría de productos sobre la base de reglas que ga-

ranticen la veracidad de la competición, así como el acceso a cualquier persona que esté en posesión de los requisitos legales (libre mercado), se deduce la utilidad social intrínseca de los resultados de este proceso de selección. Una conducta empresarial que sea correcta, de hecho, protege los intereses de todos los participantes en el mercado, de manera que la legislación antitrust puede aplicarse ante los tribunales ordinarios de los Estados miembros de la Unión Europea también de parte de los consumidores o de los usuarios que sufran daños por conducta empresarial incorrecta, incluso a través de una acción de clase (*private enforcement*).

La expresión concreta de la naturaleza social del mercado se encuentra sobre todo en el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según el cual «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana», y en el art. 12, para el cual «Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores».

La empresa y la libre competencia, que sean socialmente útiles, por lo tanto, en primer lugar, son conceptos que se refieren sólo a un mercado regulado.

Este vínculo necesario entre libertad y regulación del mercado refleja otro, igualmente importante, entre libertad y responsabilidad, como claramente expresado por Friedrich August von Hayek, según el cual «la libertad no sólo significa que el individuo tiene la oportunidad y al mismo tiempo la carga de la elección; significa también que debe sufrir las consecuencias de sus actos, que sean desaprobación o elogio. Libertad y responsabilidad son inseparables. Una sociedad libre puede funcionar o ser conservada solo si sus miembros creen que cada individuo ocupa el lugar coherente con su conducta y lo aceptan como tal».

Por otra parte, como sabiamente dijo Immanuel Kant en su Crítica de la razón pura, sobre la teoría de las ideas de Platón: «Una constitución, que tiene por objeto una mayor libertad humana de acuerdo a las leyes que deberían garantizar que la libertad de cada uno pueda coexistir con la de los demás es también, por lo menos, una idea necesaria, que debe ser la base no sólo del primer diseño de una constitución política, sino también de todas las leyes».

Estas son las consideraciones que se encuentran en la obra de don Luigi Sturzo. Indicada por Wilhelm Röpke - fuente inagotable de inspiración - donde el gran pensador de Sicilia afirma que: «La libertad de expresión es expresión de la autodisciplina, incluso regulación legal, para la convivencia y el respeto de los derechos y deberes mutuos».

Sin embargo, una economía social de mercado, consiste en asegurar que el mercado sea abierto y en una condición de libre competencia, según la expresión recurrente en los arts. 119, 120 y 127 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular a través de la aplicación - sea por vía administrativa que por vía judicial - de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y la prohibición de abuso de posición dominante (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Sin embargo, la atención del sistema europeo de protección de los consumidores muestra claramente como el mantenimiento y el crecimiento del bienestar, individual y colectivo, no depende sólo de la validez de una competencia efectiva entre las empresas, sino también de la protección de cada empresario contra los abusos de la libertad y/o del poder de negociación que puede provenir del otro. Lo que normalmente ocurre en los contratos de adhesión que no se negocian, como los contratos de consumo, donde la asimetría de poder de negociación entre el profesional y el consumidor puede dar lugar a la imposición de cláusulas abusivas para el segundo. En este sentido el art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abu-

sivas en los contratos celebrados con consumidores, aplicadas en todos los Estados miembros de la Unión Europea, establece que «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El art. 6 establece que «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

La ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en Italia se habla de nulidad relativa de protección: véase el art. 36 del Decreto Legislativo 206/2005, del Código de Consumo) sirve para salvaguardar la libertad contractual de los consumidores; bajo este perfil, el vínculo inseparable entre el contrato y el mercado se refleja en el hecho de que la libertad de contratación es la manifestación legal de la libertad de empresa, de lo que la libre competencia es un aspecto pluralista. Las normas de competencia y las reglas del contrato, por lo tanto, mantienen una relación simbiótica y se complementan entre ellos.

El Derecho privado europeo del mercado es el resultado de esta unión y persigue un doble objetivo: a) la protección de todas las personas que el ordenamiento considera como «débiles», siendo partes de contratos asimétricos, donde el poder económico de un contratista puede ser instrumento de opresión y fuente de ineficiencia; b) la protección de los sujetos, empresarios, competidores o consumidores, que no tienen relación con el contrato, sin embargo, a causa de la ejecución del mismo pueden sufrir daños (antitrust).

En esta perspectiva, se puede decir que el derecho privado, en particular el derecho contractual, también realiza una función reguladora del mercado, que ya no es dominio exclusivo del derecho público de la economía. En efecto, la combinación radical entre el interés público y los intereses privados constituye el carácter distintivo y al mismo tiempo la justificación, del actual sistema de remedios del Derecho contractual, especialmente en el contexto de la negociación empresarial.

En otras palabras, el juez civil está llamado a basar sus decisiones en función de los valores del mercado competitivo, en particular todas aquellas veces que él hace uso de su poder correctivo desde una perspectiva equitativa, dando lugar a una hetero-integración del contrato.

Los valores del mercado competitivo son esencialmente los valores de la libertad: la libertad de empresa y de competencia entre los empresarios, para lograr la maximización de la ganancia, de acuerdo con las leyes sobre la competencia y respetando el metavalor de la dignidad humana; libertad de elección y conciencia de cada una de las partes del contrato que la operación económica pueda realizar plenamente un balance entre los intereses, de acuerdo a la rentabilidad de ambos. En este sentido, los valores del mercado competitivo en el derecho de los contratos se resumen en los principios constitucionales de libertad de iniciativa económica privada (véase el art. 41 de la Constitución italiana) y la igualdad sustantiva de las partes (ver art. 3, apartado 2, Constitución italiana), que se ejecutará de conformidad con la regla de la igualdad en la formación y ejecución del contrato y en la disciplina de la competencia, con el fin de proteger la libertad de negociación privada y la igualdad en el intercambio.

Francesco Scaglione

Derecho a la información

Bibliografía: LÓPEZ AYLLON, *El derecho a la información*, México, 1984; LÓPEZ AYLLON, *El derecho a la información como derecho fundamental*, 2000, en <http://www.mexicoabierto.org/>; MENDEL, *El derecho a la información en América Latina*, UNESCO, 2009; VILLANUEVA, *Diccionario de derecho a la información*, México, 1999.

1. Introducción. En la actualidad, la información resulta importante para que gobiernos y entidades públicas tomen decisiones, para que desarrollen políticas públicas y para que resuelvan problemas sociales. Por medio de datos fidedignos y con ayuda de las nuevas tecnologías, los gobiernos hacen frente a problemas sociales de gran envergadura.

La información es la divisa común más importante entre los ciudadanos. Es crucial para comunicarse con los demás. En la Era de la Información no se concibe la vida diaria de millones de personas sin el uso de medios y tecnologías de la información.

No solo por lo anterior se ha vuelto fundamental garantizar y promover este derecho, pues también el avance internacional de la democracia - liberal, comunitaria o de otra índole - contribuye a la necesidad de que la sociedad civil y los ciudadanos tengan acceso a una mayor cantidad de información. Esto es cierto no únicamente para el ejercicio electoral, en donde el cual, el ciudadano debe contar con información suficiente y fidedigna para decidir a qué partido o candidato otorga su voto, sino también para controlar la arbitrariedad de los poderes públicos y llamar a la rendición de cuentas de sus líderes políticos.

Este contrapeso que la sociedad civil y los ciudadanos ejercen sobre los poderes públicos y los gobernantes define buena parte de la estructura de la sociedad contemporánea, pues distingue esta Era de las anteriores al momento de acrecentar la esfera pública, democratizar el debate político y socializar las principales demandas de los gobernados.

En todo esto, el derecho a buscar, difundir y recibir información necesario y crucial.

2. Definición. El derecho a la información no se entiende sin antes referirse a la libertad de expresión. A riesgo de dejar de lado el amplio debate en torno a la libertad de expresión, nos remitimos a lo que la Real Academia de la Lengua Española (RAE) entiende: «derecho a manifestar y difundir libremente el propio pensamiento». Respecto a la libertad de información, la RAE dice que es la «facultad de emitir o recibir información por cualquier medio de difusión, sin previa censura gubernativa [o comercial]». Así pues, esta concepción originaria de libertad de expresión, propia de la fase inicial del Estado-nación, no se aplica de la misma manera en los estados contemporáneos, pues estos últimos incorporan nuevos planteamientos, más amplios, en sus ordenamientos; es decir que incorporan este derecho.

Para diversos autores⁽¹⁾, al igual que para nosotros, el derecho a la información comprende tres facultades interrelacionadas: las de buscar, difundir y recibir información, opiniones e ideas. La primera (buscar) contempla, por una parte, las facultades de acceso a los archivos, registros y documentos públicos; por otra, la elección del medio que se lee, se escucha o se contempla. La segunda (difundir), se refiere a la libertad de expresión y de imprenta de todos los ciudadanos, así como a la libertad de constitución de sociedades y empresas informativas de comunicación masiva. La tercera (recibir) tiene que ver con la recepción de esa información de forma oportuna, veraz y objetiva; asimismo, estipula que el ciudadano puede enterarse a través de una amplia oferta informativa, además de que puede este ejercicio suceder

⁽¹⁾ Véase, por ejemplo, LÓPEZ AYLLON, *El derecho a la información*, México, 1984 y VILLANUEVA, *Diccionario de derecho a la información*, México, 1999.

forma universal; es decir que es para todos sin exclusión.

Cabe mencionar que, en la actualidad, este derecho utiliza los más diversos espacios, instrumentos y tecnologías para la transmisión de hechos e ideas, por lo que la información se debe entender en un sentido amplio que abarca los medios masivos tradicionales (prensa, radio, televisión y cine), así como los nuevos medios y tecnologías (internet de banda ancha y telefonía móvil).

3. Límites. Al igual que otros derechos fundamentales, el derecho a la información no es absoluto y puede entrar en conflicto con otros. A pesar de que se han agrupado en diferentes tipologías, los especialistas han establecido tres límites, a saber: **1)** En razón del interés nacional e internacional; **2)** Por intereses sociales; **3)** Para la protección de la persona humana ⁽²⁾.

El primero comprende la seguridad nacional y el orden público. En el caso de la seguridad nacional, se refiere al momento en el cual las leyes se suspenden en un caso de sitio, invasión, defensa de la integridad nacional, etcétera. Respecto al orden público, alude a difundir información que comprometa la seguridad nacional. No obstante, la interpretación de esta limitante depende del tipo de régimen y del contexto espacio-temporal, pues dichas interpretaciones han cambiado sustancialmente a lo largo del tiempo. Por ejemplo, mientras en un régimen autoritario se tiende a utilizar esta limitación de forma discrecional, recurrente y poco clara, en uno democrático se utiliza con mucho mayor cuidado y con pautas de acción establecidas.

Por intereses sociales, el segundo límite comprende restricciones basadas en la moral pública (obscenidad y pornografía), y de protección de la infancia y juventud. Aunque las barreras para la difusión de pornografía (sobre todo infantil) se han expandido vertiginosamente en todo el mundo durante los últimos años, la adopción de estas regula-

ciones ha sido heterogénea entre países e, incluso, regiones. En el mismo sentido, otra limitación se refiere a la infancia y juventud, sobre todo, en relación con los medios masivos de información. Con esta limitación se busca proteger la identidad de estos sectores poblacionales cuando son objeto de escarnio por parte de periodistas y empresas informativas.

Las limitaciones para la protección de la persona humana comprenden el derecho a la imagen pública y a la vida privada. El derecho a la propia imagen, que aún se discute en el mundo, pero que se encuentra aceptado en la doctrina, establece la prohibición de que se publique la imagen del individuo sin su consentimiento, a excepción de que se trate de personajes públicos.

El derecho a la vida privada es aquel por el que los individuos, grupos e instituciones determinan cuándo, cómo y en qué medida la información que les concierne puede comunicarse a otros. La violación ocurre cuando un sujeto obtiene información sin el consentimiento del titular de la misma. La solución a la tensión que estriba entre este derecho y el de la vida privada se ha resuelto a favor del primero, solo en los casos en que siempre se haya garantizado, de entrada, el respeto del segundo.

4. Entramado internacional. A pesar de que en distintos momentos históricos se reconoció y defendió la importancia de este derecho (como en la Revolución Francesa o en la Revolución de las Trece Colonias), es hasta la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (UDHR por sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948 y considerada como la declaración bandera de los derechos universales, cuando se estipula, en su art. 19, que «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Si bien el artículo no hace referencia al de-

⁽²⁾ Para un debate amplio sobre los límites al derecho a la información, véase: LÓPEZ AYLON, *El derecho a la información*, cit.

recho que nos atañe, sí muestra una amplia sensibilidad respecto a la información y a su importancia, pues en él se mencionan las tres facultades principales mencionadas con anterioridad: buscar, recibir y difundir información.

De hecho, en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR por sus siglas en inglés)⁽³⁾, tratado jurídicamente vinculante, adoptado por la Asamblea General de la ONU, se reconoce este derecho en términos similares, pues se estipula que: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole».

Más adelante, en el mismo art. 19 del ICCPR, se establece que el ejercicio de este derecho entraña «deberes y responsabilidades especiales», dichas restricciones no son arbitrarias y la ley debe fijarlas para asegurar «el respeto a los derechos o a la reputación de los demás» y «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

Desde 1993, la entidad encargada de aclarar y darle seguimiento a este derecho es la Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, adscrita a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Aunque, como ya se mencionó, en el ICCPR solamente se hace referencia a la libertad de expresión, a partir de 1997, en la Relatoría Especial se hace referencia explícita al derecho al acceso a la información pública.

La reunión de 1999 entre la Relatoría, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre la Libertad de Expresión, y diferentes Organizaciones No Gubernamentales, tuvo como resultado la Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información y sobre la Legislación que

Regula el Secreto. En dicha Declaración se estableció que «el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones».

5. Entramado regional. Organización de Estados Americanos. En el marco de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ACHR por sus siglas en inglés), promulgada en 1969 y también llamada Pacto de San José de Costa Rica, estipula en su art. 13 que: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección». En el mismo art. 13 se prevén los límites a este derecho: «no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, contempladas por la ley con el fin de asegurar el respeto a los derechos, a la reputación de los demás, a la protección de la seguridad nacional, al orden público, a la salud o a la moral públicas».

Desde entonces hasta la fecha, el marco normativo latinoamericano se ha enriquecido de forma sustancial. Desde que, en 1997, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la OEA estableció la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión⁽⁴⁾, se ha reconocido la importancia del derecho a la información en diferentes momentos y por medio de las declaraciones

⁽³⁾ El ICCPR es un tratado multilateral general que reconoce derechos civiles y políticos. Fue adoptado mediante la Resolución en 1966 y entró en vigor en 1976.

⁽⁴⁾ La Relatoría Especial fue creada por la CIDH en octubre de 1997, durante el 97° Período de Sesiones, por decisión unánime de sus miembros. La Relatoría Especial fue establecida como una oficina permanente e independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

anuales que esta entidad ha elaborado. En 1998, como resultado de la reunión fundacional de la Relatoría en Santiago, los Jefes de Estado y Gobierno de la región acordaron que «una prensa libre desempeña un papel fundamental [para la defensa de los derechos humanos] y reafirmamos la importancia de garantizar la libertad de expresión, de información y de opinión. Celebramos la reciente constitución de un Relator Especial para la Libertad de Expresión, en el marco de la Organización de los Estados Americanos». Desde el inicio de las declaraciones anuales, la Relatoría ha tratado tres temas fundamentales: amenazas a la libertad de expresión, regulación de los medios, y acceso a internet y a las nuevas tecnologías.

La Declaración Conjunta sobre Censura, a través del Asesinato y Difamación del año 2000, claramente hace referencia a dos amenazas a la libertad de expresión y a la libre circulación de información e ideas que han alcanzado proporciones críticas en la región: «Ataques a periodistas y otras personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión», y «abuso de leyes restrictivas sobre difamación e injuria mediante publicaciones». Respecto a la primera (censura por asesinato), la Declaración establece que los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas adecuadas para poner fin al clima de impunidad que impera en la región. De la segunda, la Declaración afirma que «los Estados miembros deben revisar su legislación sobre difamación para que la misma no restrinja el derecho a la libertad de expresión». Estas recomendaciones son importantes toda vez que, según varias organizaciones internacionales, como *Freedom House* y *Reporteros Sin Fronteras*, la situación de la libertad de expresión de periodistas y medios de información es una de las más vulnerables del globo.

Sobre la regulación de los medios, en 2003,

por medio de la Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información, y sobre la Legislación que Regula el Secreto, la Relatoría estableció que «las autoridades públicas que ejerzan algún poder regulatorio formal sobre los medios de comunicación deben contar con salvaguardas contra cualquier interferencia, particularmente de naturaleza política o económica». En una de las regiones de mayor concentración mediática de la región, especialmente en radiodifusión, la Declaración logró un avance importante al afirmar que «La asignación de frecuencias radioeléctricas debe basarse en criterios democráticos y asegurar oportunidades equitativas de acceso a las mismas».

Aunque en 2001 la Relatoría se refirió tímidamente a internet al asumir que «El derecho a la libertad de expresión rige tanto para Internet como para los demás medios de comunicaciones», las referencias a este nuevo medio de comunicación se ampliaron en las declaraciones de 2005 y, sobre todo, en 2011. En 2001, por medio de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, la Relatoría estipuló que «La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación». Con esto, la Relatoría estableció derechos y responsabilidades para el uso de la red. Respecto al acceso, la Declaración dio un paso fundamental al incorporar la obligación que los Estados tienen de proveer el acceso a este servicio: «Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres».

José Antonio Brambila Ramírez

Derecho a la verdad

Bibliografía: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103a; CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Lima, 2007, capítulo I; CASTILLO CÓRDOVA, *El valor jurídico de la persona humana*, en *Rev. galega de cooperación científica iberoamericana*, número 11, 2005, pp. 31-40; DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, en *Archiv für öffentlichen Rechts*, 81, 1956, pp. 117-157; FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 16; GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001; KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª ed., Barcelona, 1996; Kelsen, BOBBIO, et al., *Crítica al Derecho Natural*, Madrid, 1966, p. 33; Kiss, *Moral, Ambition Within and Beyond Political Constraints: Reflections on Restorative Justice*, en ROTBERG, THOMPSON, *The Morality of Truth Commissions*, New Jersey, 2000, p. 71 ss.; PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, México, 2010; SERNA, *La dignidad de la persona como principio de derecho público*, en *Derechos y libertades*, n. 4, 1995, p. 294; VICIANO PASTOR, MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9, 2011, pp. 1-24; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª ed., Madrid, 2007.

1. **Introducción.** El derecho se construye desde la Persona y para la Persona. Después de un tiempo de olvido⁽¹⁾, esta premisa ha marcado no solo al constitucionalismo europeo continental con Alemania a la cabeza⁽²⁾, sino también al actual constitucio-

nalismo latinoamericano⁽³⁾. La superación de las aporías en las que incurrió el estado legal de derecho⁽⁴⁾ exige necesariamente no agotar la justicia en el derecho positivado⁽⁵⁾. Esta exigencia se manifiesta relevantemente en el significado de los derechos humanos como realidades que existen al margen e incluso en contra de la voluntad mayoritaria⁽⁶⁾. Los derechos humanos como exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona por ser lo que es, y cuya consecución o goce le supondrá alcanzar grados de realización⁽⁷⁾. Estos bienes humanos debidos han de ser gozados de modo efectivo por la Persona por que ella tiene el valor de fin en sí misma⁽⁸⁾, de esta manera la dignidad (el valor) humana se convierte en fuente de exigibilidad de los derechos

DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I, Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, en *Archiv für öffentlichen Rechts*, 81, 1956, pp. 117-157.

(3) VICIANO PASTOR, MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, en *Rev. general de derecho público comparado*, n. 9, 2011, pp. 1-24.

(4) En el que se afirmaba al principio de legalidad «como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente». FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en CARBONELL, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, p. 16.

(5) El positivismo del Estado legal de derecho permitía afirmar que «la validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia». Kelsen, BOBBIO et al., *Crítica al derecho natural*, Madrid, 1966, p. 33.

(6) De esta manera se salvaguarda los intereses materiales no disponibles, cfr. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª ed., Madrid, 2007, p. 94.

(7) CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Lima, 2007, capítulo I.

(8) KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª ed., Barcelona, 1996, p. 187.

(1) Olvido no experimentado en el derecho inglés. Cfr. PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, particularmente el capítulo VIII.

(2) En el inicio del cambio de paradigma jurídico sin duda se hallan los trabajos del Prof. Günter Dürig sobre la dignidad humana. El primero de ellos titulado

humanos⁽⁹⁾. Es en este marco dogmático en el que se ha de construir el significado y alcance jurídico del derecho a la verdad.

2. Justificación del derecho a la verdad como derecho humano. El derecho a la verdad como derecho humano, permite una justificación desde un bien humano que satisface una necesidad humana, y que al hacerlo favorece la realización o perfeccionamiento de la Persona. Esta justificación es posible desde la Persona individual y socialmente considerada. El marco fáctico en el que se ha formulado el derecho a la verdad es el de un conflicto bélico (normalmente interno aunque también internacional) en el que han acontecido manifiestas afrentas a la dignidad de la Persona a través de la grave violación de sus derechos humanos. En este marco, especialmente se le ha invocado para justificar una pretensión concreta: llegar a saber qué es lo que ha ocurrido con Personas desaparecidas como consecuencia del enfrentamiento bélico.

2.1. Justificación desde la dimensión individual de la Persona. Los actos vejatorios de la dignidad que se producen en una situación de conflicto bélico, pueden recaer sobre una persona o un conjunto de ellas con el agravante que la víctima o víctimas no se encuentran habidas, sin que se sepa lo que ha ocurrido con ellas. Esta situación genera un fuerte sufrimiento en las personas allegadas al desaparecido, normalmente el círculo familiar cercano. Este acontecer doloroso y sufriente coloca a quien lo padece en una posición de postergación inevitable de su realización personal. La vida cotidiana se detiene y se transforma en un ensimismamiento doloroso particularmente intensificado por la forzada desaparición del ser querido, y por la ausencia irremediable de noticias sobre él. La condición de fin en sí mismo de la Persona, provoca la necesidad de hacer desaparecer lo más pronto posible esta situación de postergación. Esta exigencia se manifiesta como

una necesidad *esencial* porque viene reclamada por la naturaleza de fin en sí mismo que tiene la Persona, y se satisface conociendo las circunstancias de lo ocurrido, en particular, determinando lo que ha sucedido con la víctima (o víctimas) de las violaciones de derechos humanos y, de ser el caso, llegar a determinar a los responsables de tales violaciones. La verdad de lo ocurrido se convierte de esta manera en un bien humano que al satisfacer la referida necesidad humana, permite lograr la superación de la situación de postergación doliente favoreciendo un mayor grado de perfeccionamiento y realización humana. Este bien debido a la Persona permite justificar el derecho humano a la verdad.

2.2. Justificación desde el ámbito social de la Persona. A igual conclusión se llega desde la consideración social de la Persona. Las situaciones de lucha interna que conlleva vulneraciones manifiestas de los derechos humanos normalmente son consecuencia de un profundo enfrentamiento social. Terminado el periodo de enfrentamiento surge la necesidad social de reconciliación a fin de hacer posible una convivencia pacífica. Elemento fundamental para alcanzar una real y efectiva reconciliación, es conocer las circunstancias que envolvieron las diferentes acciones vulneradoras de derechos humanos. Sin un conocimiento adecuado de esas circunstancias, se hace prácticamente imposible que las fuerzas sociales enfrentadas lleguen a una duradera reconciliación, y con ella a la necesaria paz para un desarrollo pleno de la comunidad. Surge, pues, la necesidad de forjar esta reconciliación, necesidad que ha de ser tenida como *esencial* porque la propia naturaleza de fin en sí misma de la Persona, reclama su existencia en un entorno social y político que favorezca en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona. La satisfacción de esta necesidad reclama como bien humano, también *esencial*, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido. A partir de este bien humano debido será posible justificar el derecho humano a la verdad.

2.3. Formulación del derecho humano a la verdad. Desde la Persona individual o socialmente considerada surge la necesidad esen-

⁽⁹⁾ SERNA, *La dignidad de la persona como principio de derecho público*, en *Derechos y libertades*, n. 4, 1995, p. 294.

cial de conocer la verdad de lo ocurrido⁽¹⁰⁾. En la medida que el bien perfecciona al ser⁽¹¹⁾, es posible sostener que el ser humano se perfecciona a través de los bienes humanos esenciales que satisfacen sus necesidades también esenciales. Debido a que la Persona es fin en sí misma⁽¹²⁾, está ordenado alcanzar el mayor grado de realización posible. Está ordenado, pues, que logre conocer la verdad de lo ocurrido en situaciones de violaciones de derechos humanos. El bien humano debido puede ser denominado como «verdad de lo ocurrido» o simplemente «verdad». Se trata de un bien humano debido que en justicia hay que entregar. Esta deuda justifica que se formule en términos jurídicos el derecho a la verdad como derecho humano.

3. El contenido esencial del derecho humano a la verdad. Desde el bien humano definido anteriormente, es posible justificar una serie de elementos constitutivos de la esencia del derecho humano a la verdad.

3.1. Participación en procesos judiciales y extrajudiciales de búsqueda de la verdad. El derecho a la verdad otorga a sus titulares una serie de facultades de acción y participación en los procesos judiciales y extrajudiciales destinados a la búsqueda y al hallazgo de la verdad, y a la consiguiente sanción penal de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Los procesos judiciales, en la medida que la sanción penal proviene de ellos⁽¹³⁾, deberán desenvolverse con respeto

⁽¹⁰⁾ Como bien se ha expresado, «el deseo de conocer la suerte sufrida por los seres queridos desaparecidos en los conflictos armados constituye una necesidad humana básica que debe ser satisfecha en todo lo posible». Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas número 3220 (XXIX), del 6 de noviembre de 2004, octavo considerando.

⁽¹¹⁾ En la teoría aristotélica el bien se define como aquello que perfecciona al ser. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103a. Con base en esta definición, bien humano será aquello que perfecciona al ser humano.

⁽¹²⁾ CASTILLO CORDOVA, *El valor jurídico de la persona humana*, en *Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana*, n. 11-2005, pp. 31-40.

⁽¹³⁾ Por eso, «[l]os Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y

a los derechos humanos - procesales y sustantivos - de los procesados, es decir, con sujeción a las garantías del debido proceso⁽¹⁴⁾, muy especialmente el Estado deberá adoptar «las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del Poder Judicial»⁽¹⁵⁾; además de reconocerse que toda víctima, individual o colectivamente considerada, «tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional»⁽¹⁶⁾.

Los procesos extrajudiciales, por su parte, se presentan como herramienta complementaria de los primeros⁽¹⁷⁾. Es el caso de las llamadas «Comisiones de la verdad»⁽¹⁸⁾ que han sido implantadas en varias situaciones de justicia transicional⁽¹⁹⁾. Por sí misma no determinan una justificación de sanción penal⁽²⁰⁾

el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente». *El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Informe de Diane Orentlicher, documento E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrero de 2005, Principio 19.

⁽¹⁴⁾ GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, p. 164.

⁽¹⁵⁾ *El Conjunto de principios actualizado*, cit., Principio 5.

⁽¹⁶⁾ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, párrafos 12 al 14.

⁽¹⁷⁾ Según el principio 5, «[l]as medidas apropiadas para asegurar [el derecho a saber] pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial». *El Conjunto de principios actualizado*, cit.

⁽¹⁸⁾ Definidas por el informe Orentlicher, como «órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años». *El Conjunto de principios actualizado*, cit., p. 6.

⁽¹⁹⁾ Ya se han creado más de 30 Comisiones de la verdad, de las que se destacarán la de Argentina, Chile, Sudáfrica, Perú, Ghana, Marruecos, El Salvador, Guatemala, Timor-Leste y Sierra Leona.

⁽²⁰⁾ De ahí que normalmente su labor concluye con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones.

sino que su acción se encamina más bien a «constatar hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales»⁽²¹⁾, así como a servir de «foro de catarsis para las víctimas, los autores y la sociedad en general para debatir públicamente las violaciones»⁽²²⁾, es decir, sirvan «de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre cómo aceptar el pasado»⁽²³⁾.

3.2. Un deber estatal de lucha contra la impunidad. El derecho a la verdad origina del Estado una serie de deberes que conforman una gran obligación genérica: la obligación de combatir la impunidad⁽²⁴⁾. Además de la importancia que tiene combatir la impunidad para el aseguramiento de los derechos humanos⁽²⁵⁾, esta obligación se va a ir con-

cretando en otras como «la entrega a la justicia de sus autores, incluidos sus cómplices, la obtención de justicia y de una reparación efectiva para las víctimas, y su protección, así como el mantenimiento de archivos históricos de esas violaciones y la restitución de la dignidad a las víctimas mediante el reconocimiento público y la conmemoración de sus padecimientos»⁽²⁶⁾, así como la obligación de «emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto al imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales»⁽²⁷⁾.

3.3. Deber de hacer justicia. La lucha contra la impunidad significará la necesaria búsqueda de la verdad tanto para asegurar la justicia⁽²⁸⁾ como para llegar a la más completa reparación posible de las víctimas, una y otra necesarios requisitos para construir una efectiva reconciliación nacional⁽²⁹⁾. En lo que respecta al aseguramiento de la justicia, la decisión que resuelva el problema generado por la violación de derechos humanos sólo será una decisión digna si es que es justa. La justicia, que tiene que ver con dar a cada quien lo que le corresponde, sólo será posible de alcanzar si se formula con base en el conocimiento cierto de las circunstancias y hechos acontecidos en una sociedad que busca la transición de un periodo de violación grave y masiva de derechos humanos,

⁽²¹⁾ *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2004/616, del 3 de agosto del 2004, párrafo 50.

⁽²²⁾ *Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, documento E/CN.4/2006/91, del 9 de enero de 2006, párrafo 15.

⁽²³⁾ *El Estado de derecho y la justicia de transición*, cit., párrafo 50.

⁽²⁴⁾ La impunidad ha sido definida como «la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas». *El Conjunto de principios actualizado*, cit., p. 6.

⁽²⁵⁾ Por eso, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas con acierto subrayó «la importancia de combatir la impunidad para prevenir la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario e insta a los Estados a que pongan fin a la impunidad de las violaciones que constituyen delitos enjuiciando a sus autores, incluidos los cómplices, de conformidad con el derecho internacional, en especial las normas de justicia, equidad y sobre garantías procesales». *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/81 (E/CN.4/RES/2005/81)*, del 21 de abril de 2005, punto 1.

⁽²⁶⁾ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre impunidad, 2000/68, (E/CN.4/RES/2000/68) del 27 de abril de 2000, quinto considerando.

⁽²⁷⁾ *El Conjunto de principios actualizado*, cit., Principio 35.

⁽²⁸⁾ Kiss, *Moral, Ambition Within and Beyond Political Constraints: Reflections on Restorative Justice*, en ROTBERG, THOMPSON, *The Morality of Truth Commissions*, New Jersey, 2000, p. 71 ss.

⁽²⁹⁾ Bien recuerda el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que «[e]n varias ocasiones, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General han reiterado que la determinación de la verdad con respecto a los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y las violaciones manifiestas de los derechos humanos es necesaria para consolidar el proceso de paz, y forma parte del proceso de reconciliación». *Estudio sobre el derecho a la verdad*, cit., párrafo 13.

a una etapa de de paz social⁽³⁰⁾. Para lograrlo se admiten como mecanismos tanto los procesos judiciales como los extrajudiciales mencionados antes.

3.4. El deber de reparación. Por su parte la reparación del daño ocasionado por la violación de los derechos humanos sólo será posible con el conocimiento de la verdad. Ello es así tanto porque al reconocerse que «toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor»⁽³¹⁾ no se podrá determinar con justicia el contenido de la reparación, sin tener un conocimiento lo más acabado posible del daño; así como porque una manera de reparación es precisamente el conocimiento de la verdad. En efecto, una modalidad de reparación es la llamada *satisfacción a la víctima*, la cual deberá incluir - entre otras - medidas que permitan «la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (...) [y] la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad»⁽³²⁾.

Este deber general de lucha contra la impunidad y de favorecimiento de la plena vigencia de los derechos humanos⁽³³⁾, puede

verse contradicho por normas que restrinjan la responsabilidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos. Se trata de disposiciones que regulan «el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre “arrepentidos”»⁽³⁴⁾, cuyo uso indebido puede vulnerar el derecho a la verdad en la medida que impide el cumplimiento de la obligación estatal de llevar a cabo una investigación eficaz y, con ello, luchar contra la impunidad. Por eso es que «[l]as amnistías y otras medidas análogas y las restricciones al derecho a solicitar información nunca deben utilizarse para limitar, denegar o perjudicar el derecho a la verdad, que está estrechamente vinculado a la obligación de los Estados de combatir y erradicar la impunidad»⁽³⁵⁾. Esto ha supuesto concebir el derecho a la verdad como un derecho que no es pasible de restricción ni suspensión alguna, dado «su carácter inalienable y su estrecha relación con otros derechos que no admiten suspensión, como el derecho a no sufrir torturas y malos tratos, el derecho a la verdad debe considerarse como un derecho que no se puede suspender»⁽³⁶⁾.

4. Titulares del derecho. Desde el bien humano justificado antes, se ha de reconocer como titular del derecho a la verdad a la víctima de las violaciones de los derechos humanos, es decir, a la persona sobre la que recaen las «acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario»⁽³⁷⁾. La víctima puede tener una dimensión individual y una dimensión colectiva. Ocurre esto segundo cuando la acción violatoria de los derechos humanos se ha dirigido contra un grupo humano reunido

⁽³⁰⁾ En este contexto se ha acuñado la expresión «Justicia Transicional» para hacer referencia a «toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación». *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2004/616, del 3 de agosto del 2004, párrafo 8.

⁽³¹⁾ *El Conjunto de principios actualizado*, cit., Principio 31.

⁽³²⁾ *Principios y directrices básicos*, cit., párrafo 22.

⁽³³⁾ *Estudio sobre el derecho a la verdad*, cit., párrafo 45.

⁽³⁴⁾ *El Conjunto de principios actualizado*, cit., Principio 22.

⁽³⁵⁾ *Estudio sobre el derecho a la verdad*, cit., párrafo, 60.

⁽³⁶⁾ *Ídem*.

⁽³⁷⁾ *Principios y directrices básicos*, cit., párrafo 8.

circunstancialmente o unido por lazos comunitarios⁽³⁸⁾.

También será titular del derecho los familiares de quien ha sido objeto de graves violaciones de derechos humanos, debido al daño «individual o colectiv[o], incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales»⁽³⁹⁾ que experimentan. Serán titulares no todos los familiares, sino solo aquellos que han padecido el dolor o sufrimiento acarreado por la violación de los derechos humanos⁽⁴⁰⁾, normalmente «la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa»⁽⁴¹⁾.

En la medida que los hechos violatorios no sólo repercuten sobre una o unas concretas personas, sino que inciden directamente sobre la comunidad social y sus instituciones, se ha de reconocer como titular de este derecho a la sociedad en su conjunto. Así «[c]ada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes»⁽⁴²⁾. En particular, la dimensión colectiva del derecho a la verdad es respuesta a su deber de recordar, ya que «la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar»⁽⁴³⁾ lo cual le permitirá «tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones»⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁸⁾ Como bien se ha reconocido, «las formas contemporáneas de victimización, aunque dirigidas esencialmente contra personas, pueden estar dirigidas además contra grupos de personas, tomadas como objetivo colectivamente». *Principios y directrices básicos*, cit., considerando noveno.

⁽³⁹⁾ *Ídem*.

⁽⁴⁰⁾ Incluso se ha hablado de «la tortura psicológica que padecen los parientes de los desaparecidos». *Estudio sobre el derecho a la verdad*, cit., párrafo 26.

⁽⁴¹⁾ *Principios y directrices básicos*, cit., párrafo 8.

⁽⁴²⁾ *Ídem*, Principio 2.

⁽⁴³⁾ *Ídem*, Principio 3.

⁽⁴⁴⁾ *Ídem*, Principio 1.

5. El derecho a la verdad en el sistema interamericano de derechos humanos.

En el sistema europeo⁽⁴⁵⁾ y en el africano⁽⁴⁶⁾ de protección de derechos humanos se han dado algunos pasos en la dirección de reconocer el derecho a la verdad como un derecho humano, pero ha sido en el sistema americano en el cual se han verificado los más importantes avances quizá alentados por los conflictos armados internos experimentados por varios estados latinoamericanos⁽⁴⁷⁾, normalmente previos a la instauración de actuales regímenes democráticos⁽⁴⁸⁾. Resulta importante, pues, saber cómo ha sido este reconocimiento jurisprudencial interamericano.

5.1. Derecho derivado de otros derechos. La Convención americana sobre derechos humanos (CADH) no ha recogido expresamente el derecho a la verdad como derecho humano. No obstante, la Corte Interamericana (Corte IDH) y la Comisión interamericana

⁽⁴⁵⁾ El Tribunal Europeo de derechos humanos se ha acercado al derecho a la verdad de la mano de graves violaciones de los derechos humanos, principalmente en casos de desapariciones forzadas. Así, en el caso *Kurt v. Turquía* (sentencia de 25 de mayo de 1998), el Tribunal de Estrasburgo deja constancia de la influencia que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha tenido en el tratamiento de los casos de desapariciones forzadas (utiliza para hacerlo la sentencia del caso Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras* de 29 de julio de 1988).

⁽⁴⁶⁾ El sistema africano de protección de los derechos humanos, en fase de construcción y perfeccionamiento, todavía no ha tenido oportunidad para posicionarse sobre este derecho de modo expreso. Sin embargo, la Comisión africana de derechos del hombre y de los pueblos en sus comunicaciones 48/90 y 50/91 ha tenido que lidiar con los casos de arrestos arbitrarios y detenciones con las consiguientes torturas y ejecuciones extrajudiciales, que tuvieron lugar después del golpe de Estado del 30 de julio de 1989 en Sudán.

⁽⁴⁷⁾ Caso de las masacres de Corte IDH, *Ituango v. Colombia* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 294.

⁽⁴⁸⁾ Como lo ha advertía la Comisión interamericana de derechos humanos, «[u]n difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones». Informe anual de la Comisión interamericana de derechos humanos 1985-1986, OEA/Ser.LV/II.68, Doc. 8 rev. 1, del 26 de septiembre de 1986, p. 205.

(Comisión IDH) de derechos humanos, lo han concluido de diversas disposiciones expresadas de la CADH. En particular, han manifestado que el derecho a la verdad proviene de la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención (art. 1.1 CADH), para lo cual los Estados tienen la obligación de «investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención»⁽⁴⁹⁾, pues lo contrario significará que en la práctica «no se cuenta con un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables»⁽⁵⁰⁾.

El derecho a la verdad también ha sido derivado del derecho a las garantías judiciales (art. 8 CADH) y a un recurso sencillo y eficaz (art. 25 CADH). Así lo ha reconocido la Comisión interamericana⁽⁵¹⁾, la Corte interamericana y la misma Organización de Estados Americanos⁽⁵²⁾. En palabras de la Corte, «el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención»⁽⁵³⁾.

5.2. Titulares del derecho a la verdad. En el sistema interamericano han sido reconocidos como titulares del derecho a la verdad tanto las víctimas individuales como colectivas de las violaciones de derechos humanos. Las víctimas colectivas han sido grupos humanos

con muchos⁽⁵⁴⁾, pocos⁽⁵⁵⁾ o ningún lazo de unidad⁽⁵⁶⁾. También son reconocidos como titulares los familiares de las víctimas⁽⁵⁷⁾ por el «profundo dolor, sufrimiento psicológico intenso, angustia e incertidumbre»⁽⁵⁸⁾ que experimentan ante la violación de los derechos humanos de sus familiares, alterando sus normales relaciones sociales y laborales⁽⁵⁹⁾. En estas situaciones «los familiares de las víctimas han padecido grandes sufrimientos en detrimento de su integridad psíquica y moral»⁽⁶⁰⁾ lo que les obliga a vivir «con sentimientos de inseguridad, frustración»⁽⁶¹⁾. Del mismo modo son considerados titulares del derecho a la verdad la sociedad en su conjunto en cuyo seno se han perpetrado las violaciones de derechos humanos: «[l]as medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento

⁽⁵⁴⁾ Fue el caso de hechos que «afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres». Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (fondo), de 29 de abril de 2004, párrafo 51.

⁽⁵⁵⁾ Como pueden ser los miembros de un municipio. Fue el caso de hechos que provocaron «la amedrentación y el desplazamiento de los habitantes del municipio de Mapiripán». Corte IDH, *Masacre de Mapiripán v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), de 15 de septiembre de 2005, párrafo 246.

⁽⁵⁶⁾ Como la muerte de víctimas unidas sólo circunstancialmente, ya que «se dedicaban a actividades comerciales, tales como transporte de mercaderías o de personas, compra de mercancías en la frontera colombo-venezolana y venta de las mismas en las ciudades de Bucaramanga, Medellín e intermedias». Corte IDH, *Caso 19 comerciantes v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 85.a.

⁽⁵⁷⁾ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrafo 335.

⁽⁵⁸⁾ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 239.

⁽⁵⁹⁾ Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 126.

⁽⁶⁰⁾ Corte IDH, *Caso Blanco Romero et al. v. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 28 de noviembre de 2005, párrafo 60.

⁽⁶¹⁾ Corte IDH, *Caso Vargas Areco v. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 96.

⁽⁴⁹⁾ Corte IDH, *Heliodoro Portugal v. Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 12 de Agosto de 2008, párrafo 142.

⁽⁵⁰⁾ Informe n. 136/99, Caso 10.488, *Ignacio Ellacuría S.J. et al. v. El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párrafo 233.

⁽⁵¹⁾ Informe n. 136/99, cit., párrafo 221.

⁽⁵²⁾ Asamblea general de la Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), El derecho a la verdad, aprobada el 5 de junio de 2007, segundo considerando.

⁽⁵³⁾ Corte IDH, *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (fondo), sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 201.

de las atrocidades del pasado (...). La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro»⁽⁶²⁾, de hecho, el conocimiento de la verdad facilita la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro⁽⁶³⁾.

5.3. Contenido esencial del derecho a la verdad. El derecho a la verdad exige que sus titulares cuenten con un recurso sencillo y efectivo a través del cual pueda iniciarse y desarrollarse un proceso con sujeción a las garantías judiciales formales y materiales del debido proceso⁽⁶⁴⁾ que en un tiempo razonable permita el aseguramiento del derecho a conocer *la verdad de lo ocurrido*⁽⁶⁵⁾ o a conocer *la verdad de los hechos*⁽⁶⁶⁾ «lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades»⁽⁶⁷⁾, y la consecuente sanción de los responsables, así como la obtención de una debida reparación⁽⁶⁸⁾.

Este contenido subjetivo que se reconoce al titular del derecho, se complementa a través de una serie de deberes estatales con la finalidad de favorecer el más pleno ejercicio del derecho a la verdad. Así, se reconoce que «las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción

de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio»⁽⁶⁹⁾. En particular, el Estado tiene la obligación de «evitar y combatir la impunidad»⁽⁷⁰⁾. La lucha contra la impunidad debe realizarse a través de todos los medios legales disponibles⁽⁷¹⁾, orientados a la determinación de la verdad, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de los responsables intelectuales y materiales de los hechos⁽⁷²⁾. El deber de investigar aunque es reconocido como una obligación de medios antes que de resultados⁽⁷³⁾, que exige «la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible»⁽⁷⁴⁾, debe ser asumida por el Estado con seriedad⁽⁷⁵⁾ e imparcialidad⁽⁷⁶⁾ a fin de que pueda ser realmente efectiva⁽⁷⁷⁾. El Estado no puede prolongar *sine die* el cumplimiento de este deber, sino que debe «asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a

⁽⁶²⁾ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala* (reparaciones y costas), sentencia de 22 de febrero de 2002, párrafo 77.

⁽⁶³⁾ Corte IDH, *Caso Gómez Palomino v. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 77.

⁽⁶⁴⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 193.

⁽⁶⁵⁾ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 245.

⁽⁶⁶⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 266.

⁽⁶⁷⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 195.

⁽⁶⁸⁾ Corte IDH, *Caso 19 comerciantes v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 186.

⁽⁶⁹⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 195.

⁽⁷⁰⁾ Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango v. Colombia* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 299.

⁽⁷¹⁾ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 256.

⁽⁷²⁾ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 111.

⁽⁷³⁾ Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 100.

⁽⁷⁴⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 195.

⁽⁷⁵⁾ Corte IDH, *Caso Bulacio v. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 112.

⁽⁷⁶⁾ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), cit., párrafo 219.

⁽⁷⁷⁾ Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle et al. v. Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 22 de noviembre del 2004, párrafo 129.

los eventuales responsables»⁽⁷⁸⁾. El principio general que se ha de aplicar en estas situaciones es «evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos»⁽⁷⁹⁾. El cumplimiento del deber de combatir la impunidad prohíbe al Estado la emisión de leyes de amnistía y en general toda medida que «imp[ida] la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos»⁽⁸⁰⁾.

6. A modo de conclusión. El derecho a la verdad como derecho humano encuentra su

⁽⁷⁸⁾ Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 1 de marzo de 2005, párrafo 66.

⁽⁷⁹⁾ Corte IDH, *Caso Servellón García et al. v. Honduras* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 151.

⁽⁸⁰⁾ Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury v. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 233.

justificación en la naturaleza de fin en sí mismo que se reconoce a la Persona. Desde allí, surge la exigencia de justicia de que tanto las víctimas de violaciones de derechos humanos así como los familiares de las mismas, conozcan de las circunstancias en las que ocurrieron tales violaciones, no solo para conocer el paradero de la víctima cuando ésta ha desaparecido, no solo para superar la postergación doliente en la que se hallan los familiares de las víctimas, sino también para hacer posible la justicia, manifestada en la sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos así como en la reparación que correspondan a la víctima y/o a sus familiares. Solo conociendo la verdad habrá verdadera reconciliación social entre los grupos sociales o políticos enfrentados; y solo con reconciliación se forja la realización plena, individual y social de la Persona, exigida por su valor de fin en sí misma.

Luis Castillo Córdova

Derecho a una buena administración

Bibliografía: MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Tratado de Lisboa Tratado de la Unión Europea, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Principios esenciales informadores en la construcción de la Unión Europea Homenaje a José Antonio Jáuregui*, Madrid, 2010; MORATA, *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, en VII Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 2002; MORATA, *Gobernanza europea y políticas públicas*, Barcelona, 1999; RHODES, *The new governance: governing without government*, en *Political Studies*, vol. 44, año 1996, p. 652; VEGA MOROCCO, *Reflexiones sobre la gobernanza en la globalización de la economía: papel y responsabilidad de la Unión*

Europea, Concerning session 1 of 7th ECSA World Conference, Bruselas, noviembre, 2004.

Históricamente, los derechos fundamentales han sido, en todo caso, considerados en vista de su lectura a favor de la función social de los mismos, antes de los intereses particulares de los individuos, al menos en un ámbito de integración europea; tales derechos, se consideran hoy en día ligados al status de ciudadanía europea. Tal era por ejemplo, el caso del conocido como *derecho a una buena administración*, el cual, aunque no se mencionaba en las versiones primitivas de los Tratados constitutivos, ya estaba reconocido, a través de la jurisprudencia europea. No fue sino hasta la proclamación de la Carta

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁽¹⁾ que la buena administración, aunque sea considerada como un concepto jurídicamente indeterminado, ha ido tomando forma y sobre todo ha cobrado importancia y se ha comenzado a llenar de contenido.

En este sentido, el Derecho a una buena administración, según nos indica el art. 41 de la Carta, en su apartado primero, hace referencia a «toda persona», dotando así de entidad al receptor del derecho, convirtiéndolo en un Derecho subjetivo, estableciendo una relación más directa entre los ciudadanos administrados y sus órganos de administración; y, así mismo, hace referencia a las «instituciones y Órganos de la Unión», dejando claro quienes habrán de acogerse y respetar este derecho. Seguidamente, el apartado primero del citado artículo hace referencia a ciertos conceptos como la imparcialidad, la equidad y los plazos razonables, dotando así de cierta directriz respecto a la interpretación del derecho en cuestión, invocando a Principios Generales del Derecho, presentes en el ordenamiento jurídico europeo, tales como las ideas de razón, lógica, equidad y justicia. Estos principios se encuentran presentes aun con más intensidad en el apartado dos del art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que hace referencia al derecho a ser oído, a conocer los detalles del expediente que le afecte; o, a la obligación de motivar las decisiones por parte de la administración. El apartado tres del artículo en cuestión, reconoce el derecho general a la reparación de «los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones», dando por buena la interpretación que al respecto se realice en base a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, como una forma más de ahondar en la igualdad de los ciudadanos europeos. Respecto al cuarto y último apartado, el art. 41 introduce una cuestión espinosa y de difícil pero necesaria solución práctica, como es

el tema del régimen lingüístico de la Unión. El artículo hace especial referencia a «las lenguas de los Tratados», pero dado que los mismos han sido modificados a lo largo de la historia de la Unión Europea, y que se han producido numerosas ampliaciones, que han incrementado de 6 a 28 los Estados miembros, se reconoce de manera general, como lenguas oficiales de la Unión, a las lenguas con reconocimiento nacional de todos los Estados miembros. Así pues, con 28 Estados miembros, son oficiales 24 lenguas: alemán, búlgaro, checo, croata, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés, italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco. Con la incorporación de este último punto, se ha dado cauce a una exigencia más política que a una necesidad jurídica, de reconocer y brindar protección especial a la igualdad de los Estados, poniendo énfasis en la seguridad jurídica y transparencia democrática frente a los ciudadanos. Realizado un primer acercamiento al contenido del artículo, que creemos nos brinda más nociones instrumentales que de contenido, nos centraremos en adelante en lo referente al asunto específico del concepto de «buena administración», su desarrollo y sus posibles implicancias en el futuro de la Unión Europea. Primeramente, hemos de vincular en un análisis teórico, el concepto de buena administración al término «gobernanza» que se definió por la Unión Europea tomando como base la obra de R. Rhodes: «*The new governance: governing without government*». Según este autor, el concepto es utilizado en la Ciencia Social Contemporánea refiriéndose a los elementos siguientes: Estado, el gobierno de empresas, la nueva dirección de las empresas públicas, una buena gobernabilidad junto a las propias organizaciones de redes de trabajo.

Sin embargo, ante semejante descripción, cabe destacar que la Comisión Europea⁽²⁾

⁽¹⁾ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE C-364/5, 18/12/2000.

⁽²⁾ Vid. Página web oficial de la Unión Europea: <http://europa.eu/>, en relación con RHODES, *The new governance: governing without government*, en *Political Studies*, vol. 44, año 1996, p. 652.

establece su propio concepto de gobernanza. Ello se realiza en el Libro Blanco sobre la Gobernanza europea⁽³⁾, cuyo término se refiere a las reglas y procesos que afectan al ámbito en que se ejercen los poderes a nivel europeo, particularmente poniendo especial atención en los denominados principios de la buena gobernanza, a saber: apertura (transparencia), participación, responsabilidad, efectividad y coherencia. Además, todo cuanto antecede queda suficientemente reforzado sobre la base de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Por tanto, podemos decir que el Libro Blanco presentado en 2001 por la Comisión abarcaba la forma en que la Unión utiliza los poderes conferidos por sus propios ciudadanos, así como las maneras de lograr una sustancial mejora en cuanto a la gobernanza y por ende, al desarrollo de la administración. En este sentido, cabe indicar que, el método utilizado por la Unión ofrece como objetivo el mantenimiento de una acción concertada por parte del conjunto de los agentes implicados en el proceso de integración europea, es decir, los Estados miembros, las distintas instituciones comunitarias y demás autoridades relevantes en el proceso de integración. En este mismo orden de cosas, es importante resaltar también el hecho de que las instituciones europeas han de proceder en sus respectivas actuaciones de conformidad con los principios de buena Gobernanza, es decir, apertura, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia.

En el Libro Blanco, hay que destacar también el llamado contrato tripartito, cuyo objetivo es implicar no sólo a la Comisión y los Estados, sino también a las regiones o entes locales, y a la sociedad civil; reconociendo la necesidad de una acción europea equilibrada y proporcional y el aumento de la coherencia en las políticas de la Unión.

Como se ha dicho con anterioridad, eran cinco los principios que vinieron a constituir la base de una buena gobernanza: **1)**

Apertura: las instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros, deberían llevar a cabo una comunicación más activa sobre las labores de la Unión Europea y sobre las decisiones que ésta adopta. Asimismo, deberían utilizar un lenguaje que resultara accesible para el público en general. Este aspecto revierte una especial importancia en lo referente a fomentar la confianza de los ciudadanos en unas instituciones de por sí complejas. **2) Participación**: la calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas. Una participación reforzada que busca generar una mayor confianza en los resultados finales; dependiendo esencialmente de la adopción de un enfoque integrador por parte de las Administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la Unión Europea. **3) Responsabilidad**: Cada una de las instituciones de la Unión Europea debe explicar su acción a escala europea y asumir la responsabilidad que le incumbiese en cada caso. Pero, también, es preciso lograr una mayor claridad y una mayor responsabilización de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la Unión Europea en los distintos niveles. **4) Eficacia**: Las medidas han de ser eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados, siempre sobre la base de objetivos claros, de una evaluación del impacto futuro, y de la experiencia acumulada en la materia, si la hubiera. La eficacia requiere también que la aplicación de las políticas de la Unión Europea fuese proporcionada y que las decisiones se tomasen al nivel más apropiado para cada caso. **5) Coherencia**: Las políticas desarrolladas y las acciones emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La necesidad de coherencia se incrementa dada la complejidad de las acciones de la Unión y el aumento de la diversidad emanada de las sucesivas ampliaciones de Estados miembros. Puede mantenerse que, desafíos tales como el cam-

⁽³⁾ Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001) 428 final, p. 3 ss., Bruselas, 25 de julio de 2001.

bio climático o la evolución demográfica rebasan las fronteras de las políticas sectoriales que sirvieron para cimentar la construcción de la Unión. Además, las autoridades regionales y locales se encuentran cada día más implicadas en las políticas de la Unión. Por todo ello, la coherencia resulta fundamental, y requiere un liderazgo político y un firme compromiso por parte de las instituciones con vistas a garantizar un enfoque coherente dentro de un sistema complejo.

Pues bien, resulta evidente que la aplicación de estos cinco principios vinieron a reforzar los de subsidiariedad y proporcionalidad. Esto significa que, antes de lanzar una iniciativa, es imprescindible comprobar sistemáticamente si la actuación pública es realmente necesaria, si el nivel europeo resulta el más apropiado para dicha actuación, y si las medidas previstas son proporcionales a los objetivos.

Puede decirse, que la Unión Europea es un ente vivo, que sufre continuamente transformaciones, que cambia día a día a través de la propia dinámica de su funcionamiento. Resulta parte del pasado observar a la Unión únicamente en función de su aptitud para eliminar los obstáculos al comercio o para crear un mercado interior. Hoy por hoy, su legitimidad es una cuestión de participación y compromiso. Esto significa que el modelo lineal consistente en decidir las políticas «desde arriba» debería ser sustituido por un círculo virtuoso basado en la interacción, en las redes existentes y en una mayor participación en todos los niveles, desde la definición de las políticas hasta su implementación.

En este orden de ideas, los cambios propuestos por el Libro Blanco, podían dividirse en cuatro secciones. La primera giraba en torno a los medios capaces de reforzar la participación en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea. La segunda hacía referencia a la mejora de la calidad y a la aplicación de las políticas europeas. La tercera presentaba como objeto principal reforzar la vinculación entre la gobernanza europea y el lugar de la Unión en el concierto internacional. Finalmente, la última sección abordaba el papel de las instituciones.

Así, pues, las propuestas que conformaban el reiterado documento de la Comisión, permitían lo siguiente: **1)** Estructurar la relación de la Unión Europea con la sociedad civil; debía promover el diálogo y contribuir a la apertura de la sociedad civil organizada. **2)** Hacer un mayor uso de la experiencia y las capacidades de los agentes regionales y locales. **3)** Reforzar la confianza pública en la utilización del conocimiento de los expertos por parte de los responsables políticos; especialmente en lo referente a los retos y problemas éticos planteados por la ciencia y la tecnología. **4)** Sentar las bases de una más clara definición de los objetivos políticos de la Unión Europea y mejorar la eficacia de sus políticas. **5)** Establecer las condiciones de la creación de agencias reguladoras europeas, capaces de reforzar la eficacia y visibilidad de la legislación de la Unión ante empresas y ciudadanos en general, logrando acercar las decisiones a los sectores afectados en alguno de los ámbitos más complejos y técnicos. **6)** Centrar los papeles y responsabilidades de cada institución, para contribuir a que los ciudadanos puedan exigir responsabilidades a sus responsables y organismos políticos por las decisiones adoptadas a nivel de la Unión Europea.

Ahora bien, podemos decir que la esencia de las propuestas formuladas para implementar la buena Gobernanza no era otra que lograr la reconducción de las instituciones.

Como hemos examinado más atrás, la Gobernanza europea se ha ido configurando a lo largo del tiempo, dando entrada a los actores claves en el proceso de toma de decisiones, incluyendo a los niveles subestatales, con el objetivo de garantizar el consenso y mejorar la puesta en práctica de las políticas. Todo ello ha generado un complejo entramado de redes caracterizadas, probablemente contrariamente a lo esperado en su constitución, por su falta de transparencia.

Sin embargo, también cabe tener en cuenta, o simplemente hacer una breve alusión, acerca de quienes entienden el término gobernanza en su acepción económica, quedando relacionado ésta con la asimismo denomi-

nada globalización⁽⁴⁾. Habría entonces que entender la gobernanza económica como la interdependencia de los distintos actores de la escena mundial por interacción de los distintos ámbitos de actuación entre los mismos. En la Unión rige un sistema económico sustentado sobre el libre comercio, marcado en sus objetivos y propios cimientos, la libre circulación de mercancías. Podemos decir que los efectos positivos de la buena gobernanza en Europa se encuentran relacionados con el lugar que ocupa la Unión Europea en el contexto de la economía mundial.

En este orden de ideas, conviene destacar, que la política comercial de la Unión se lleva a cabo en dos niveles complementarios. En primer lugar, el nivel multilateral, que se refiere al sistema de normas comerciales acordadas por los países miembros de la OMC a escala mundial. En segundo lugar, el nivel bilateral y regional, que constituye el comercio entre la Unión Europea y cada uno de los socios o bloques comerciales de grupos de países.

Parece evidente, que la Unión Europea no puede desarrollar y aplicar sus políticas e igual forma que lo harían diferenciadamente las distintas Administraciones nacionales. La Unión presenta un sistema de gobernanza muy particular, de un lado, y dispone de la autoridad necesaria para realizar las asignaciones imperativas a la sociedad bajo la forma de políticas públicas y, sin embargo, no existe un Gobierno en sentido estricto, sino más bien un entramado complejo de redes de gobernanza en el que la coordinación entre instituciones es fundamental⁽⁵⁾.

La Unión conforma un sistema de gobernanza destacable, ya que su legitimidad está basada en la eficiencia funcional de las di-

ferentes redes que integran la actividad de gobierno. Estas redes políticas de la Unión han sido definidas como mezclas híbridas de actores y de sistemas de relaciones nacionales, supranacionales, intergubernamentales, transgubernamentales y transnacionales.

El proceso de integración en construcción en Europa desde hace más de 60 años, se concibe como la puesta en marcha de una nueva identidad política y jurídica, donde la autoridad se comparte de forma efectiva y eficiente entre los diferentes órganos y organismos que conforman los diferentes niveles de la Administración en Europa.

En este sentido, es de destacar la mención en los Tratados del importante papel de las entidades regionales y locales, y de su correspondiente autonomía, en el desarrollo de las políticas de la Unión Europea. Así, el párrafo segundo del art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), resalta el reconocimiento de la autonomía local y regional, dentro de los Estados miembros, como parte constituyente de la identidad nacional de los mismos; comprometiéndose a garantizar la integridad territorial y el orden público. En conexión con estas ideas, y creemos que reforzando los conceptos de integración, descentralización, transparencia y eficiencia; el punto 3 del mencionado artículo, hace mención al principio de cooperación entre los Estados para lograr el cumplimiento de las *misiones* derivadas de los Tratados, cerrando así un círculo que resalta la autonomía de los Estados miembros y sus distintos niveles de descentralización a través de entes regionales y locales, y a su vez los implica de manera directa en el desarrollo de la política y el gobierno de la Unión, en cuanto les reconoce y, de alguna manera obliga, a trabajar en pos de la integración y el desarrollo de la Unión Europea.

La Gobernanza europea resulta, pues, de la conjunción de esos dos elementos reseñados, las instituciones y organismos y los diferentes niveles que atañen. Esta particularidad se debe a sus especiales características, a su propia configuración histórica y actual; se genera así, un sistema de interdependencias funcionales que tiende a potenciar el papel

⁽⁴⁾ Vid. en este sentido, VEGA MORCOA, *Reflexiones sobre la gobernanza en la globalización de la economía: papel y responsabilidad de la Unión Europea*, Concerning session 1 of 7th ECSA World Conference, Bruselas, noviembre 2004.

⁽⁵⁾ Vid. MORATA, *Gobernanza europea y políticas públicas*, Barcelona, 1999; y del mismo autor: *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, en VII Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 2002.

européo de los actores subestatales, gracias a las redes ya mencionadas, que conectan a éstos con la Comisión, en lo referente a asuntos tan diversos y complejos como las telecomunicaciones, la biotecnología, los residuos, la alimentación o los medicamentos. Esta importante institución, como resulta ser la Comisión, reconocida como tal en el art. 13 del TUE, y especialmente se dicta en su apartado cuarto que la misma será asistida por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones, ambos con funciones consultivas (ver también art. 300 del TFUE). Esta disposición manifiesta una forma más de expresión y compromiso con los objetivos de buena gobernanza marcados en el Libro Blanco.

El Comité Económico y Social (arts. 300 y 301 al 304 del TFUE) está compuesto por representantes de diferentes sectores de la vida económica y social, en particular de productores, agricultores, transportistas, trabajadores, comerciantes, artesanos, profesionales liberales y de interés general. En cuanto al Comité de las Regiones (arts. 300 y 305 al 307 del TFUE), se trata de un comité consultivo compuesto por representantes de los entes regionales y locales de los diferentes Estados miembros de la Unión. Estos órganos consultivos están a su vez divididos en grupos de trabajo especializados en cada materia a tratar. Asimismo, existen órganos de mayor envergadura, de carácter socioeconómico, estructurados en base a las materias que tratan, como los de asuntos económicos y financieros, relaciones exteriores, asuntos sociales, medioambiente y consumidores, agricultura, industria, comercio, artesanía y servicios, transportes, comunicaciones, etc. En dichos comités, participan tanto representantes de las Administraciones de los Estados miembros como de los grupos de interés. Así, cuando se trata de lanzar nuevas políticas que pueden chocar contra los intereses de los Estados miembros, la estrategia de la Comisión, como cabeza visible del Poder Ejecutivo, consiste a menudo en elaborar documentos públicos de reflexión dirigidos a los sectores afectados que permiten conocer más a fondo los problemas,

estructurar el debate y construir redes o colisiones de legitimación de sus propuestas. La Comisión se apoya también en una densa red compuesta por grupos de expertos en los diversos ámbitos de actuación.

La gestión de las políticas europeas se convierte así en un proceso interorganizacional que depende más de redes multinacionales y multiniveles que de jerarquías convencionales.

De todo lo expuesto, podemos decir que el concepto de gobernanza, con las características que le son inherentes, implica la necesidad de adoptar una serie de mecanismos que sean capaces de respetar la pluralidad, la flexibilidad y la interacción respetando, al mismo tiempo, los reiterados principios de buena gobernanza. Finalmente, y por lo que se refiere a la aplicación de las políticas públicas, la gobernanza demanda la utilización de mecanismos cada día más ágiles y flexibles en la práctica diaria de actuación, dentro del contexto de la Unión Europea.

Llegados a este punto, creemos importante volver al inicio de esta exposición para mencionar especialmente el principio de eficacia, asociado como se suele corresponder en el campo del Derecho Administrativo al principio de descentralización. La evolución de la construcción de la Unión ha devenido en la necesidad de algunas instituciones de delegar tareas específicas en distintos órganos y entes especializados. Su régimen de organización, funcionamiento y competencias se establecen mediante Estatutos que conforman su marco legal; presentando diferentes grados de autonomía orgánica y funcional; y desarrollando tareas de información, asesoramiento, asistencia técnica y en algunos casos tareas de carácter consultivo; algunos organismos tienen incluso personalidad jurídica propia. Estos organismos se encuentran bajo responsabilidad de la Comisión, que a su vez elabora un informe anual sobre su actuación, y lo remite al Parlamento Europeo. En cuanto al control de legalidad de las «Agencias» europeas, en algunos reglamentos fundacionales se realiza una mención expresa al recurso «ante la Comisión» por parte de cualquier

Estado miembro, cualquier miembro del Consejo de Administración, o cualquier tercero directamente afectado.

Por otra parte, en la actualidad, es posible constatar en el contexto de la Unión Europea, la proliferación de servicios especializados, sin personalidad jurídica, integrados en la estructura de la Comisión, así como también de organismos con personalidad jurídica propia. Todos ellos pueden ser encuadrados dentro de la categoría de entes descentralizados en el ámbito de la Unión. Así pues, las Agencias cumplen una encomiable tarea en el sentido práctico, al ser instrumentos útiles e imprescindibles como apoyo a la Comisión, en la realización y ejecución de las políticas que a ésta le corresponden. Sin embargo, es importante destacar que esta descentralización en lo específicamente referente a tareas ejecutivas, no corresponde a una transferencia de responsabilidades a las Agencias y organismos. En este punto, es importante recalcar la postura del Parlamento Europeo al respecto, que ya es su resolución del año 1992, instaba a la Comisión a realizar un control «a priori» y «a posteriori» de estos órganos, para no olvidar que la Comisión es quien mantiene la plena responsabilidad política aunque se lleve adelante, con buen criterio, la descentralización de tareas ejecutivas.

Tradicionalmente, las Agencias, a nivel europeo, ha ido surgiendo conforme se ampliaban las competencias de la Unión, tradicionalmente han significado la manifestación de un símbolo de la Unión Europea en su objetivo de lograr la proximidad a las preocupaciones, tanto de sus ciudadanos como de sus propios Estados miembros. Su tarea esencial ha estado siempre constituida por la prestación de ayuda a quienes son los responsables en materia de adopción de decisiones, y ello en el marco de los aspectos jurídicos, técnicos y científicos.

Puede decirse que las Agencias se agrupan en cuatro grandes categorías: las llamadas «agencias ejecutivas», las «agencias comunitarias», las «agencias de política exterior y de seguridad común» y las «agencias de cooperación judicial y policial en materia

penal»⁽⁶⁾. La Comisión pretende mostrar de esta manera incesante y cada vez que tiene ocasión de pronunciarse, su absoluta convicción de que las Agencias reguladoras son capaces de aportar un verdadero valor añadido a las estructuras de gobernanza de la Unión.

En este orden de ideas, las Agencias han demostrado su importancia, pero las tres instituciones de la Unión (Comisión, Parlamento y Consejo) deben abordar conjuntamente los problemas pendientes de gobernanza. Y es a este respecto que resulta necesario un enfoque político coherente respecto de las Agencias podría promover la transparencia y la eficacia de una parte importante de la arquitectura de la Unión Europea.

En definitiva, las instituciones de la Unión Europea (Comisión, Parlamento y Consejo) tienen la obligación expresada en los Tratados, y en sus propios reglamentos, disposiciones y recomendaciones, la necesidad imperiosa de profundizar en la buena administración, entendida teóricamente como el concepto de buena gobernanza, en la medida en que pretenda desarrollar su labor y profundizar el proyecto de construcción permanente en el que se desarrolla la Unión Europea; acercándose a niveles regionales o locales de la Administración de los Estados miembros, a la sociedad civil organizada y a los ciudadanos en general. La Unión, a través de sus instituciones, ha de construir canales de comunicación y sobre todo de participación, que acerquen a sus propios ciudadanos a sus políticas, brindando explicaciones asequibles de las mismas, insistiendo en sus objetivos y buscando y generando consenso para que la implementación de sus políticas resulte eficaz.

Carlos Francisco Molina del Pozo
María Rapalo Lichtensztein

⁽⁶⁾ Vid. en este sentido, MOLINA DEL POZO (coord.), *Principios esenciales informadores en la construcción de la Unión Europea: Homenaje a José Antonio Jáuregui*, en capítulo, *Los entes descentralizados como instrumento de la gobernanza en la Unión Europea*, punto 6: *Hacia un enfoque común sobre la gobernanza futura de las Agencias europeas*, Madrid, 2010 p. 89 ss.

Derecho civil europeo (funcionalización)

Bibliografía: CAFAGGI, WATT, *The Regulatory Function of European Private Law*, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2009, p. XI; CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, en PALAZZO, SASSI (dir.), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, 2007, p. 154; CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritti dell'obbligazioni*, en *Rass. giur. umbra*, 2004, p. 847 ss.; COLCELLI, *Il sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, en *Europa dir. priv.*, 2009, p. 557 ss.; COLLINS, *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: in Search of the Philosopher's Stone*, en *European Review of Contract Law*, 2006, p. 213; COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999; DI VIA, *La ripetizione dell'indebito*, en LIPARI (dir.), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Milano, 2003, p. 682 ss.; ERKKI LIKANEN, *Co-Regulation: a modern approach to regulation*, *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*, Bruxelles, 2000; FORADORI, SCARTEZZINI, *L'integrazione sovranazionale come risposta alle sfide della globalizzazione*, en FORADORI, SCARTEZZINI (dir.), *Globalizzazione e processi di integrazione sovranazionale: l'Europa*, Catanzaro, 2006, pp. 1-16; HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, ed. italiana por Resta, Napoli, 2005, p. 60 ss.; MILLÁN MORO, *El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado*, en *Rev. de derecho comunitario europeo*, año n. 14, n. 36, 2010, pp. 401-438; NICOLUSSI, *Le restituzioni*, en CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 181; PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, en PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 32 ss.; RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law review*, 1997, p. 308; SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, en *Danno e resp.*, 2001, III, p. 232; SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta concorrenziale*, en PALAZZO, SASSI,

SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 258; WARD, *A critical introduction to European law*, Londra, 2003; WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003.

1. Plan de la investigación. La integración regional es una política que, como tal, persigue objetivos específicos y determinados. Como política se encuentra necesariamente dotada de instrumentos propios. Entre estos, naturalmente, se incluyen las leyes que regulan el proceso de integración. Dichas leyes en su esencia están constituidas por el conjunto de reglas que prevén y que rigen las estructuras institucionales de las áreas integradas.

La naturaleza de este tipo de leyes es de convención del derecho internacional. A ellas se unen leyes de derecho derivado, dictadas por los órganos pertenecientes a los respectivos sistemas institucionales que componen el organismo supranacional.

El proceso de integración de la Unión Europea se realiza mediante convención del derecho internacional y de las leyes de derecho derivado.

Los Tratados institutivos de la Unión Europea son convención de derecho internacional. Las leyes del derecho derivado de la Unión Europea son los Reglamentos, Directivas y Decisiones. El derecho derivado de la Unión Europea está constituido por el conjunto de disposiciones emanadas por los órganos con competencia legislativa.

Sin embargo, en Europa, a causa de la profunda relación entre el ordenamiento de la Unión Europea y el de los Estados miembros, el programa de integración se realiza a través de instrumentos jurídicos capaces de producir efectos vinculantes en los ordenamientos de Países miembros.

Desde que el Estado miembro se incorpora o se incorporó a la Comunidad Europea - ahora a la Unión Europea - tras la ratificación del Tratado de Adhesión, el ordenamiento

interno se integra en lo que se ha llamado «Comunidad de derecho». Este no es un sistema voluntario, de manera que las normas comunitarias se integran en los ordenamientos positivos internos de los Estados tanto en el ámbito sustancial como en lo procesal, siempre con unas características propias. Estas características se conectan con los fines de la Unión Europea.

En realidad la adhesión de los Estados europeos a la Unión Europea ha supuesto la modificación de numerosos ámbitos de la sociedad en cada uno de los Estados miembros, y de manera muy significativa la modificación del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros, porque ser miembro de la Unión Europea determina la asunción de todo Derecho comunitario que va a formar parte del ordenamiento jurídico de todos los Estados miembros.

Debido a esta peculiaridad, desde hace algún tiempo el proceso de integración se realiza también mediante el recurso de los instrumentos propios del derecho privado.

El derecho privado se ha convertido - o se está convirtiendo cada vez más - en un instrumento capaz de acelerar los procesos de integración regional de la Unión Europea.

Los institutos de derecho privado que históricamente nacieron para regular las relaciones interpersonales, están convirtiéndose en medios para la realización de políticas de integración regional. Estos permiten alcanzar de manera eficaz los fines establecidos por la política, integrando y completando los dispositivos tradicionales de las políticas públicas de integración regional.

2. La naturaleza del Derecho de la Unión Europea. Es importante destacar que aquí no se quiere tratar el llamado «Derecho internacional privado». Naturalmente este derecho juega un papel esencial e importante también en los procesos de integración regional, como es el caso de Europa.

El derecho internacional privado indica el conjunto de leyes predisuestas por un determinado ordenamiento jurídico para regular relaciones y situaciones de naturaleza privada que presentan elementos de «inter-

nacionalización», o bien elementos de conexión con otro país.

Se le reserva al derecho internacional privado la tarea de coordinar los diferentes ordenamientos jurídicos con los cuales se relaciona ese tipo de situaciones y relaciones.

Esta rama particular del derecho privado, por lo tanto, juega un papel importante también en el proceso de integración, pero responde a lógicas diferentes del derecho privado como instrumento de integración regional.

La Unión Europea después ha establecido un ordenamiento jurídico propio ⁽¹⁾ que se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros, vinculando a todos los poderes públicos incluso a las jurisdicciones nacionales.

Este Derecho comunitario obligatorio para los Estados miembros de la Unión, ha dado lugar a lo que por la doctrina recuerda el «Derecho común» que durante siglos pasados influyó en la organización jurídica de los Estados europeos y que se considera como «*ius europeum*», especialmente en lo que se refiere a las relaciones de Derecho privado, cumpliendo su misión al integrarse en buena medida en las codificaciones de los Derechos nacionales.

Sin embargo el Derecho común se aplicó en ciertos Estados Europeos mediante la recepción del Derecho romano como reconocimiento del vigor de una cultura jurídica de los pueblos.

El Derecho romano, asentado en el «*ius civile*», estatuto del ciudadano romano, crea el «*ius gentium*», que es en cierto modo un Derecho internacional, nacido para las relaciones comerciales entre los pueblos, flexible, basado en la «*aequitas*», inspirador luego de todo el Derecho romano, lo que permitió que éste pudiera transformarse en Derecho común.

Este Derecho común, sin embargo, se extendió por el continente europeo desde el siglo XII al XIX, no lo hizo con el deseo de unificar o integrar la vida económica o jurídica de los distintos pueblos.

(1) Tribunal de justicia, 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, en *Rec.* 1963, p. 1 ss.

El Derecho de la Unión Europea en cambio es un Derecho nuevo, que no trata de inspirar o dar soluciones al Derecho nacional, sino que se impone y vincula a los Estados.

El Derecho de la Unión Europea es un instrumento para la integración económica y monetaria de los Estados como meta obligada para conseguir una sucesiva integración política, que habrá de superar los nacionalismos. El Derecho de la Unión Europea nacido en los Tratados de París y Roma, en el Acta Única Europea, del Tratado de Maastricht, del Tratado de Ámsterdam, del Tratado de Niza y del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, constituye un nuevo orden jurídico que se integra en los ordenamientos de los Estados miembros, aunque no se confunde con ellos.

3. La acción de responsabilidad extracontractual como instrumento de integración. En la historia de la Unión Europea es el reconocimiento de derechos a los particulares que ha permitido el crecimiento de la Unión y el perseguimiento de sus fines.

Esta tendencia se origina en una decisión tomada por el Tribunal de justicia, la sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963, que para garantizar la existencia del sistema jurídico de la Unión y la supremacía de su derecho, reconoció al particular (no sólo a los Estados) los derechos directamente aplicados frente al Tribunal mismo y a los jueces nacionales.

Se produjo el llamado «efecto directo vertical» del Derecho comunitario, que interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares pueden prevalerse de una norma europea frente al Estado.

Desde aquí, a través del recurso del principio del efecto útil (véase la voz «Interpretación del derecho supranacional» por Roberto Cipitani), el Tribunal utilizó la idea (extraída de la tradición jurídica anglosajona) de que las acciones judiciales son los instrumentos del ordenamiento jurídico para proteger y para seleccionar las situaciones subjetivas relevantes.

Asimismo es el caso de la jurisprudencia

Francovich⁽²⁾. La sentencia Francovich permite a un particular entablar una acción de responsabilidad contra el Estado según la base de una Directiva de carácter suficientemente precisa e incondicional.

La no adaptación del Derecho interno de parte del Estado y la falta de efecto directo de las disposiciones de la Directiva impidieron que el particular viese reconocido judicialmente un derecho que la Directiva le había reconocido «en potencia».

La acción de responsabilidad contra el Estado aparece entonces como un remedio a un efecto directo imperfecto. Al reconocer al particular un derecho a la reparación, el Tribunal de justicia otorga, de cierta manera, un efecto directo a las disposiciones controvertidas.

Con el transcurso del tiempo, como se ha recordado, el reconocimiento de una demanda por daños y perjuicios contra los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias (aunque no esté expresamente previsto por los Tratados) se convirtió en algo cada vez más útil para asegurar la efectiva realización de los objetivos perseguidos por la norma de proveniencia europea.

Existía además una innegable necesidad de garantizar el respeto de los derechos previstos por el ordenamiento, sobre todo cuando el Estado, llamado a respetar las obligaciones comunitarias, no lo hacía y los derechos, por el entorno normativo en el cual estaban incluidos (directivas), no eran directamente utilizables delante de las Cortes nacionales.

De este modo, el sistema de «remedios» y de la cualificación del interés personal jurídicamente relevante en el proceso se une al sistema clásico de su declaración en los textos de las leyes. Se va más allá del enfoque que hace de la enunciación de las reglas el punto de la relevancia y de la eficacia de los derechos individuales. Se llega a su clasificación mediante la aplicación de las leyes por parte de los tribunales, conforme al efecto perseguido por el ordenamiento de la Unión Europea.

⁽²⁾ Tribunal de justicia, 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*, en *Rec.* 1991, p. I-5357.

4. Relaciones horizontales y la acción de responsabilidad contractual. Muchas normas de la Unión Europea tienen un efecto directo también «horizontal», es decir en las relaciones entre particulares.

Lo que significa que un particular puede invocar una norma europea frente a otro particular, por ejemplo en una acción de responsabilidad extra-contractual.

El Derecho civil de la Unión Europea es el Derecho que regula la persona, sus derechos como también, las relaciones personales y económicas derivadas.

El Derecho civil europeo es un Derecho en continua expansión en detrimento, por supuesto, del Derecho civil de los Estados miembros, en aplicación del principio de primacía. Además, el juez nacional en caso de conflicto debe aplicar el Derecho comunitario y no el Derecho nacional.

Los institutos de derecho privado que históricamente nacieron para regular las relaciones interpersonales, están convirtiéndose en medios para la realización de políticas de integración regional. Incluso el reconocimiento de los derechos otorgados a los ciudadanos tiene innegable importancia en el proceso de integración europea.

Es posible pedir compensación por el daño causado por conductas o por contratos que puedan impedir o falsear, el juego de la competencia según el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (sucesivamente «TFUE»), que se considera como norma predisuelta a otorgar directamente derechos a los individuos.

La completa eficacia del artículo 101 TFUE, y precisamente el efecto útil de la prohibición establecida en su n. 1, podría significar un impedimento en el caso que fuera imposible para los particulares solicitar el reembolso del daño causado por el contrato o por el comportamiento⁽³⁾ que puede alterar la competencia en el mercado interior.

El artículo 101 TFUE tiene efecto directo en las relaciones horizontales y atribuye a los particulares derechos que los jueces nacio-

nales tienen que tutelar⁽⁴⁾.

La naturaleza de esa norma, que protege el orden público económico comunitario, tiene también que producir la nulidad de un acuerdo o una práctica prohibida por tal disposición y, por lo tanto, la reclamación del reembolso de los daños, en caso de que exista un nexo de causalidad entre el acuerdo o la práctica y el daño.

La legitimación a la acción es legítimo para cualquier sujeto que sufra el daño, por lo tanto no sólo las empresas, si no también el consumidor perjudicado por una práctica prohibida.

El reequilibrio de las condiciones de los contratos podrá realizarse a través del recurso a la acción resarcitoria, que encuentra su razón en la violación de las normas puestas a tutela del mercado.

El reequilibrio de las condiciones de los contratos hace que el contrato no desempeñe sólo el papel de auto reglamentación de los intereses privados directamente implicados. El contrato de esta manera realiza una función de garantía del orden público económico requerida por la realización de los fines de la Unión Europea.

5. La recuperación de las sumas pagadas y no debidas. La acción de responsabilidad extra-contractual por incumplimiento de obligaciones de los Estados y de las Instituciones se concreta en la necesidad de que la violación cometida sea suficientemente relevante. El Estado y las Instituciones deben haber violado de modo grave y manifiesto los límites puestos a su poder, si hay, obviamente, un nexo causal entre la violación cometida y el daño. Cuando no exista caracterización de la violación realizada por el Estado o por las Instituciones en los términos referidos, para el particular puede configurarse en todo caso un derecho a la repetición de lo indebido.

La acción de repetición de lo indebido se configura cuál instrumento de tutela de los derechos del ciudadano europeo, y - preci-

⁽³⁾ Tribunal de justicia, 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, en *Rec.* 2001, p. I-6297.

⁽⁴⁾ Tribunal de justicia, 13 de julio de 2006, C-295/04 A C-298/04, *Manfredi*, en *Rec.* 2006, p. I-6619.

samente con respecto a los Estados - como ulterior modalidad de garantía de efectividad y de supremacía del derecho de la Unión Europea⁽⁵⁾.

Se habla de este modo de indebido comunitario para calificar la tendencia del Tribunal de justicia a reconocer la existencia de un derecho del ciudadano a la repetición de lo que recibió el Estado miembro, en la base de una norma interna contrastante con el derecho a la Unión.

Sería incompatible con la obligación de correcta realización del derecho comunitario el pago por parte de los individuos, por ejemplo, de un impuesto nacional en fin revelado incompatible con el derecho comunitario⁽⁶⁾; o el depósito de sumas en aplicación de un reglamento comunitario sucesivamente declarado ilegítimo⁽⁷⁾; además, como hipótesis inversa, el no proceder de parte del Estado miembro a la repetición de ayudas de Estado ilegítimamente erogada⁽⁸⁾.

La recuperación de sumas en caso de depósitos parcialmente o totalmente indebidos, es un derecho subjetivo de los ciudadanos, como afirma el Abogado general Capotorti en sus conclusiones a *Express Dairy Foods*⁽⁹⁾. Este derecho descende, en efecto, de un principio general de ayuntamiento a todos los Estados miembros.

La repetición de lo indebido pertenece a la tradición del Derecho en todos los países europeos y por lo tanto el Tribunal de justicia lo reconoce también en el derecho comunitario.

Por ejemplo, de la acción según los artículos

⁽⁵⁾ Tribunal de justicia, 9 de noviembre de 1983, C-199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato*, en Rec. 1983, p. 3595.

⁽⁶⁾ Tribunal de justicia, 26 de junio de 1979, C-177/78, *Pigs and Bacon*, en Rec. 1979, p. 216; Id., 22 de marzo de 1977, C-74/76, *Ianelli*, en Rec. 1976, p. 557; Id., 14 de enero de 1997, C-192/95 a C-218/95, *Comateb et al.*, en Rec. 1995, p. I-165.

⁽⁷⁾ *Ex multis*, Tribunal de justicia, 13 de marzo de 1992, C-282/90, *Vreugdenhil*, en Rec. 1992, p. 1937.

⁽⁸⁾ Tribunal de justicia, 12 de julio de 1973, C-70/72, *Comisión*, en Rec. 1973, p. 813.

⁽⁹⁾ Tribunal de justicia, 6 de junio de 1980, C-130/79, *Express Dairy Foods*, en Rec. 1980, p. 1887.

101 y 102 TFUE puede derivar el carácter indebido de la prestación objeto del contrato. También el Draft Common Frame of Reference (DCFR), contiene una detallada disciplina sobre las restituciones consiguientes a la patología de una relación contractual en el ordenamiento jurídico de la Unión. Un típico instituto de derecho civil, como es el de la restitución de lo indebido, posee, de esta manera, una finalidad específica en el ordenamiento comunitario, cuyo derecho y cuya supremacía serían obstaculadas por la imposibilidad de perseguir el objetivo puesto en la norma comunitaria: las finalidades del derecho comunitario serían desatendidas si no fuera garantizada la efectividad de la restitución de una suma percibida por una norma interna adoptada en violación de una norma de la Unión.

En el caso de ayudas de Estado ilegítimas, la administración que no procediera a la recaudación de la indebida erogación haría perder de valor la declaración de la ilegitimidad de las ayudas.

La recuperación de las sumas pagadas y no debidas es por lo tanto instrumento de cumplimiento y efectividad de la norma comunitaria.

Existe, por consiguiente, un peculiar interés del ordenamiento de la Unión Europea, para que la administración del Estado no deje inactuada la restitución de sumas injustamente percibidas respecto al ciudadano, o en el caso inverso no proceda a su recaudación. De hecho el Tribunal afirmó que esta tutela y su efectividad pueden ser mitigadas por la tendencia de las normativas internas, sobre todo de naturaleza tributaria, de reducir o excluir la obligación de parte de una administración pública de entregar lo percibido injustamente.

6. La funcionalización del derecho civil de la Unión Europea. Cuando se habla de Derecho civil de la Unión Europea se comprende su doble naturaleza: es un Derecho comunitario según sus principios e interpretación y, al mismo tiempo, es Derecho civil, en lo que se refiere a su materia o contenido correspondiente a esta área.

El Derecho civil de la Unión Europea es parte del *acquis* comunitario, incluso cuando pasa a integrarse en los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

El Derecho civil de la Unión Europea comprende todas las normas emanadas de las Instituciones de la Unión con competencia legislativa para regular el Derecho privado general.

Estas normas pueden referirse a la persona y detalladamente a sus derechos de origen comunitarios y a sus derechos fundamentales; a la persona como miembro de una familia y a sus relaciones familiares (residencia, principio de igualdad), y a la persona en cuanto forma parte de la comunidad como sujeto de derechos y obligaciones.

Todo el Derecho de la Unión, entonces, parece estar destinado a regular relaciones ínter subjetivas (verticales u horizontales) que sin embargo no son relaciones ínter subjetivas genéricas. De hecho estas resultan ser instrumentales, dirigidas a perseguir la *primauté* comunitaria, la conservación y el desarrollo del ordenamiento de la Unión Europea y de su espacio jurídico.

Por lo tanto es posible afirmar como en este ordenamiento la selección de los intereses relevantes en las relaciones horizontales tiene lugar con las mismas modalidades y con el mismo fin con el cual este se verifica en tema de calificación de los derechos en las relaciones verticales.

El sistema jurídico de la Unión Europea asigna a los principios típicos del derecho civil la función de garantía del orden económico dictado por la Unión.

Está claro que el Tribunal de justicia concibe la responsabilidad extra-contractual en las relaciones entre privados y entre priva-

dos y Estado como un instrumento a través del cual garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión.

Refuerza también la lógica del Tribunal de Luxemburgo la tendencia a una definición de responsabilidad *extra-contractual* en el derecho comunitario. La violación de normas de la Unión, incluso en situación de incumplimiento por parte de los Estados o particulares en relación a otros sujetos privados, se utiliza como medio para garantizar el efecto útil y la completa eficacia de la norma europea.

El sistema jurídico comunitario asigna también a la recuperación de las sumas pagadas y no debidas y a la responsabilidad contractual (otros dos típicos institutos de derecho privado), la función de garantía del orden económico requerido por la Unión Europea. El legislador comunitario añade también al contrato una función reguladora. Los contratos se convierten de este modo en instrumentos para la actuación directa de las políticas de la Unión Europea.

Después, la relación entre las instituciones de la Unión Europea y los beneficiarios de la financiación se rige además como una base jurídica también para un contrato, como es habitual para la ley de los Programas de la Unión Europea.

Estos contratos representan un instrumento característico de las acciones de la Unión. Estos poseen riqueza en cuanto a sus soluciones técnicas, además se los considera una disciplina específica con pocas comparaciones en el financiamiento público o en el financiamiento de las organizaciones nacionales e internacionales.

Valentina Colcelli

Derecho de acceso a los documentos

Bibliografía: FREIXES SANJUÁN, *Derechos fundamentales en la UE. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*, en *Rev. de derecho constitucional europeo*, n. 4, 2005; MARTIN PALLÍN, *Los sistemas de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y en el espacio comunitario de la Unión Europea*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 6, 1998, pp. 2240-2247; MARZAL, *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Barcelona, 2002; MOLINA DEL POZO (dir.), *Veinticinco Años de Impacto del Derecho Comunitario en el Derecho Español*, Alcalá, 2010; MOLINA DEL POZO (coord.), *Principios esenciales informadores en la construcción de la Unión Europea (Homenaje a José Antonio Jáuregui)*, Madrid, 2010; MOLINA DEL POZO, *El concepto de ciudadanía europea y los derechos que se protegen, La política social en los procesos de integración*, Santiago de Chile, 2007; MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed., Madrid, 2002; MOLINA DEL POZO, *La ciudadanía de la Unión como elemento esencial de las transformaciones del Estado en Europa para el próximo milenio*, en la obra *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Prof. Eduardo Roca Roca*, Madrid, 2002, pp. 909-922; MOLINA DEL POZO, *Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea: de los Tratados Fundacionales al Tratado de Ámsterdam*, en *Rev. Universitaria Europea*, n. 1, 1998, pp. 59-98; PALACIOS CRUZ, *Breves Consideraciones sobre los conceptos de nacionalidad, ciudadanía y ciudadanía de la Unión y sus implicaciones jurídicas*, en MOLINA DEL POZO (dir.), *Treinta años de integración Europea*, Lisboa, 2009, pp. 361-371; SENDIN GARCÍA, *El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento especial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local*, en *Rev. de estudios de administración local y autonómica* (REALA), 2004-2008, números 294-295; Vv.AA., *Construyendo Europa con los ciudadanos*, en *Fundación Luis Vives Cuaderno europeo*, 7, septiembre de 2009.

1. Introducción y antecedentes históricos. El art. 42 de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la UE, establece, para todos los ciudadanos de la Unión⁽¹⁾ y todas las personas físicas o jurídicas que residen o tienen su domicilio social en uno de los Estados miembros, el derecho a tener acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

El derecho de acceso a los documentos, se encuentra en el capítulo V de la Carta, junto con el resto de los derechos relacionados con la ciudadanía europea⁽²⁾.

El principio de transparencia, principio básico para las instituciones⁽³⁾, los órganos y los organismos de la UE, enunciado en el TFUE, en su art. 15, conlleva al derecho por parte del público de tener acceso a los documentos de las Instituciones⁽⁴⁾.

Ya desde el Tratado de Maastricht la Declaración anexa relativa al derecho de ac-

⁽¹⁾ Según el art. 20 del TFUE será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, siendo la ciudadanía de la Unión, complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.

⁽²⁾ Los derechos incluidos en el título V de la Carta son: El derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39), derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40), derecho a una buena administración (art. 41), derecho de acceso a los documentos (art. 42), Defensor del Pueblo (art.43), derecho de petición (art. 44), libertad de circulación y de residencia (art. 45), protección diplomática y consular (art. 46).

⁽³⁾ Véase también la página web oficial del Parlamento Europeo sobre el acceso a los documentos, en la que se destaca que el acceso a los documentos es un componente esencial de la política de transparencia. Disponible en: <http://www.europa.eu/>. Igualmente el Consejo menciona que el principio de transparencia significa que el público tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones de la UE. Véase página web del Consejo sobre la transparencia y acceso a los documentos, disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/>.

⁽⁴⁾ El art. 15 del TFUE establece «Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo».

ceso a la información proclamaba la importancia que tiene la transparencia del proceso de decisión para el carácter democrático de las Instituciones y para la confianza del público en la administración, recomendando, igualmente, la toma de medidas para la mejora del acceso al público a la información de las Instituciones⁽⁵⁾. Siguiendo las directrices enmarcadas por el Tratado de Maastricht⁽⁶⁾, el Consejo junto con la Comisión adoptaron en el año 1993 un código de conducta relativo al acceso a los documentos del Consejo y de la Comisión⁽⁷⁾. Dicho documento establece como principio general la mayor accesibilidad posible para el público a los documentos en posesión de la Comisión y del Consejo, fijando el procedimiento y las excepciones para las solicitudes del público. El Tratado de Ámsterdam en la Declaración anexa sobre la transparencia, el acceso a los documentos y el fraude, se dirige al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión⁽⁸⁾, e inserta un artículo en el TCE, en el cual prevé el derecho de los ciudadanos de la Unión y de las personas físicas o jurídicas que residen o tienen su domicilio social

⁽⁵⁾ Según la Declaración relativa al derecho de acceso a la información anexa al Tratado de Maastricht: «La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones».

⁽⁶⁾ Véase también, las Conclusiones del Consejo Europeo de Birmingham de 16 de octubre de 1992, sobre la necesidad de una Comunidad más cercana a sus ciudadanos (Referencia: DOC/92/6), disponible en la Página WEB oficial de la UE: <http://europa.eu/>, e igualmente las Conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992 (Referencia: DOC/92/8), disponible en la p. WEB oficial de la UE: <http://europa.eu/>, y las Conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague de 21 y 22 de junio de 1993 (Referencia: DOC/93/3), disponible en la p. WEB oficial de la UE: <http://europa.eu/>.

⁽⁷⁾ Véase, Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión (93/730/CE). *Diario Oficial n. L 340 de 31/12/1993* p. 0041-0042.

⁽⁸⁾ Véase Declaración anexa al Tratado de Ámsterdam n. 41.

en un Estado miembro, de tener acceso a los documentos de estos tres, según los principios que establece el mencionado artículo y en las condiciones que el mismo indica⁽⁹⁾.

El Tratado de Niza en su art. 255 del TCE repite la disposición sobre el derecho de acceso a los documentos, insertado por el Tratado de Ámsterdam y establecido en la Declaración anexa al mismo sobre el futuro de la Unión «la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus Instituciones, con el fin de aproximar estas a los ciudadanos de los Estados miembros»⁽¹⁰⁾.

De este modo, en base del art. 255 del TCE, el Parlamento Europeo junto con el Consejo, adoptaron en el año 2001 el Reglamento (CE) 1049/2001⁽¹¹⁾, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que sigue hasta hoy siendo el instrumento de Derecho Derivado que incluye las normas para el ejercicio de dicho derecho, que se analizará más adelante. Sin embargo, la Convención Europea ha ampliado este derecho a los documentos de las instituciones, organismos y agencias en general, independientemente de la forma que tengan⁽¹²⁾.

2. El derecho de acceso a los documentos en el derecho de la UE y en la Carta de

⁽⁹⁾ Véase art. 191 del TCE, según el cual «1. Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3. / 2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. / 3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos».

⁽¹⁰⁾ Declaración anexa al Tratado de Niza n. 23, p. 6.

⁽¹¹⁾ Reg. n. 1049/2001 de 3 de diciembre de 2001. DO L 145 de 31 de mayo de 2001.

⁽¹²⁾ Véase el apartado 3 del art. 15 del TFUE.

los Derechos Fundamentales. Como se ha mencionado con anterioridad, el instrumento del Derecho Derivado que establece el derecho de acceso y las normas, los principios y las excepciones relativas a estas cuestiones se hallan en el Reglamento 1049/2001.

Según el Reglamento mencionado los beneficiarios de dicho derecho tendrán acceso a cualquier tipo de documento ⁽¹³⁾ del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión en las condiciones y dentro de los límites, que en la disposición señalada se hallan previstos ⁽¹⁴⁾. Las instituciones deben denegar el acceso a un documento, en los siguientes casos ⁽¹⁵⁾: **1.** Si la divulgación supone un perjuicio para: a) el interés público, en las materias de seguridad pública, defensa y asuntos militares, relaciones internacionales y política financiera, monetaria o económica de la Unión o de un Estado miembro; b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales; c) los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual; d) los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico; e) el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, (salvo que su divulgación revista un interés público superior). **2.** En el caso de que se trate de un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación

perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, (salvo que dicha divulgación revista un interés público superior). **3.** En el caso de que se trate de un documento en el cual se contienen opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución (salvo que dicha divulgación revista un interés público superior).

En lo que se refiere a la Carta, ésta establece y garantiza el derecho de acceso a los documentos, hasta ahora previsto por los Tratados. Hay que destacar, en primer lugar que la Carta garantiza dicho derecho solo para los documentos de tres de las instituciones y, por otro lado, que los beneficiarios de dicho derecho no son solo los ciudadanos de la Unión Europea, sino también toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro de la Unión.

Es interesante destacar que el derecho de acceso a los documentos, amplía sus titulares en comparación con la mayoría de los otros derechos incluidos en el capítulo 5 de la Carta, ya que no corresponde únicamente a los ciudadanos de la Unión, en cuanto a tales, es decir, en tanto que nacionales de un Estado miembro, sino que también incluye a sus beneficiarios, las personas físicas o jurídicas que tienen su residencia o domicilio social dentro de la Unión ⁽¹⁶⁾. Por lo tanto, la titularidad del derecho de acceso a los documentos tiene un aspecto positivo, desde luego, ya que no se limita únicamente a los ciudadanos de la UE sino también a todos

⁽¹³⁾ El Reglamento se refiere a todos los documentos que están en poder de una de las tres instituciones, tanto los documentos por ella elaborados, como aquellos que están por ella recibidos y están en posesión de ella. Como «documento», se entiende «todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución» [art. 3 apartado a) del Reg. n. 1049/2001].

⁽¹⁴⁾ *Vid.* en Síntesis de la legislación de la UE, en la sesión sobre asuntos institucionales (El proceso de toma de decisiones y la labor de las instituciones), disponible en la p. WEB Oficial de la UE: <http://europa.eu/>.

⁽¹⁵⁾ *Vid.* art. 4 del Reg. n. 1049/2001.

⁽¹⁶⁾ A parte del derecho de acceso a los documentos, también el derecho de acceso al Defensor del Pueblo ex art. 53 (véase la voz «Defensor del Pueblo Europeo», por Carlos Francisco Molina del Pozo y Jorge Antonio Jiménez Carrero, en esto Diccionario Analítico) y el derecho de petición ante el Parlamento Europeo ex art. 44 (véase la voz «Derecho de Petición al Parlamento Europeo», por Carlos Francisco Molina del Pozo y Jorge Antonio Jiménez Carrero, en esto Diccionario Analítico) asimismo hacen la misma extensión en cuanto a sus beneficiarios.

los residentes, pero pone de manifiesto un matiz negativo ya que el titular de dicho derecho, no es «toda persona». Sin embargo, ya hay voces y propuestas en la UE para la extensión de este derecho a toda persona sin importar su residencia.

En cuanto a las limitaciones y restricciones del derecho de acceso a los documentos, el art. 52 de la Carta se refiere al alcance y la interpretación de los derechos y los principios mencionados en la Carta, estableciendo normas para su interpretación. Según el referido artículo, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y las libertades que se reconocen por la Carta deben ser establecidas por ley, respetando el contenido de ellos. El único caso en el que se pueden introducir limitaciones, es cuando las mismas son necesarias y de acuerdo con los objetivos de interés general reconocidos por la Unión⁽¹⁷⁾ o para proteger los derechos y las libertades de los demás, y todo ello en base al principio de proporcionalidad. Además, el párrafo 2 del citado precepto hace mención a los derechos reconocidos por la Carta que constituyen disposiciones de los Tratados, como es el caso del derecho previsto en el art. 42, estableciendo que estos derechos se deben de ejercer en las condiciones y los límites determinados por ellos, dejando claro que la Carta no modifica, en ningún modo, el régimen de los derechos mencionados en los Tratados y recogidos en ellos.

Por último, hay que mencionar que el Protocolo número 30 excluye a Polonia y al Reino Unido, de la vinculación legal de la Carta.

Si bien la Carta, siguiendo, la normativa de los Tratados y del Reglamento 1049/2001, prevé el derecho de acceso solamente a los documentos de tres de las Instituciones: El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el Tratado de Funcionamiento de

la Unión Europea, sin embargo, en su art. 15, en un principio, amplía dicho derecho. De esta manera, reconoce el derecho de acceso a los documentos de todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, estableciendo a continuación las excepciones y los límites de esta disposición.

En lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones, se prevé, que estas tres instituciones estarán sujetas a la obligación de ofrecer acceso a sus documentos a los beneficiarios de dicho derecho, solamente cuando ejerzan funciones administrativas. En todo caso, el TFUE prevé que será el Parlamento Europeo y el Consejo a través de reglamentos, adoptados por el procedimiento legislativo ordinario⁽¹⁸⁾, los que determinarán los principios, las normas y los límites de dicho derecho.

Por último, hay que mencionar la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, El Consejo y la Comisión⁽¹⁹⁾. Esta propuesta establece realmente una modificación del Reglamento 1049-2001 anteriormente mencionado, con motivo de la moción del Parlamento Europeo del 4 de abril de 2006. Entre otras modificaciones, la propuesta plantea la ampliación de los beneficiarios del reglamento, incluyendo a toda persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad o el Estado en el que reside⁽²⁰⁾. La reiterada propuesta constituye el ejemplo más vivo de la evolución que sufre el derecho de acceso a los documentos, y demuestra la problemática que existe en la materia y el interés por parte de la Unión de desarrollar dicho derecho según las necesidades actuales de la sociedad. Concluyendo, como hemos explicitado, el

⁽¹⁸⁾ Es decir, el procedimiento de codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo.

⁽¹⁹⁾ Propuesta de reglamento del Parlamento y del Consejo, de 30 de abril de 2008 [COM (2008) 229 final - no publicado en el diario oficial].

⁽²⁰⁾ Véase síntesis de la legislación de la Unión Europea sobre los asuntos institucionales y, en concreto, el proceso de toma de decisiones y la labor de las instituciones. Disponible en la página web oficial UE.

⁽¹⁷⁾ El art. 52 se refiere tanto a los objetivos mencionados en el art. 3 del TUE, como a otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, como en el caso de las limitaciones previstas en relación con el derecho de acceso a los documentos (véase también explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (2007/c 303/02).

derecho de acceso a los documentos ya estaba planteado, previsto y garantizado en el ámbito de la Unión Europea al margen de la Carta, a través de los Tratados y mediante instrumentos legislativos de Derecho Derivado. Sin embargo, la importancia política y jurídica que tiene la inclusión de este derecho en la Carta de los derechos fundamentales de la UE es palpable, puesto que aparte de su previsión en los Tratados, se establece y se garantiza, ya, como un derecho Fundamental en el ámbito de la UE. Ese paso, demuestra la importancia que reviste

este derecho en el ámbito de la UE. Además, la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, El Consejo y la Comisión y la última modificación que ha sufrido la norma relacionada en el Tratado de Lisboa, deja bien claro el interés por parte de la Unión al desarrollo y la evolución de dicho derecho, atendiendo a las necesidades de la sociedad europea.

Carlos Francisco Molina del Pozo
Chrysoula Archontaki

Derecho de acceso a los servicios de interés económico general

Bibliografía: BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, París, 2000; GONZALEZ-ORUS, *Servicios de interés general y artículo 86 del TCE: una visión evolutiva*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2005; LOUIS, RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006; MOLINA DEL POZO, *Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam*, en *Cuadernos europeos de deusto*, n. 21, 1999, pp. 125-160; MODERNE, *L'analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, en STOFFAËS, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Collection I.S.U.P.E., París, 1995; ORDOÑEZ SOLIS, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Granada, 2006; RINCON-SALCEDO, *La noción de «servicio de interés general»: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global*, en *Rev. colombiana de derecho internacional*, n. 11, 2008, pp. 203-224; RODRIGUEZ ARANA, *Servicio público y derecho comunitario europeo*, en *Rev. catalana de dret public*, n. 31, 2005, pp. 375-398.

1. Premisa. El art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que: «La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico

general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

Disposición de gran interés que se introdujo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras un largo debate, los servicios de interés general están considerados, desde el punto de vista de la Comisión europea⁽¹⁾, como el pilar del modelo europeo de la sociedad, y, por tanto, de la ciudadanía europea. Vinculado al mercado interior, dichos servicios representan, por los Estados miembros, intereses esenciales, cuya calidad debe estar garantizada en todo momento, pero siempre respetando principios básicos: proximidad a los ciudadanos; garantía del acceso universal; garantía de elevado nivel de calidad y seguridad; garantía de los derechos de los usuarios; vigilancia y evaluación del funcionamiento; transparencia; y garantía de la seguridad jurídica.

⁽¹⁾ COM (2004) 374 final (no publicada en el DOUE), de 12 de mayo de 2004, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Libro Blanco sobre los servicios de interés general.

2. Los servicios de interés general en el marco europeo. Constitutivos de una realidad compleja y en constante evolución, los servicios de interés general incluyen servicios de naturaleza tanto económica como no económica, que van desde la energía, el transporte o las telecomunicaciones, hasta la sanidad y la educación. Desempeñan, según la Comisión ⁽²⁾, un papel muy importante en cuanto a asegurar la cohesión social, económica y territorial de toda la Unión y son vitales para su desarrollo sostenible en términos de mayores niveles de empleo, inclusión social, crecimiento económico y calidad medioambiental.

Partiendo de conceptos jurídicos puramente nacionales, y, a veces, muy opuestos ⁽³⁾, esta noción se ha construido a partir de dos nociones principales, que son, hoy en día, los pilares fundamentales del servicio público en Europa: el servicio de interés económico general (SIEG) y el servicio universal; a los cuales se podría añadir el servicio social de interés general, aunque con matices ⁽⁴⁾.

Más concretamente, es competencia de los poderes públicos clasificar un servicio de interés general y someterlo a obligaciones específicas de servicio público. Tiene, por tanto, que decidir, en el marco de sus responsabilidades, su naturaleza y alcance. Pueden, así, ofrecerlos directamente, o encomendarlos a otras entidades, públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o no. Al mismo tiempo, los proveedores tienen que respetar

las normas del Tratado, especialmente las relativas a competencia y mercado.

El Tratado, sin embargo, no incluye en sí el funcionamiento de esos servicios entre los objetivos comunitarios y no atribuye a la Unión competencias específicas en este ámbito. Pero sí el Tratado de Lisboa reconoce el papel esencial de los servicios públicos y, al mismo tiempo, su diversidad. El nuevo Protocolo n. 26 al Tratado de Lisboa refleja perfectamente este enfoque dual. Así, prevé que entre los valores comunes de la Unión se encuentran, en particular, «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios» y «la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar».

Por su parte, el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) faculta tanto a la Unión como a sus Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas, para velar «por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido» y establece una nueva base legal para que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten, a partir de una propuesta de la Comisión, reglamentos en los que se establezcan esos principios y condiciones. Todo eso, sin perjuicio, sin embargo, de la aplicación de las normas de competencia. Así, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 106 y 107 del TFUE ⁽⁵⁾, la compensación concedida por las autoridades públicas por la prestación de un servicio económico de interés general está sometida al escrutinio en materia de ayudas estatales, a menos que se

⁽²⁾ COM (2007) 725 final (no publicada en el DOUE), de 20 de noviembre de 2007, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno - Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo».

⁽³⁾ Véase MODERNE, *L'analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, en STOFFAËS, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, Collection I.S.U.P.E., Paris, 1995.

⁽⁴⁾ Véase Comunicación de la Comisión COM (2006) 177 final (no publicada en el DOUE), de 26 de abril de 2006, Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea.

⁽⁵⁾ Véase, especialmente, el art. 106.2, según el cual «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad».

cumplan las cuatro condiciones cumulativas establecidas por el Tribunal de justicia en su sentencia *Altmark* (véase más adelante).

Siguiendo la clasificación operada por la Comisión Europea⁽⁶⁾ se puede distinguir entre dos tipos de servicios de interés general: los económicos y los no económicos. La distinción es importante, ya que en función de esta categorización, los primeros estarán sometidos a normas que los otros no tendrán que cumplir. Por ejemplo, si bien los principios de no-discriminación y libre circulación de personas se aplicarán al acceso de todo tipo de servicios, en cambio, la libertad de prestación de servicios, el derecho de establecimiento y las normas en materia de competencia y ayudas estatales sólo se aplican a las actividades económicas.

2.1. *Servicios de interés económico general.*

Esta categoría se puede, a su vez, distinguir en dos subcategorías: **1)** Los prestados por grandes industrias de redes: se trata de los grandes servicios que la Unión ha venido liberalizando desde décadas (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes), y cuyas industrias, sometidas a un marco regulador global, tienen obligaciones de servicio público a escala europea: servicio universal, derechos de los consumidores y usuarios, consideraciones en materia de salud y seguridad. La dimensión comunitaria de estas industrias es indiscutible y constituyen un ámbito en el que la necesidad de definir un concepto de interés general europeo se deja sentir con particular fuerza. **2)** Otros servicios de interés económico general: se trata, en este caso, de servicios tales como la gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión. No están sujetos a un régimen regulador global de ámbito comunitario. De manera general, la prestación y la organización de estos servicios están sometidas a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales, siempre que puedan afectar al comercio entre los Estados

miembros. Además, ciertas normas comunitarias específicas, como la legislación en materia de medio ambiente, pueden aplicarse a determinados aspectos de su prestación.

2.2. *Servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio.*

Concretamente, estos servicios no están sujetos a normas específicas comunitarias, ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales. En cambio, sí están sometidos a ciertas normas europeas, incluido el principio de no-discriminación.

De todo lo anterior, cabe, por tanto, resaltar que, concretamente, los servicios económicos de interés general comprenden las actividades «de servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general»⁽⁷⁾. Entran, por tanto, dentro de su alcance los servicios que desarrollan actividades consistentes en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado⁽⁸⁾. Y los no económicos son los que, generalmente, «son prerrogativas tradicionales de los Estados (...), no se someten a leyes concretas de la UE, ni están cubiertas por las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia»⁽⁹⁾.

Resulta, pues, especialmente importante entender que el punto de partida no es otro que la regulación de la libre competencia y sus excepciones. De esta forma, los Estados miembros no pueden, de manera general, favorecer las empresas públicas, o atribuirles poderes, derechos o prerrogativas exorbitantes, aunque sea con el fin de beneficiar a los ciudadanos. Ahora bien, pueden eximirse de esta obligación, para atender a misiones como las de servicio público o universal⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ COM (2003) 270 final, precitada, p. 7.

⁽⁸⁾ Tribunal de justicia, 12 de septiembre 2000, asuntos acumulados de C-180 a C-184/98, *Pavel Pavlov et al. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, en Rec. 2000, p. I-6451.

⁽⁹⁾ COM (2007) 725 final, precitada.

⁽¹⁰⁾ Tribunal de justicia, 19 de mayo de 1993, C-320/91, *Corbeau*, Rec. 1993, p. I-2563; y Id., 27 de abril de 1994, C-393/92, *Almelo*, en Rec. 1994, p. I-1477.

⁽⁶⁾ COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003 (no publicada en el DOUE), Libro Verde sobre los servicios de interés general.

Sin embargo, la cuestión de cómo distinguir entre servicios económicos y no económicos se ha planteado con frecuencia. No puede darse una respuesta a priori, siendo necesario un análisis de cada caso particular⁽¹¹⁾: la realidad de estos servicios es muy específica y difiere mucho de un Estado miembro a otro, y de una autoridad local a otra; los modos de prestación evolucionan constantemente en respuesta a los cambios económicos, sociales e institucionales, como las transformaciones en la demanda de los consumidores, el cambio tecnológico, la modernización de las administraciones públicas y la descentralización de competencias a nivel local.

Cuestión crucial es, como ya hemos mencionado en el punto anterior sobre los artículos del Tratado en materia de competencia, la relativa a las condiciones necesarias para que las compensaciones por servicio público no constituyan ayudas estatales. En este aspecto, el Tribunal de Luxemburgo marcó la pauta, y señaló, en su histórica jurisprudencia *Altmark Trans*, de 24 de julio de 2003⁽¹²⁾, lo siguiente: **1)** La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas (apartado 89). **2)** Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras (apartado 90). Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que

se hayan establecido previamente tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable (apartado 91). **3)** La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (apartado 92). **4)** Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (apartado 93). Se desprende, por tanto, que si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a esos requisitos, tales subvenciones no están sujetas al art. 106, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado.

Esta jurisprudencia obligó a la Comisión Europea a sintetizar el marco creado por el Tribunal, siendo el resultado dos decisiones de 2005⁽¹³⁾. Pero el Marco SIEG de

⁽¹¹⁾ En la COM (2001), 598, de 17 de octubre de 2001 (punto 30), la Comisión destaca que no sería ni posible ni deseable elaborar a priori una lista definitiva de todos los servicios de interés general que deben considerarse «no económicos».

⁽¹²⁾ Tribunal de justicia, 24 de julio de 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, en Rec. 2003, p. I-7747, reiterado en el asunto Tribunal de justicia, 27 de noviembre de 2003, asuntos acumulados de C-34/01 a C-38/01, *Enirirsor-se SpA*, en Rec. 2003, p. I-14234.

⁽¹³⁾ Decisión 2005/842/CE, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encar-

2005 expiró en noviembre de 2011 y tanto éste como la Decisión preveían una revisión de sus normas. De ahí la adopción, por la Comisión, de una nueva Comunicación en 2011⁽¹⁴⁾, con el fin de revisar el marco existente y, con la misma ocasión, aumentar la contribución de los SIEG en favor de la recuperación económica de la Unión.

La institución europea se propone, mediante este documento, actuar en base a dos objetivos: garantizar una mayor claridad, y crear un enfoque diversificado y proporcional. En cuanto a la primera meta, la Comisión se plantea ofrecer orientación sobre las siguientes cuestiones: distinción entre actividades económicas y no económicas en las normas sobre ayudas estatales, y la consideración de determinadas entidades como empresas; los límites que las normas sobre ayudas estatales imponen a los países de la Unión a la hora de definir una actividad económica como SIEG; las condiciones en las que la compensación por determinados SIEG prestados a escala local afecta al comercio entre los países miembros; los requisitos que las autoridades públicas han de seguir en el contexto de las normas sobre ayudas estatales cuando encomiendan a una empresa la prestación de un SIEG; las condiciones en las que la compensación por SIEG no implica ayuda estatal porque la licitación selecciona al proveedor al menor coste para la comunidad o porque el precio aplicado se ajusta al de una empresa eficiente y bien gestionada; la mejora de la convergencia entre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales y contratación pública.

En cuanto al segundo punto, quiere hacer

una mayor diferenciación entre distintos tipos de servicios, dependiendo de la medida en que las ayudas estatales, en estos sectores económicos, planteen un riesgo grave de distorsión de la competencia. Por tanto, propone, por una parte, una simplificación de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales para algunos tipos de servicios organizados por comunidades locales, que presentan particularidades en lo que se refiere a su estructura financiera y sus objetivos, y que solo tienen un impacto menor en el comercio entre los países de la Unión, y, por otra, un mayor énfasis en la eficiencia de los servicios comerciales a gran escala a los que se confían obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los niveles de eficiencia y calidad del proveedor de SIEG en la compensación concedida.

3. Alcance del principio del acceso a los servicios de interés económico general. Tratándose de una disposición de mínimos, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no introduce grandes novedades al acervo vigente, pero presenta más bien un importante valor simbólico, poniendo de manifiesto, como ya se ha señalado, la importancia de los servicios de interés general como uno de los pilares del modelo europeo de sociedad: desempeñan una función esencial en los valores comunes de la Unión, fomentan la cohesión social y territorial, mejoran el bienestar de los ciudadanos a lo largo y ancho de la Unión y realizan una contribución importante al desarrollo económico de Europa.

Eso se puede explicar en la medida en que, en la práctica, retomando el análisis de la Comisión⁽¹⁵⁾, tanto los ciudadanos como las empresas tiene legítimas expectativas de acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad en todo el territorio de la Unión. Así, para los ciudadanos, tal acceso constituye parte esencial de la ciudadanía europea, necesario para disfrutar plenamente sus derechos fundamentales. Y para las empresas,

gadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67 ss.); Marco SIEG (2005/C 297/04) comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DO C 297, 29 de noviembre de 2005, p. 4 ss.).

⁽¹⁴⁾ COM (2011) 146 final (no publicada en el DOUE), de 23 de marzo de 2011, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general.

⁽¹⁵⁾ COM (2004) 374 final, precitada, p. 5.

la disponibilidad de servicios de interés general de calidad constituye un requisito previo indispensable de todo entorno empresarial que favorezca la competitividad. De ahí que, el suministro de servicios de interés general de calidad, accesibles y asequibles, que respondan a las necesidades de los consumidores y las empresas, es, por tanto, un factor importante para alcanzar el objetivo estratégico de la Unión de «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social»⁽¹⁶⁾.

Asimismo, permitieron a la Unión alcanzar los objetivos en un gran número de políticas comunitarias, las cuales, a su vez, han contribuido significativamente a mejorar la calidad, la oferta y la eficacia de una serie de servicios de interés general.

En este sentido, la Abogada General, en el asunto TNT Traco, afirmó lo siguiente: «Conforme al artículo 90, apartado 2 del TCE, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas del Tratado sólo en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El nuevo artículo 16 CE y el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea destacan la importancia de esa excepción como la expresión de un valor básico del Derecho comunitario»⁽¹⁷⁾.

El texto mismo del precepto revela que no se trata de un derecho subjetivo de acceso a los servicios de interés económico general⁽¹⁸⁾, sino que se trata, más bien, de un principio

que debe ser respetado por la Unión cuando ésta ejerza sus competencias con incidencia en esos servicios⁽¹⁹⁾.

Por tanto, incumbe principalmente a las autoridades nacionales, regionales y locales la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general. Por su parte, la Unión tiene competencias en una serie de ámbitos que guardan relación con estos servicios (mercado interior, competencia y ayudas, libre circulación, política social, transporte, medio ambiente, salud, consumo, cohesión económica, social y territorial, redes transeuropeas, industria, desarrollo, investigación). De esta forma, pertenece a la Unión velar para que todos los ciudadanos europeos tengan acceso a servicios de interés general de calidad.

Reiterada jurisprudencia europea, referida al art. 106.2 del TFUE, menciona, al respecto, que esta disposición «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas»⁽²⁰⁾. De todo lo anterior se desprende que, los Estados miembros no tienen plena libertad para establecer esos servicios. Siempre tendrán que actuar de conformidad con lo ex-

⁽¹⁶⁾ Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000, Conclusiones de la Presidencia, apartado 5.

⁽¹⁷⁾ Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl, en el asunto del Tribunal de justicia, 17 de mayo de 2001, C-340/99, *TNT Traco*, Rec. 2001, p. I-2568, apartado 68.

⁽¹⁸⁾ Un ejemplo en la Carta de derecho subjetivo de acceso a un servicio de interés general lo constituye el art. 29 (Derecho de acceso a los servicios de colocación).

⁽¹⁹⁾ Así lo dice también claramente el *Præsidium* de la Convención, cuando menciona que esta disposición «no crea nuevos derechos, sienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho de la Unión».

⁽²⁰⁾ Tribunal de justicia, 19 de marzo de 1991, *Francia v. Comisión*, C-202/88, en Rec. 1991, p. I-1223, apartado 12; *Id.*, 23 de octubre de 1997, *Comisión v. Francia*, C-159/94, en Rec. 1997, p. I-5815, apartado 49.

puesto en los Tratados, con la posible excepción prevista en el art. 106.2 del TFUE. Así, este artículo puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general de derechos especiales o exclusivos contrarios, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Unión⁽²¹⁾.

Será, por tanto, necesario examinar, en cada caso, en qué medida es necesario una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables. Y para efectuar dicho examen, determina el Tribunal europeo que procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio econó-

mico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables⁽²²⁾.

No obstante, al tratarse de una disposición que permite, en determinadas circunstancias, establecer una excepción a las normas del Tratado, el art.106.2 del TFUE debe interpretarse en sentido estricto⁽²³⁾.

En definitiva, el Tratado proporciona a la Unión un amplio abanico de medios para garantizar a los usuarios el acceso a servicios de interés general de calidad y asequibles en la Unión Europea. Sin embargo, parece restrictivo excluir de su ámbito de aplicación los servicios no económicos. Esperemos, sin embargo, que los próximos desarrollos en la materia acercarán este tipo de servicio, tan particular, a la normativa europea.

*Carlos Francisco Molina del Pozo
Ronan Ciréfica*

⁽²²⁾ Tribunal de justicia, sentencia en el asunto *Corbeau*, precitada, apartados 16-19. En este caso particular, señalo el Tribunal que «la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales».

⁽²³⁾ Tribunal de justicia, sentencia *TNT Trato*, precitada. Así, en el caso particular, dice el Tribunal (apartados 57-58) que «este artículo no permite que los ingresos totales procedentes del pago de una tasa postal, como la controvertida en el asunto principal, por todos los operadores económicos que prestan un servicio de correo rápido no comprendido en el servicio postal universal sean superiores al importe necesario para compensar las eventuales pérdidas que por la gestión del servicio postal universal sufra la empresa encargada de prestarlo. En este contexto, es preciso que la propia empresa encargada del servicio postal universal, cuando preste un servicio de correo rápido no comprendido en dicho servicio, deba pagar también la tasa postal. Asimismo, es necesario que no impute todos o parte de los costes derivados de sus servicios de correo rápido a sus actividades incluidas en el servicio universal, so pena de aumentar indebidamente las cargas del servicio universal y, por tanto, las eventuales pérdidas de éste».

⁽²¹⁾ Tribunal de justicia, 23 de mayo de 2000, *Syd-havnens Sten & Grus*, C-209/98, en *Rec.* 2000, p. I-3743, apartado 74.

Derecho de la informática

Bibliografía: ESPINOZA CÉSPEDES, *Contratación electrónica, medidas de seguridad y derecho informático*, 2000, p. 70; NUÑEZ PONCE, *Derecho informático: nueva disciplina jurídica para una sociedad moderna*, 1999, Lima; SUÑE LLINÁS, SANTAMARÍA, *Comentario al Artículo 43: Responsables y encargados del tratamiento*, en Vv.Aa., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, 2010, Madrid; SUÑE LLINÁS, *El agotamiento del sistema español de protección de datos personales: posibles alternativas*, en SUÑE LLINÁS, YUSTE (coord.), *Derecho informático, electrónico y de las comunicaciones. Actas de la IIª Convención Internacional de Derecho Informático, Convención del Principado de Asturias*, Madrid, 2009, p. CIID; SUÑE LLINÁS, *La protección de datos personales y el registro de ficheros*, en Vv.Aa., *Estudios sobre comunidades autónomas y protección de datos personales. II encuentro entre agencias autonómicas de protección de datos personales*, Madrid, 2006, pp. 247-251; SUÑE LLINÁS, *Marco jurídico del tratamiento de datos personales en la Unión Europea y en España*, en Vv.Aa., *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pp. 245-274; SANTAMARÍA RAMOS, *El encargado independiente: figura clave para un nuevo derecho de protección de datos*, 2011, Madrid.

1. Derecho informático y derecho de la informática. Aunque la mayor parte de los autores empleen como sinónimas las expresiones *derecho informático* y *derecho de la informática*, para mí no lo son. Sin perjuicio de dar más adelante mi definición de Derecho Informático, por el momento me limitaré a definir, exclusivamente, el Derecho de la Informática, lo que efectuaré de la misma forma que ya lo hice en un artículo editado en 1986, que lleva por título *Introducción a la informática jurídica y al derecho de la informática*, publicado en el marco del monográfico n. 12 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que me correspondió coordinar. Entonces dije, y ahora lo reitero, que *derecho de la informática* es el conjunto de normas reguladoras de objetos

teleinformáticos o de problemas directamente relacionados con la teleinformática.

En contraste con el derecho de la informática, desde mi punto de vista, el derecho informático, al que la mayoría de los autores asimilan sin más con el derecho de la informática, es la disciplina que engloba a la informática jurídica y al propio derecho de la informática.

El derecho de la informática, de acuerdo con la definición que se acaba de dar, tiene dos vertientes principales. La primera consiste en la regulación jurídica de una materia directamente informática, o teleinformática, pues es de sobra conocido que la expresión *teleinformática* o *telemática*, alude a la unión cada día más indisoluble entre informática y telecomunicaciones, como puede ser el caso de la protección jurídica de los programas de ordenador - software -, o un contrato de mantenimiento de un sistema informático, entre otros muchos supuestos. Su segunda vertiente se refiere a que, en otras ocasiones, cabe también que el derecho regule determinadas materias sociales que, aun no siendo propiamente informáticas, están decisivamente condicionadas por la presencia de tecnologías de este tipo. El supuesto paradigmático es el del derecho a la intimidad que, debido a la facilidad y a la intensidad de las vulneraciones del mismo que pueden producirse por medio de la tecnología informática, adquiere una nueva dimensión, que se refleja en la existencia de una legislación protectora de los datos personales, frente a todo tipo de tratamientos y especialmente cuando se trata de tratamientos automatizados.

Esta última vertiente es especialmente importante en la *Era Internet*, en la que se ha desarrollado un nuevo espacio de convivencia social, el Ciberespacio, que es un metaespacio o metaterritorio, hacia el que cada día se desplazan más y más relaciones sociales, desde amistad a negocios, pasando por tele-

formación, teletrabajo, E-Government, etc. De ahí que el derecho de la informática sea, cada día más, derecho del Ciberespacio. No en vano, en el Ciberespacio está hoy el núcleo de la sociedad de la información y el conocimiento.

Por lo que se refiere al nombre de la especialidad jurídica relevante o rama del Derecho *stricto sensu* - que en ningún caso pretende incluir las vertientes tecnológicas de la informática jurídica -, he escogido la expresión derecho de la informática, frente a la alternativa derecho informático, que da título a importantes obras de autores de habla hispana, como Miguel Angel Davara o Julio Núñez Ponce, puesto que esta última expresión, en puridad, va mucho más allá del derecho regulador del fenómeno informático o derecho de la informática. Derecho informático significa derecho informatizado, en el que aparte del derecho de la Informática se engloba una realidad completamente distinta, cual es la informática jurídica. De hecho no estoy solo en esta apreciación, ni siquiera en el ámbito de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, puesto que notables autores, como Julio Téllez, engloban en la práctica, en la expresión «Derecho informático», tanto a la «Informática jurídica», como al «Derecho de la informática». Otra razón de peso para reservar la expresión «Derecho de la informática», en cuanto estricta regulación jurídica del fenómeno informático y sus más importantes implicaciones sociales, es que de este modo se denomina la disciplina jurídica aquí definida en los países de nuestro entorno; así por ejemplo en Francia, donde se emplea la expresión *Droit de l'informatique*, que da título a la magna obra de Michel Vivant et al., o en Italia, donde se la designa como *Diritto dell'informativa*. Esto me lleva a desechar las expresiones «Derecho de la Teleinformática» o «Derecho de la Telemática», para referirme a la rama del Derecho *stricto sensu*, a pesar de que son todavía más exactas que «Derecho de la informática», sencillamente porque no se alude así a esta disciplina jurídica casi en ningún país.

2. Rudimentos de informática jurídica.

Sin perjuicio de que a la Informática Jurídica dedico, en esta misma obra, una voz específica, puesto que en el curso de las anteriores disquisiciones terminológicas, se ha empleado la noción Informática Jurídica, en contraposición con «Derecho de la informática» y que ha sido englobada, a su vez, en el «Derecho informático», resulta inexcusable dar asimismo una sucinta definición de «Informática jurídica», que también procede de mi artículo, previamente citado, *Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho de la Informática* y del que he redactado la correspondiente "voz" en esta misma obra. Entiendo por «Informática jurídica» la *aplicación de los ordenadores electrónicos orientada a la resolución de problemas jurídicos o, cuando menos, de problemas específicos de los profesionales del Derecho*.

La informática jurídica es, pues, el problema inverso del derecho de la informática, puesto que en la informática jurídica es la tecnología la que se ocupa de un problema jurídico o, con carácter más general, de cuestiones específicas de los profesionales del derecho; mientras que, como se ha dicho, en el derecho de la informática es el derecho, el que se ocupa de problemas informáticos, o de realidades sociales directamente relacionadas con la informática.

No se trata aquí de efectuar extensas referencias a la informática jurídica; pero a modo meramente introductorio, baste indicar que las principales cuestiones que se engloban en la misma, sin carácter limitativo, son la informática documental jurídica - bases de datos jurídicas -, la ofimática aplicada a la gestión de oficinas jurídicas - sistemas informáticos para abogados, procuradores, tribunales de justicia, etc. - y los sistemas expertos jurídicos - sistemas de inteligencia artificial aplicados al derecho.

«Derecho de la informática» e «Informática jurídica», son dos disciplinas que, pese a tratar de problemas distintos y aun inversos, han ido tradicionalmente de la mano, por razones diversas, siendo a mi juicio la principal de todas ellas, que una adecuada

comprensión del derecho de la informática, requiere que el jurista tenga una razonable formación informática, lo cual, en nuestro contexto y debido a nuestras específicas preocupaciones, suele conllevar el estudio de la informática jurídica y la utilización de los correspondientes sistemas. por decirlo con otras palabras, la informática *natural* para el jurista, es la informática jurídica. En todo caso es ya tradicional que ambas cuestiones se aborden por los mismos especialistas y sean tratadas conjuntamente en los currícula universitarios, en congresos internacionales y en otras iniciativas relevantes, como el *Master en Informática y Derecho*, que he tenido la satisfacción de crear y dirigir, durante 10 promociones, en cuanto Presidente del Instituto Español de Informática y Derecho (IEID), a raíz de los Convenios suscritos entre la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el propio IEID y otras importantes organizaciones e instituciones públicas y privadas. Dicho Máster dejó de impartirse en España, por las complejidades burocráticas inherentes al conocido como Proceso Bolonia, pero ha tenido continuidad en la *Especialización en Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías*, que co-dirijo con la profesora Teresa Vargas Osorno, en la Universidad Externado de Colombia, una de las más prestigiosas universidades de Iberoamérica.

3. El derecho informático aglutina la informática jurídica y el derecho de la informática. De regreso al hilo conductor del discurso, el tratamiento conjunto de realidades a fin de cuentas dispares, como son la informática jurídica y el derecho de la informática implica la necesidad de nominar la cuestión global, cosa que se ha hecho básicamente con cuatro expresiones, «Informática y derecho», «Derecho e informática», «Derecho informático y jurismática» - acuñada, esta última, por el juez argentino Luis M. Gaibrois, todo ello por no hablar de denominaciones surgidas al socaire de las modas imperantes, cuando no del estricto marketing, como *Derecho de*

las Nuevas Tecnologías - que es más amplio, al incluir el derecho de la Biotecnología -, Derecho en Internet, o incluso Derecho de las TIC y E-Derecho.

Si nos ceñimos a las cuatro expresiones más clásicas, resulta que las dos primeras - *Informática y derecho* y *Derecho e informática* - son más yuxtaposiciones de nombres que nombres propiamente dichos; la tercera, *Derecho informático*, sería probablemente la que hubiera prosperado, si en nuestro ámbito hispánico no se la hubiera identificado tan a menudo con el derecho de la informática; mientras que la última de ellas, *Jurismática*, es perfectamente adecuada para englobar ambas realidades, pero tiene el inconveniente de que es poco conocida y apenas se usa, si bien Yarina Amoroso incorporó la materia, con este nombre, en el programa del Grado en Derecho de la Universidad de la Habana.

Aún cuando yo mismo he empleado la denominación *Informática y derecho*, para nominar al Máster que me dio tantas satisfacciones, considero que con el actual desarrollo de la sociedad de la información, es tiempo de superar la yuxtaposición de nombres y asentar la denominación *Derecho informático*, como disciplina que engloba la informática jurídica y el derecho de la informática.

4. El Derecho de la Informática como especialidad jurídica relevante. El derecho de la informática ha sido el núcleo del derecho de la sociedad de la información y, sin duda, la más innovadora de las especialidades jurídicas relevantes, o ramas del derecho, porque cómo no va a ser una rama o especialidad jurídica relevante, la que acaso es ya hoy la más importante de todas, aquella que estudia la dinámica metaespacial del derecho y que, cada día más, se focaliza en el derecho del Ciberespacio. Obviamente, cada vez que se propone la introducción de una nueva *rama* en el proceloso - y no siempre bien podado - árbol del derecho, hay que justificar por qué, y reconozco que al recién llegado es a quien corresponde llamar a la puerta de la troncalidad jurídica, por

mucho que se trate de una rama sana, frente a otras que no se expurgan por el sencillo hecho de que están. Vamos, pues, no sólo a ser, sino también a estar.

Un inciso, no obstante, antes de justificar la autonomía del derecho de la informática - y de su núcleo actual, el derecho del Ciberespacio -, porque quiero aclarar que, en el fondo, lo que menos me importa es que el lector considere que estamos ante una rama del derecho o no y lo que más me motiva es hacerle reflexionar sobre la importancia de esta especialidad jurídica focalizada en el ciberespacio, independientemente de que concluya o no que se trate de una rama del derecho. Que es una especialidad jurídica relevante - expresión que prefiero, con mucho, a la de rama del derecho - es algo que no admite ningún género de duda racional, ni razonable.

Casi siempre que he visto justificar la autonomía de determinada especialidad jurídica, he llegado a la conclusión de que toda pretendida autonomía ha de basarse en criterios forzosamente relativos: autonomía doctrinal, didáctica, legislativa, etc. Todos estos criterios se cumplen en el caso del derecho de la Informática y lo que es más importante, su autonomía viene avalada por otras razones de peso, siendo la primera de ellas la complejidad de la materia regulada, que impone un notable grado de especialización, independientemente de que se *quiera* o no atribuir al derecho de la informática la sustantividad que sin duda merece. Otro tanto sucede con el derecho de la *Bioteología* o *Biojurídica*, a no confundir con la *Bioética*, que forma parte de la *Ética* y por ende de la *Filosofía*, en cuanto núcleo que es de la denominada *Filosofía práctica*; pero no directamente del derecho.

5. La tecnología, especialmente informática, primer motor del cambio social.

Como se deja claro en el epígrafe, la tecnología en general, y la informática en particular, son los más importantes motores de cambio social, en la actualidad. Como aseveraba, el que suscribe, en una entrevista que publicó el 21 de junio de 1998 el diario *La Patria*

de Manizales (Colombia), los sociólogos se refieren a tres factores del cambio social: de carácter biológico-natural, de índole social - en el sentido estricto de la palabra - y de carácter tecnológico. Tradicionalmente, los grandes cambios sociales habían sido promovidos por los dos primeros factores. En épocas remotas pesaban mucho las circunstancias biológico-ambientales, porque con su escasa capacidad de dominar la tecnología, el ser humano estaba a merced de los designios de la naturaleza. Posteriormente se entró en una época donde el cambio social procedía a menudo de factores voluntarios de carácter psico-social y político, de lo cual tenemos perfecta constancia en la época en que se asentaron los grandes movimientos religiosos de la actualidad, o en la época de las grandes revoluciones políticas, como la Revolución francesa, o la Revolución soviética.

Sin embargo, hoy en día, el factor más importante de cambio social es el tecnológico. Obvio es decir que gracias a la informática se ha hecho posible una sociedad global de las telecomunicaciones, que es, en definitiva, la que ha convertido al mundo en una *Telecivitas*, pendiente de estructurar políticamente, cuestión que he abordado en mis escritos sobre una Constitución y una Declaración de Derechos del Ciberespacio. La especialidad jurídica que se ocupa de dar respuesta a los grandes cambios globales propiciados por la telemática es, precisamente, el Derecho de la Informática. Ahí está el derecho a la autodeterminación informativa, la firma digital, la crisis de la territorialidad de las normas, sobre todo penales, incapaces de dar respuesta a los nuevos fenómenos globales, como la pornografía infantil, etc. Si al derecho de la Informática, nucleado por el derecho del Ciberespacio, que se ocupa con visión de conjunto, de todas estas trascendentes cuestiones, no se lo considera una rama del derecho, habría que colegir que la propia noción de rama del derecho carece de cualquier sentido utilitario. Y el derecho no se puede permitir el lujo de dejar de ser lo que es: una ciencia práctica.

6. El derecho de la informática como derecho global.

El derecho de la Informática, por seguir indagando en cuestiones que avallan su autonomía, tiene mucho de derecho global, al girar hoy en torno del derecho del Ciberespacio, con un peculiar tipo de comunidades humanas que están en su base. La regulación jurídica de Internet, por ejemplo, plantea problemas globales, que requieren de soluciones globales. Las grandes multinacionales del sector teleinformático, que lo dominan casi por completo, no pueden - ni quieren - adaptarse a regulaciones estatales injustificadamente diversas y dispersas, cuando el mercado no es nacional, sino global. Una buena legislación estatal en materia, por ejemplo, de protección de datos personales, puede verse seriamente limitada en su eficacia, si en otros Estados no existen medidas legislativas sobre la cuestión, o son muy tenues, puesto que la información no conoce fronteras. Etcétera, etcétera, etcétera. En resumidas cuentas, los problemas que se plantean en el derecho de la Informática, no tienen peculiaridades relevantes desde el punto de vista de los países concretos. Nacen vinculados a fenómenos globales y todavía más allá, metaespaciales y las respuestas jurídicas han de ser, en la medida de lo posible, igualmente globales.

Por el momento estamos en un mundo donde la política está esencialmente territorializada en Estados y Federaciones de Estados. Dentro de ellos, la Unión Europea tiene una participación muy activa en el desarrollo de un *Derecho de la informática transnacional*, aunque limitado a su propio ámbito regional, y algunas organizaciones internacionales universales, desempeñan un cierto papel, aunque en general con criterios poco innovadores - cuando no abierta e interesadamente reaccionarios -, en el desarrollo de un *Derecho de la informática global*, en determinados ámbitos sectoriales; pero la ONU en cuanto tal, más allá de organismos especializados vinculados a la misma, está, con carácter general, muy inactiva en esta materia, cuando, como antes se decía, sería importante que participara en la promoción una organización para el

desarrollo del *Derecho informático*, bien a través de su creación directa, bien mediante el respaldo de Naciones Unidas a organizaciones no gubernamentales, como el Centro Internacional de Informática y Derecho (CIID), que desarrollan, a partir de recursos muy limitados, una importante labor en esta materia.

La creación de organismos especializados en derecho informático o del Ciberespacio y el reconocimiento de la propia sustantividad del mismo, tanto en el plano internacional, como en el interno de cada Estado, debiera ser una cuestión de política legislativa, pues es la manera de dotar del máximo rigor científico y técnico al derecho de la informática, antes de que una jungla de disposiciones diversas y dispersas, compliquen artificial e innecesariamente su estructura normativa; lo que es especialmente importante en un derecho sujeto a una innovación constante, para el que la flexibilidad regulativa es esencial, al menos si se desea impedir que la mutación tecnológica genere una variabilidad legislativa, incompatible con los mínimos de estabilidad que han de ser propios de la norma jurídica.

7. El derecho de la informática y los moldes tradicionales del derecho.

En relación con lo anterior, decía Vicente López-Ibor, en afortunada expresión, que el derecho de la informática es *poco acomodaticio a los moldes tradicionales del Derecho*, y tenía razón. Cuando comenzaba mi actividad en el ámbito del «Derecho de la informática» y la «Informática jurídica»; es decir, del «Derecho informático», allá por el año 1983, permanecía impasible, aun no estando de acuerdo, ante las rotundas afirmaciones de algunos colegas de la Universidad, en el sentido de que el derecho de la informática no alteraba los cánones jurídicos tradicionales. Hoy ya se puede decir la verdad, porque hace años que no admite discusión racional, a poco que se conozca la realidad actual del derecho. Aun cuando la columna vertebral del derecho permanezca inalterada, como no podía por menos que ser, las vértebras son de silicio, los discos magnéticos y los nervios de fibra

óptica. Valga esta metáfora para indicar que, como luego se expondrá con mayor detalle, el derecho de autor *chirría*, cuando de regular el software se trata y en cuanto a los contenidos, se produce la *demonización* de una supuesta *piratería*, por quienes muchas veces ejercen como *corsarios del ciberespacio*; aparecen problemas completamente nuevos para el derecho, como los *dominios* de Internet; se llenan de contenido especialidades jurídicas antes virtualmente *esotéricas*, como el *Derecho internacional privado del trabajo*, debido a la expansión del *teletrabajo*, cuyo ámbito es, por definición, ciberespacial; entra en crisis el principio de territorialidad del derecho ante fenómenos globales, tanto en el comercio electrónico, como en delitos del tipo pornografía infantil o producción y distribución de *virus* informáticos, cuyo ámbito natural es - de nuevo - el ciberespacio. Otra vez, etc.

La realidad del derecho de la Informática como rama o especialidad jurídica relevante, se impone por evidencia. Sucede, no obstante, que de la misma manera que existe *Derecho sustantivo* y *Derecho adjetivo* - procedimental -, hay especialidades jurídicas que podríamos denominar *verticales* porque, para su configuración, no necesitan, salvo excepcionalmente, de otras especialidades jurídicas relevantes, así por ejemplo el derecho civil, o el penal; y otras que llamaríamos, por contraste, *horizontales*, que interseccionan con otras varias especialidades jurídicas relevantes, sin perjuicio alguno para su propia sustantividad. Un buen ejemplo, sería el derecho administrativo, cuya parte patrimonial se construye por exorbitancias con respecto al derecho privado; en el que la vertiente sancionadora adopta los principios generales del derecho penal; donde

el régimen de los funcionarios públicos, en sentido amplio, no puede construirse completamente al margen del derecho del trabajo, etc. En el derecho de la informática lo único que sucede es que esta *horizontalidad* se da en un grado mucho más acentuado. Así por ejemplo, existe un derecho privado de la informática, o un derecho penal de la Informática. Esta situación conlleva que, si bien es de todo punto imprescindible que existan especialistas en derecho de la informática, ello no implica que estos deban prescindir, sino antes bien fomentar, la colaboración con los especialistas de las ramas que hemos denominado *verticales* del derecho y, por supuesto, también viceversa.

Los especialistas auténticos en derecho de la Informática tienen la perspectiva y la formación tecnológica; pero no pueden ser omniscientes, ni siquiera en el exclusivo ámbito del derecho, que hoy en día está muy especializado en sus ramas tradicionales. De ahí que, a salvo la sustantividad del derecho del Ciberespacio, es bueno que los civilistas no dejen de prestar atención a la protección jurídica del software o los contenidos digitales, los mercantilistas a las repercusiones jurídicas del comercio telemático, por ejemplo, los constitucionalistas a la protección de datos personales, los laboristas al teletrabajo, o los penalistas al delito informático; pero siempre teniendo en cuenta que se entra en materias que requieren de un conocimiento técnico sólido, una visión de conjunto y una perspectiva innovadora, que sólo puede derivar de la especial cualificación de los auténticos especialistas en derecho de la informática y su núcleo actual, el derecho del Ciberespacio.

Emilio Suñé Llinás

Derecho de petición al Parlamento Europeo

Bibliografía: ABELLÁN HONRUBIA, (dir.), VILA COSTA, (dir.), OLESTI RAYO (coord.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Barcelona, 2011; CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Derecho de la Unión Europea. Nociones básicas*, Madrid, 2012; GUTIERREZ ESPADA et al., *La Unión Europea y su derecho*, Madrid, 2012; KACZOROWSKA, en *European Union Law*, Nueva York, 2011.

Desde que entró en vigor el Tratado de Maastricht (1993), todo ciudadano europeo, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene la posibilidad de ejercer el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

El fundamento jurídico de este derecho se encuentra, en primer lugar, en el art. 227⁽¹⁾ TFUE (Tratado de funcionamiento de la UE), desarrollado por los arts. 201 a 203 del Reglamento interno del PE⁽²⁾. Posteriormente, se incluyó este mismo derecho en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en su art. 44, con una redacción prácticamente idéntica⁽³⁾ al precepto del TFUE.

El derecho de petición puede suponer o bien una queja, o bien una solicitud, o bien una observación o llamamiento al Parlamento Europeo para que actúe en algún ámbito determinado.

Las peticiones dirigidas al Parlamento

Europeo han de versar sobre materias que sean competencia de la Unión Europea o que sean de interés para ella, pero además, que afecten de manera directa al presunto afectado. Es decir, estas peticiones deberán contener quejas o solicitudes relativas a: **1)** Empleo; **2)** Política social; **3)** Política de protección a los consumidores; **4)** Medio ambiente; **5)** Libertad de circulación de personas, trabajadores, mercancías, capitales y servicios; **6)** Cuestiones relativas a cómo ejercer sus derechos de ciudadanía europea; **7)** Reconocimiento de cualificaciones profesionales; **8)** Problemas relacionados con la aplicación de la legislación europea; **9)** Otros (todo lo que sea competencia de la Unión)⁽⁴⁾.

La lengua en que se formula la petición ha de ser una de las veintitrés oficiales de la Unión Europea. Puede interponerse una petición en otra lengua no oficial, siempre y cuando el peticionario adjunte una traducción en alguna lengua oficial. En la petición, se debe indicar el nombre, la nacionalidad y el domicilio del peticionario. Puede ocurrir, que una vez presentada una petición, el peticionario o los peticionarios retiren su apoyo a la petición. En tal caso, la petición es considerada nula y no tendrá efecto alguno. Puede suceder también, que una petición esté firmada por varias personas físicas o jurídicas. En ese supuesto, los firmantes elegirán un representante que será considerado como peticionario a esos efectos.

Una vez es enviada una petición, si ésta reúne los requisitos anteriormente mencionados (nombre, nacionalidad y domicilio), se inscribe en un Registro de entrada adecuado a tal objetivo. Posteriormente, el Presidente remitirá a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, que deberá decidir si la petición en cuestión es admitida a trámite o no. La Comisión de Peticiones, para chequear si una petición ha de ser admitida a

⁽¹⁾ Art. 227 TFUE: «Cualquier ciudadano de la UE, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente».

⁽²⁾ Vid. DOUE L 293 de 7 de diciembre de 1995.

⁽³⁾ Art. 44 Carta Europea de Derechos Fundamentales: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo».

⁽⁴⁾ Vid. arts. 3 y 4 del TFUE.

trámite, en primer lugar, comprobará si el tema expuesto en la petición entra dentro de los ámbitos dónde la UE desarrolla su actividad. Si esto no es así, la petición se declara improcedente, y es ahí dónde acaba su recorrido procedimental. Cuando la petición es declarada improcedente, se archiva y se comunica a los peticionarios el motivo de su improcedencia. Normalmente ocurre, que en esta notificación por improcedencia, se sugiere al peticionario o peticionarios que acudan a algún órgano jurisdiccional nacional o internacional.

En ocasiones, la Comisión de Peticiones no se pone de acuerdo a la hora de admitir a trámite o no una petición. En tal situación, la petición será admitida a trámite, si así lo solicita una cuarta parte de los miembros de la Comisión de Peticiones.

Las peticiones, cuando son inscritas en el Registro de entrada al que hacíamos referencia anteriormente, se convierten de manera automática en «documentos públicos»⁽⁵⁾, de tal modo que el Parlamento Europeo puede publicar los nombres de los peticionarios y el contenido de las peticiones, al servicio de la transparencia. No obstante, los propios peticionarios le pueden solicitar al Parlamento Europeo en su petición que no desean que sus nombres y el contenido de su petición sean publicados, prefiriendo mantenerse en el anonimato, y de este modo proteger su intimidad. En tal caso, el Parlamento Europeo ha de respetar tal voluntad.

La Comisión de Peticiones puede someter la petición al Defensor del Pueblo si así lo estima conveniente. Por lo tanto, puede ocurrir, que presentando una petición al Parlamento Europeo, ésta acabe en manos del Defensor del Pueblo.

Una vez es inscrita una petición, se procede a examinarla. Las peticiones pueden examinarse mediante dos procedimientos: el debate en una reunión, o bien mediante procedimiento escrito. En caso de debate, la Comisión de Peticiones puede invitar a los peticionarios al debate para intervenir en él, a discreción de

la presidencia. Del mismo modo, los propios peticionarios pueden solicitar estar presentes en el debate. Durante el período de examen de la petición, la Comisión de Peticiones puede enviar emisarios al Estado miembro dónde hayan acaecido los hechos a los que se refiere la petición, para esclarecer los hechos o buscar una solución.

Cuando la Comisión de Peticiones examina la petición y la admite a trámite, puede decidir, entre realizar un informe de propia iniciativa⁽⁶⁾, o presentar una breve propuesta de resolución al Pleno.

El Reglamento interno del Parlamento Europeo, establece un registro electrónico, en el que cualquier ciudadano puede apoyar la petición admitida a trámite, mediante su firma electrónica.

La Comisión de Peticiones puede pedirle a la Comisión Europea que la ayude en su tarea de estudiar y resolver la petición en cuestión. De esta manera, le puede pedir que le entregue toda la información que le pueda ser de utilidad para cada caso concreto. La Comisión de Peticiones presenta sus trabajos cada seis meses al Parlamento, para seguir la evolución de los mismos.

Finalmente, una vez finalizado el examen de una petición admitida a trámite, se informará de ello a los peticionarios, explicándoles la decisión adoptada y los motivos en los que se sostiene.

Dependiendo de la naturaleza de la petición, la solución puede ser diferente en cada caso. Así, se podrían establecer tres escenarios: **1)** La petición puede dirigirse a un caso con-

⁽⁶⁾ Este informe de propia iniciativa será de conformidad con el apartado 1 del art. 48 del Reglamento interno: «Si una comisión a la que no se le hubiere remitido una consulta o una solicitud de dictamen con arreglo al apartado 1 del artículo 188 se propusiere elaborar un informe sobre un asunto de su competencia y presentar al Pleno una propuesta de resolución al respecto, recabará previamente la autorización de la Conferencia de Presidentes. La denegación de la autorización deberá estar motivada. Si el informe se refiere a una propuesta presentada por un diputado de conformidad con el apartado 2 del artículo 42, la autorización solo se podrá denegar en caso de que no se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 5 del Estatuto de los Diputados y en el artículo 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.».

⁽⁵⁾ Vid. art. 201 del Reglamento interno del Parlamento Europeo.

creto, que requiere tratamiento individual y focalizado. En este sentido, la Comisión Europea es la que inicia la toma de contacto con las autoridades nacionales del Estado o los Estados responsables para poner fin al problema ⁽⁷⁾. **2)** La petición se refiere a un caso de interés general, y que podría afectar en el futuro a todos o gran parte de los ciudadanos europeos. Por ejemplo, una petición cuyo contenido verse sobre el incumplimiento del Derecho europeo por parte de algún Estado miembro. En estos casos, la Comisión Europea tomará las acciones pertinentes para conducir al Estado en cuestión al Tribunal Europeo de Luxemburgo, si hiciera falta llegar a tales extremos ⁽⁸⁾. **3)** Puede ocurrir que, a la vista de una determinada petición, la Comisión Europea opte por ejercer el derecho de iniciativa legislativa, que le han otorgado los Tratados, para actuar en ese ámbito, y solventar así el problema.

Anualmente, se elabora un informe sobre las actividades de la Comisión de Peticiones. Actualmente, se ha presentado el Proyecto de informe sobre el informe anual de 2012 ⁽⁹⁾, cuyo ponente es D. Edward McMillan-Scott. En ese año, se registraron un total de 1984 peticiones, referidas principalmente a tres temas: Medio ambiente, derechos fundamentales y mercado interior.

En lo que a derechos fundamentales se refiere, la Comisión de Peticiones considera que, a la vista de las peticiones presentadas, los ciudadanos siguen demostrando una importante discriminación hacia otros ciudadanos por motivos religiosos, étnicos, edad, orientación sexual, o por motivos de discapacidad. En este sentido, la Comisión de Peticiones señala que «los derechos fundamentales siguen siendo un tema clave en las peticiones presentadas, con un aumento

considerable de las cuestiones relativas a los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de los niños, los derechos de propiedad, el derecho de libre circulación sin discriminación por motivo alguno, la protección de la libertad de expresión y la privacidad, la libertad de asociación y el derecho al acceso a documentos e información». Por ello, pide a los Estados miembros que respeten esos derechos, y por otra parte, solicita a la Comisión Europea que actúe para obligar a aquellos Estados que no cumplen a «reducir el desfase» entre sus Leyes nacionales y los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales.

En este mismo orden de cosas, en el Proyecto de informe, la Comisión de Peticiones se muestra sorprendida por la cantidad de situaciones discriminatorias que se han dado durante ese año, en los campos anteriormente expuestos. Hace hincapié en el proceso de integración de la población romaní, apelando a la Comisión Europea a que fomente la cooperación intergubernamental en esta cuestión, y a que proporcione financiación adecuada para la aplicación de estrategias para la integración de la población romaní.

Además, la Comisión de Peticiones ha ayudado, mediante una opinión, a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. En esta opinión, aparte de poner de manifiesto el malestar por las discriminaciones que sufrían muchos ciudadanos, se denuncia las restricciones que sufren muchos medios de comunicación a la libertad de información, lo cual afecta al pluralismo necesario y exigible en toda sociedad democrática.

Uno de los momentos a destacar del 2012, fue el debate sobre el Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA). En el mes de febrero, se recibió una petición acompañada de más de dos millones y medio de firmas. Estos peticionarios manifestaban su oposición tajante al Acuerdo ACTA al entender que dicho acuerdo podría vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos en lo que se refiere a los derechos de libertad de expresión y de intimidad. Pues

⁽⁷⁾ Vid. La petición «European City Guide»: una resolución sobre las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios, (en línea) <http://www.europarl.europa.eu/>.

⁽⁸⁾ Vid. Ley reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Valenciana, España, y violación de determinados derechos (en línea) <http://www.europarl.europa.eu/>.

⁽⁹⁾ Vid. (en línea): <http://www.europarl.europa.eu/>.

bien, durante el mes de Junio, se celebró una reunión de la Comisión de Peticiones, en la cual se puso de manifiesto una clara mayoría a favor de rechazar el Acuerdo ACTA. Asimismo, acordaron transmitir esta postura a las distintas comisiones legislativas competentes del Parlamento Europeo ⁽¹⁰⁾. Finalmente, en el mes de Julio, el Pleno del Parlamento Europeo voto a favor del rechazo al Acuerdo ACTA, con 478 votos en contra y solo 39 a favor (146 abstenciones).

Otra petición interesante, registrada durante el año 2012, fue la petición de una mujer española, que interpuso la petición alegando que los tribunales y Admón. Pública españoles, le denegaban el acceso a unos documentos en los que figuraban datos sobre su padre, detenido y ejecutado durante la Guerra Civil española. La Comisión de Peticiones, decidió ponerse en contacto con las autoridades españolas, para instarles a facilitar las demandas de la peticionaria. Asimismo, se aseguró que España firmaría y ratificaría el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

Por otra parte, a principios de 2012, la Comisión de Peticiones creó un grupo de trabajo, formado por miembros de las distintas fuerzas políticas, al que se le encomendó la misión de debatir sobre el respeto de los derechos de propiedad en España, concretamente, sobre la Ley de costas española.

Durante el año 2012, setenta y cuatro han sido las peticiones relativas a esta materia, las cuales han propiciado seis reuniones de la Comisión de Peticiones entre marzo y noviembre. Una de las grandes cuestiones sobre la que versaban estas reuniones, era la inseguridad jurídica que se creaba para los propietarios a raíz de la Ley de costas. Pues bien, durante el mes de abril, este grupo de trabajo mantuvo unas conversaciones con representantes del Ministerio de Agricultura y Medio ambiente del Reino de España. A raíz de estas conversaciones, el Gobierno español modificó dicha Ley el pasado mes de octubre.

En lo que a medio ambiente comporta, la Comisión de Peticiones ha hecho pública su reflexión de que sobre las autoridades nacionales, regionales y locales, debe recaer la responsabilidad de garantizar que la biodiversidad y los ecosistemas sean preservados. Igualmente, entiende que no se puede separar la protección del medio ambiente con la protección de la salud pública. En el año 2012, un número importante de peticiones versaban sobre el medio ambiente.

El cinco de diciembre, la presidenta de la Comisión de Peticiones, Erminia Mazzoni, intervino en la Conferencia del Comité de las Regiones en la que se debatió el séptimo Programa de acción medioambiental y las modalidades de mejora de la ejecución de la legislación medioambiental de la UE. Durante esta intervención, la presidenta quiso poner de relieve el derecho de los ciudadanos a ser consultados sobre proyectos que podrían incidir en el medio ambiente, y por lo tanto, en la salud pública. Este derecho se apoya en la Directiva relativa a la evaluación del impacto medioambiental.

Asimismo, la presidenta insistió en llevar a cabo un seguimiento sobre los planes de gestión de los residuos en Europa, dado el elevado número de peticiones que informaban sobre el no cumplimiento de las Directivas reguladoras de este ámbito.

Durante el 2012, los miembros de la Comisión de Peticiones, han declarado que existe un vínculo entre una mejor gobernanza medioambiental y unos mecanismos de recurso más eficientes, y por otra parte, la transparencia y el acceso a la información. En opinión de la Comisión de Peticiones sobre cómo sacar mejor resultado de la política medioambiental de la UE, se piensa que unas normas garantes de información y transparencia son piezas claves para asegurarse de que la política medioambiental de la UE cuenta con el beneplácito de los ciudadanos. En otro orden de ideas, un gran número de peticiones, versan sobre cuestiones relativas al mercado interior. Los ciudadanos siguen encontrando trabas injustificadas a la hora de ejercer su derecho de libertad de circulación en tanto en cuanto son ciudadanos

⁽¹⁰⁾ Desarrollo, Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Asuntos Jurídicos y Comercio Internacional.

Europeos. Las peticiones recibidas en este campo pueden dividirse en tres apartados: **1)** Libre circulación de personas; **2)** Libre circulación de bienes y servicios; **3)** Reconocimiento de cualificaciones.

También se han recibido peticiones relativas a quejas sobre casos de cooperación judicial transfronteriza, los cuales han sido ineficaces en su modo de proceder. Por ejemplo, un nacional portugués envió una petición en la cual se explicaba que había estado dieciséis años trabajando en una empresa holandesa, pero que sus empleadores no lo habían declarado a las autoridades competentes a efectos de prestaciones de la seguridad social, de modo que no podía percibir las.

Del mismo modo, han sido presentadas en un número nada desdeñable, peticiones relativas a los derechos de los consumidores. La Comisión de Peticiones entiende que «la mejora y la protección de los derechos de los consumidores es de máxima importancia para la vida cotidiana de los ciudadanos». En muchas ocasiones, se registran peticiones que tienen que ver con etiquetados falsos, prácticas de venta de discriminatorias, o prácticas empresariales o comerciales abusivas. En julio se debatió sobre una petición que versaba sobre una supuesta práctica discriminatoria que consistía en que las primas de seguro de responsabilidad por vehículo eran más elevadas en algunas zonas de Italia que en otras.

En el Proyecto de informe se recoge también el tema del bienestar de los animales. Esto es así, porque se ha visto incrementado el número de peticiones que solicitaban una aplicación más rigurosa de los reglamentos comunitarios reguladores de estas cuestiones. A comienzos de año, la Comisión de Peticiones elaboró una opinión para el informe de la Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural sobre la Estrategia de la Unión Europea para la protección y el bienestar de los animales 2012-2015. En esta opinión, se ponía especial énfasis en dos cuestiones: los espectáculos que causan estrés a los animales como las corridas de toros, y la creación de un marco jurídico para la situación de los perros y gatos callejeros.

Pues bien, a la vista de esta voluntad ciudadana, la Comisión de Peticiones presentó una resolución con el fin de establecer un marco jurídico para estos animales de compañía. En esta resolución se solicitaba a los Estados miembros y a la Unión Europea que ratificaran el Convenio europeo para la protección de los animales compañía. Igualmente, se pedía a la Comisión Europea que creará un marco jurídico para la protección de animales callejeros y de compañía.

Por último, la Comisión de Peticiones entiende que se ha de poner más empeño en favorecer la visibilidad del proceso relativo a las peticiones entre los ciudadanos de la Unión Europea. Por ello, los miembros de la Comisión de Peticiones no solo tienen la obligación de estudiar las peticiones recibidas, sino también de llevar a cabo una «campana» de sensibilización sobre los derechos de los ciudadanos europeos, entre ellos, el derecho de petición al Parlamento Europeo. Con este fin, la Comisión de Peticiones ha focalizado sus actuaciones en diferentes aspectos: **1)** Los peticionarios pueden asistir a las reuniones de la Comisión de Peticiones. Igualmente, en el Proyecto de informe, la Comisión de Peticiones se encarga de recordar que es la única comisión que ofrece sistemáticamente una plataforma para que los ciudadanos expongan sus inquietudes directamente a los diputados del Parlamento Europeo. **2)** La Comisión de Peticiones realiza visitas de estudio. Es decir, se traslada a aquellos Estados miembros de donde proviene la petición para realizar estudios, y en definitiva, obtener datos para poder resolver de una manera eficaz el problema en cuestión. **3)** Los ciudadanos pueden interponer peticiones directamente a través de internet. Sin lugar a dudas esto es un gran logro y muy cómodo para los peticionarios. No obstante, la Comisión de Peticiones seguirá trabajando para mejorar su página web haciéndola más atractiva y accesible. **4)** Publicación del boletín Diario-PETI. **5)** Ocurre que, muchos peticionarios no pueden viajar a Bruselas para asistir a las reuniones de la Comisión de Peticiones. Por ello, se ha creado un sistema por el cual pueden seguir estas reuniones a

través de la retransmisión por internet. 6) La Comisión de Peticiones colabora con las oficinas del Parlamento Europeo repartidas en los Estados miembros. De este modo, cuando va a algún Estado miembro a realizar una visita, se pone en contacto con la oficina en

cuestión para organizar conferencias con los medios de comunicación e informar a los ciudadanos sobre el derecho de petición.

Carlos Francisco Molina del Pozo
Jorge Antonio Jiménez Carrero

Derecho de peticionar ante las Autoridades y libertad de circulación

Bibliografía: DE LUCA, *Dictamen n. 7511, Causa n. 16.664, CNCP, Sala IV, Rajneri, Raúl Norberto s / recurso de casación*; CASTELLI, GERMÁN et al., *Comentario al art. 194 del código penal*, en BAIGIN et al., *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 8, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 685 ss.; FERREIRA, *La Constitución vulnerable*, Buenos Aires, 2002; LÓPEZ, *Acerca del uso del espacio público. Problemas constitucionales y la tipificación penal y contravencional aplicable en el ámbito de la CABA*.

Desde hace un cierto tiempo asistimos en nuestro país y en algunos otros países latinoamericanos (vgr. Bolivia, Colombia, entre otros), a un fenómeno novedoso de protesta, que se ha ido intensificando: «los piquetes».

Tal como señala Javier De Luca⁽¹⁾, dicho fenómeno en su origen tuvo de novedoso el hecho de que esas manifestaciones eran producidas por personas desocupadas y subocupadas y que en el proceso de encasillamiento o etiquetamiento por parte de los comunicadores sociales, se intentó marcar una diferencia con otras formas de expresión pública y numerosa, como por ejemplo los ahorristas estafados, los ambientalistas, etc.

Señala el Dr. De Luca que, nuestros «piqueteros», no tienen un lugar de poder desde el cual reclamar relacionado con el hecho, omisión o circunstancia que lo genera, dado que no tiene sentido que hagan huelga si

reclaman más seguridad en el barrio, o un semáforo.

Nos recuerdan su origen Germán Castelli y Ezerquiel Berón de Astrada⁽²⁾, que se remontan a los bloqueos de las rutas de acceso a las localidades de Cultra-Có y Plaza Huincul en la provincia de Neuquén en 1996, que se consolidaron masivamente luego de la crisis de 2001.

La contracara de este movimiento social, la proporcionan quienes no participan del «piquete», especialmente quienes sienten afectada su libertad ambulatoria de forma directa, e indirectamente su trabajo, negocio y todos los derechos que dependen del primero de los mencionados.

Por su parte, debemos tener presente que, bajo la figura del art. 194 del Código Penal se encuentra previsto el tipo penal de «Impedimento de transportes y servicios» bajo la siguiente redacción: «El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años».

A su vez, el art. 78 de la ley 1472 (Código Contravencional de la CABA), haya residen-

⁽¹⁾ DE LUCA, *Dictamen n. 7511, Causa n. 16.664, CNCP, Sala IV, Rajneri, Raúl Norberto s / recurso de casación*.

⁽²⁾ CASTELLI, GERMÁN et al., *Comentario al art. 194 del código penal*, en BAIGIN et al., *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 8, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 685 ss.

cia la conducta de: «Obstrucción de la vía pública», que determina que: «quien impide u obstaculiza la circulación de vehículos por la vía pública o espacios públicos, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1000) pesos. El ejercicio regular de los derechos constitucionales no constituye contravención. A tal fin deberá, con razonable anticipación, darse aviso a la autoridad competente, debiendo respetarse las indicaciones de ésta, si las hubiere, respecto del ordenamiento».

Cabe señalar que, el bien jurídico tutelado por la figura penal, es la seguridad en el tránsito y los medios de transporte y de comunicación, y por el tipo contravencional, la protección del uso del espacio público y la libertad de circulación.

Ahora bien, se ha sostenido que el «pique-te», como forma de protesta, hace al regular ejercicio del derecho constitucional de petionar ante las autoridades.

Asimismo, vale la pena recordar, tal como lo ha sostenido nuestro más alto tribunal nacional, que el ejercicio regular de un derecho constitucional se encuentra sujeto a la ley que reglamenta su ejercicio (art. 14 CN).

Por otro lado, frente a este derecho constitucional, se yergue otro de igual jerarquía que es la libertad de circulación y lo que ello implica, tal como se ha manifestado más arriba. A su vez, el legislador local y el nacional han previsto formas de conducta merecedoras de reproche contravencional y penal, en virtud de las cuales se han formado causas por hechos originados en estas protestas, en las cuáles se ha planteado la imposibilidad de imponer sanción a quien ejerce un derecho consagrado constitucionalmente.

Se ha dicho también que, a efectos de garantizar una convivencia social pacífica, se imponen circunstancias de razonabilidad y regularidad en el ejercicio de los derechos. De este modo, no se trata del desprecio de un derecho en pos de otro, sino del ejercicio regular de aquél en las condiciones fijadas⁽³⁾.

⁽³⁾ LÓPEZ, *Acerca del uso del espacio público. Problemas constitucionales y la tipificación penal y con-*

Cabe tener presente que, tanto a nivel nacional como local, la configuración del delito o de la contravención, requieren que la conducta desplegada sea lesiva del bien jurídico tutelado.

Por su parte, hay quienes se plantean cuestiones relativas a la configuración del tipo objetivo del delito previsto en el art. 194 del CP (*idem* 1).

Asimismo, la existencia del conflicto al que antes me referí sobre la tensión entre dos derechos constitucionales en pugna, amerita el análisis de la existencia de causas de justificación aplicables al caso, como el estado de necesidad o el ejercicio regular de un derecho. Sobre este punto, el Relator Especial para al Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: «la participación de las sociedades a través de la manifestación social es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y que, en general, ella como ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación a esa forma de ejercicio de al libertad de expresión. La relatoria entiende que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidas exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes»⁽⁴⁾.

Con ello, en síntesis, a los efectos de elaborar el sumario para la realización de la ENTRADA en el Diccionario a elaborarse y para el tema propuesto, considero fundamental plantear: a) dos conductas tipificadas, una de aplicación solo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 78 CC), y la otra en todo el territorio de la República (art. 194 CP); b) tensión entre dos derechos de igual jerarquía; c) la tipificación de los arts. 78 de la ley 1472 y 194 del CP; y d) cau-

travencional aplicable en el ámbito de la CABA, no publicado.

⁽⁴⁾ Informe Anual, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2002, capítulo IV, Libertad de Expresión y Pobreza, párr. 34, citado por DE LUCA en el referido dictámen Morosi, Guillermo et al., en *Código contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Buenos Aires, 2010.

sas de justificación a ser tenidas en cuenta. Merece la pena ser tratada esta cuestión y presentarla en el ámbito en el que he sido convocada, dado que este tipo de manifestaciones que eran novedosas en nuestro país se han ido extendiendo en Latinoamérica y aún en Europa, valgo como ejemplo el caso de España y las situaciones de movilización y protesta social llevadas a cabo en los tiempos de crisis recientes.

Por otro lado, la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina local y nacional, han ido realizando respecto de las normas a que he hecho referencia, que podrían impactar produciendo una modificación legislativa en cuanto al ejercicio de estos derechos que entiendo se encuentran en pugna.

Carla Cavaliere

Derecho del consumidor

Bibliografía: ÁGUILA REAL, *Las condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1991; CASTÁN TOBENAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 5ª ed., Madrid, 1985; GHESTIN, *Tratado de Derecho Civil*, Born, 1999; GOBATO, *La Autonomía de la Voluntad en las relaciones de consumo*, en sitio www.la-ley.com.ar; PUIG FERRIOL, *Teoría del Contrato*, 3ª ed., Madrid, 1996; LA CRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1985; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios del Derecho Civil y Patrimonial*, Madrid, 1994; LOBATO DE PAIVA, *Caracterización de los servicios públicos esenciales*, en sitio www.dt.gob.cl.

El derecho del consumidor es un derecho fundamental que se identifica con las características de la casual clasificación de generaciones de derechos humanos. Se distingue como derecho básico individual de libertad y seguridad (1ª generación); también es un derecho social, económico y cultural (2ª generación); y es un derecho para el desarrollo (3ª generación).

Es un derecho individual y colectivo, que sólo puede comprenderse a partir del análisis conforme a los principios de los derechos fundamentales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y su relación con el valor intrínseco de la persona, la dignidad humana.

El consumo es una relación económica en cuanto tiene como fin satisfacer necesidades

humanas básicas. En el sistema capitalista es el destino final del proceso económico, compuesto por las fases de producción, distribución, comercialización y consumo. Es la razón del sistema, que en su etapa neoliberal funda su ideología en la libre competencia, como mecanismo de resolución de los problemas del mercado generados por la concentración de capital y su internacionalización.

Esta idea y principio de libre competencia cuenta con dos elementos, la participación en libertad de los empresarios y del consumidor en el mercado de manera racional. De aquí que los derechos humanos de libertad y seguridad sean necesarios para los individuos para consumir. El derecho de competencia incluye también la participación de las empresas en la producción de bienes y servicios. Esta genera innovación en los procesos de producción que colocan a la vanguardia a las empresas y les dan lugar en el mercado. Los consumidores tienen así opciones que les permiten realizar la mejor elección.

Es un derecho económico, social y cultural, que el Estado debe garantizar para que los individuos satisfagan sus necesidades básicas. También en términos de su progresividad, cuando han sido alcanzadas estas, los individuos requieren que las necesidades superfluas sean satisfechas en términos racionales.

Por eso el estado tiene la obligación de implementar herramientas para que la calidad y los precios de los bienes y servicios sean los adecuados. Asimismo, las autoridades tienen que procurar la educación y la información para el individuo que le conceda la capacidad de elección y evitar el engaño y el fraude. Además, el Estado está obligado al desarrollo de la sociedad, entendiendo que el concepto no se refiere únicamente al crecimiento económico, sino a fomentar la obtención de todos los satisfactores humanos básicos y superfluos, que incluyen la felicidad.

En sí, el derecho al consumo involucra diversos ámbitos, que no pueden ser comprendidos desde la unidisciplina, sino que requiere el conocimiento no sólo jurídico, sino econó-

mico, político, social y cultural.

El derecho al consumo es un derecho fundamental total para la dignidad del individuo que implica la conducta ética del empresario y del consumidor. Mientras se alcanza la racionalidad en la conducta de los participantes en esta relación, la obligación del Estado es asegurar la libre competencia en el mercado, la calidad de los productos y servicios mediante normas equitativas, su comercialización, los precios en el caso de monopolios naturales, información y educación para el consumidor, acceso a instrumentos de justicia especializada pronta y expedita, la asociación de consumidores, la reparación del daño y la compensación.

Héctor Francisco Fernández Cruz

Derechos de los contribuyentes

Bibliografía: BRITO, CARBONELL, *La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011*, México, 2011; CABALLERO, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1 segundo párrafo de la constitución)*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011; CARBONELL, *Derechos fundamentales en México*, México, 2004; CARPIZO, *La política mexicana para los derechos humanos. La reforma al artículo 102 de la Constitución*, en *La modernización del derecho mexicano*, 2004, México; FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1997; FERRER MAC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011; HIGUERA, JUAN DE LA CRUZ, *Aspectos sobresalientes del esquema federal impositivo*, en *La modernización del derecho mexicano*, México, 2004; HIGUERA, JUAN DE LA CRUZ, *Panorama actual de los derechos del contribuyentes*, ensayo para la revista *El Foro de la Barra Mexicana de Abogados*,

1^{er} semestre de 2010; HALLIVIS PELAYO, *Interpretación de Tratados internacionales tributarios*, México, 2011; HALLIVIS PELAYO, *Teoría general de la interpretación*, México, 2009; PECES-BARBA, *La Universalidad de los Derechos Humanos*, en NIETO, RAFAEL (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Corte-IDH, 1994; VÁSQUEZ, SERRANO, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011.

Los derechos de los contribuyentes, constituyen un conjunto de derechos subjetivos básicos o fundamentales, contenidos en la Constitución Política de un estado, tratados internacionales celebrados por el mismo, leyes federales, estatales y demás normas del sistema jurídico nacional de que se trate, los cuales son utilizados por los contribuyentes, como titulares de los mismos, en sus relaciones con las autoridades fiscales y que les per-

miten garantizar una real y efectiva defensa de su patrimonio, derecho de propiedad y dignidad personal frente a los actos y resoluciones de estas últimas.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada en París por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, sobresalen varios derechos humanos aplicables en general para las diversas ramas jurídicas. Es por ello, que resultan plenamente aplicables en materia tributaria y por tal motivo a continuación me permito enumerarlos: Derecho a la Igualdad, art. 1; No discriminación, art. 2; Seguridad jurídica, art. 3; Trato humano, art. 5; Reconocimiento de personalidad jurídica, art. 6; Medio de defensa efectivo, art. 8; Ser oído por las autoridades fiscales, art. 10; Presunción de inocencia, art. 11; Respeto y discreción de la información privada, art. 12; No privación arbitraria de la propiedad, art. 17; Libertad de expresión, art. 19; y Derecho al mínimo vital de ingresos para subsistencia, art. 25.

Igualmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocida como Pacto de San José celebrado el día 22 de noviembre de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, se destaca un catálogo de derechos humanos que amplía los derechos inicialmente contenidos en la DUDH señalados en el párrafo anterior. Por su importancia a continuación se enlistan los que resultan aplicables a la materia fiscal: Derecho al respeto a los derechos y libertades, así como la no discriminación, art. 1; Reglas para garantizarlos, art. 2; Reconocimiento de la personalidad jurídica, art. 3; Garantía de audiencia y acceso a la justicia, art. 8, numeral 1; Derecho a la presunción de inocencia, art. 8, numeral 2; No ser juzgado por los mismos hechos o actos, art. 8, numeral 4; Respeto al principio de legalidad y de retroactividad, art. 9; Derecho a indemnización por haber sido condenado por error judicial, art. 10; Prohibición de injerencias arbitrarias y abusivas en la información privada de la persona, art. 11; Libertad de expresión, art. 13; Derecho a rectificar información inexacta, art. 14; Respeto a la propiedad

privada, art. 21; Derecho de igualdad ante la ley, art. 24; Derecho a un medio de defensa que proteja los derechos humanos, art. 25; La interpretación de las disposiciones jurídicas no debe limitar o excluir el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, art. 29.

Coincidiendo con esta tendencia internacional de ir redescubriendo los derechos humanos y en particular los enfocados a la rama fiscal, el 23 de julio de 2005 entró en vigor, en México, la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente⁽¹⁾.

De la lectura del art. 1 de la citada Ley así como de su exposición de motivos, se desprende claramente que su objetivo es reconocer y enunciar de manera sencilla los principales derechos básicos de los contribuyentes y sus garantías, en sus relaciones con las autoridades fiscales, constituyendo así un instrumento que recoge los derechos más importantes que tienen no solo los contribuyentes sino también los responsables solidarios, frente a todas las autoridades fiscales.

Dentro del articulado de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente se encuentran distintos derechos y garantías a favor de los contribuyentes y responsables solidarios, el art. 2 en sus diversas fracciones, de dicha ley constituye el precepto de mayor importancia al enunciar como derechos generales de los contribuyentes los siguientes: **1)** Derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas (fracción I); **2)** Derecho a obtener en su beneficio las devoluciones que procedan (fracción II); **3)** Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos (fracción III); **4)** Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos en los que se tenga condición de interesado (fracción IV); **5)** Derecho a obtener copias certificadas de las declaraciones presentadas (fracción V); **6)** Derecho a no aportar los documentos que ya se encuen-

⁽¹⁾ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 2005 para entrar en vigor a los 30 días posteriores a su publicación.

tren en poder de la autoridad actuante (fracción VI); **7)** Derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes que los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria (fracción VII); **8)** Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria (fracción VIII); **9)** Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran la intervención de los contribuyentes se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa (fracción IX); **10)** Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos que obren en el expediente administrativo de la autoridad fiscal (fracción X); **11)** Derecho de audiencia previo a las resoluciones (fracción XI); **12)** Derecho a ser informado, al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones (fracción XII); **13)** Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales (fracción XIII).

Los criterios jurisdiccionales han señalado que las normas que integran a la Ley Federal de Derechos del Contribuyente son aplicables a todos los actos y resoluciones de las autoridades fiscales en general esgrimiendo que dentro de su articulado se encuentran derechos que inciden no solo a los procedimientos de fiscalización sino que tienen relevancia particular en materia de devoluciones, de asistencia en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, en el procedimiento sancionador, en los medios de defensa y en general en cualquier trámite administrativo.

En lo que respecta al procedimiento sancionador, la ley establece la presunción de buena fe a favor del contribuyente, respetando el principio de presunción de inocencia, al señalar que todas las actuaciones de los contribuyentes se presumen realizadas de buena fe. De singular relieve resulta hacer mención a los órganos protectores de los derechos fundamentales de los contribuyentes, que son todos los tribunales jurisdiccionales de un país, así como las autoridades no jurisdic-

cionales que han sido creadas expresamente para tal efecto, como son los ombudsmen en materia fiscal.

Particularmente en México, conforme a la reciente Reforma Constitucional del art. 1, se agregó un párrafo tercero para imponer la obligación a todas las autoridades del país, incluyendo las jurisdiccionales y no jurisdiccionales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de acuerdo a los principios rectores de los mismos, relativos a la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad⁽²⁾.

Al referirse el texto constitucional a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, incluye a las que se encuentran ubicadas en los tres Poderes de la Unión, bien sean administrativas, jurisdiccionales y legislativas. Es decir, el Estado Mexicano en su conjunto, deberá observar esta máxima encaminada a la tutela y protección de los derechos humanos, ya sea que se encuentren inmersos en el sistema jurídico nacional o en los tratados internacionales firmados por México.

En lo relativo a la materia tributaria, existe la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), creada a partir de la publicación del Decreto por el que se expide su Ley Orgánica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 2006, en donde se regula su funcionamiento y establece su estructura. Esencialmente, sus funciones consisten en defender los derechos de los contribuyentes, actuando como un órgano observador imparcial de las prácticas y conductas de las autoridades fiscales federales, buscado promover una nueva cultura contributiva⁽³⁾.

⁽²⁾ Art. 1, párrafo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley».

⁽³⁾ PRODECON. *Estado de Los Derechos de los Contribuyentes en México*. Serie de cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. Edición Especial (septiembre 2001 - febrero de 2012), p. 7.

Entre las funciones sustantivas de la PRODECON, se encuentran la de dar asesoría y consulta, representación legal y defensa, recibir quejas y reclamaciones de los contribuyentes, emitir recomendaciones públicas no vinculatorias, identificar problemas de carácter sistémico en la materia fiscal, proponer al Servicio de Administración Tributaria modificaciones de su normatividad interna, interpretar normas fiscales y aduaneras a petición del Servicio de Administración Tributaria, fomentar la cultura contributiva y acudir ante la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados con propuestas para reformas fiscales⁽⁴⁾.

Desafortunadamente, la PRODECON no es un órgano constitucionalmente autónomo, ya que depende del Poder Ejecutivo Federal y además, sus recomendaciones, cuando no sean acatadas por las autoridades fiscales o sus servidores públicos, no está contemplado que la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente pueda llamarlos a solicitud de aquella para que comparezcan ante dicho órgano legislativo, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa, ni tampoco pueden llevar a cabo investigaciones sobre violaciones graves de derechos humanos en perjuicio de los contribuyentes, especialmente cuando atenten contra el patrimonio, el derecho de propiedad y el derecho a un 'mínimo de subsistencia'.

Es por ello que éste organismo conforma un sistema nacional no jurisdiccional de defensa y protección de los derechos humanos de los contribuyentes, conjuntamente con los órganos jurisdiccionales del Estado ya mencionados.

Sería incompleta la labor de hacer referencia a los derechos humanos de los contribuyentes, sin abordar el tema de la interpretación de los mismos.

En la mayoría de los países, el método para interpretar las normas fiscales constituye un método literal o gramatical, al que algunos autores denominan método de interpretación estricta. Empero, la tendencia internacional en la interpretación de los derechos

fundamentales en la materia tributaria es más amplia ya que busca otorgar la mayor protección posible a los contribuyentes.

Ciertamente, la interpretación conforme de los textos constitucionales, tratados internacionales y demás normas jurídicas nacionales y del derecho internacional, tales como protocolos, observaciones generales de organismos internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha permitido brindar a los contribuyentes titulares de éstos derechos una reivindicación de sus más elementales valores, ideales y dignidad personal.

La interpretación estricta existe cuando se lleva al cabo una interpretación literal o apegada a la letra de la ley sin que quepa la posibilidad de ampliar la protección de los derechos consignados en la misma.

Manuel Hallivis al pronunciarse por el significado de la interpretación literal o declarativa, señala que: «busca el sentido de la ley, mediante el significado literal de las palabras empleadas en la misma. Cabe aclarar que para realizar esta interpretación no siempre se remite al uso de un diccionario para encontrar el verdadero sentido de las palabras del legislador, en virtud de que muy a menudo el sentido etimológico de un término, o su definición en el lenguaje natural que se utilice, es distinto al que se le da en el lenguaje jurídico (o, más correctamente, técnico-jurídico)»⁽⁵⁾.

El mismo tratadista, citando a Gregorio Peces-Barba, abunda al respecto estableciendo lo siguiente: «es decir, es un criterio que exige que el interprete atienda (...) al sentido propio de las palabras. Se trata de un criterio promovido por el llamado literalismo, que es precisamente una corriente de interpretación que estima que el lenguaje es lo único que hay que atender a la hora de interpretar normas».

En cambio, conforme a la disposición constitucional aludida en párrafos anteriores, en tratándose de derechos humanos consignados en las normas tributarias, incluyendo los

⁽⁴⁾ *Idem*, pp. 9-10.

⁽⁵⁾ HALLIVIS PELAYO, *Teoría general de la interpretación*, 2009, México, pp. 380-381.

tratados internacionales de los que México sea parte, la protección debe ser la más amplia a fin de favorecer en todo tiempo a las personas que comprenda.

En opinión del suscrito, debe prevalecer la interpretación conforme, consignada en el párrafo segundo del art. 1 constitucional, no sólo porque se trata de una norma de mayor jerarquía, sino por la marcada tendencia

del orden jurídico nacional a la armonización del diverso catálogo de derechos humanos contenido en el vasto derecho internacional y que ya forman parte del orden jurídico nacional a partir de la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011.

Juan de la Cruz Higuera Arias

Derechos de los extranjeros (sujetos a proceso penal en la C.A.B.A.)

Bibliografía: CASTELLI, GERMAN et al., *Comentario al art. 194 del código penal*, en BAIGÍN et al., *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 8, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 685 ss.; LA ROSA, RIZZI, *Código procesal penal de la C.A.B.A.*, Buenos Aires, 2005; LÓPEZ, *Acerca del uso del espacio público. Problemas constitucionales y la tipificación penal y contravencional aplicable en el ámbito de la CABA*, Informe Anual, Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2002, capítulo IV - Libertad de Expresión y Pobreza, párrafo 34; MOROSI, GUILLERMO et al., *Código contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Buenos Aires, 2010.

Extranjero es la persona que se encuentra transitoria o permanentemente en un país cuya nacionalidad no posee, por ser ciudadano de otro país o apátrida.

El imputado es el sujeto contra el cual se deduce la pretensión jurídico penal y lo es, desde el momento que se lo indica como partícipe en cualquier acto inicial de la investigación y adquiere también desde ese momento el derecho de defenderse.

También tiene condición de imputado toda persona detenida por suponérsela partícipe de un hecho delictuoso.

La intervención del imputado es esencial en el juicio propiamente dicho, de conformidad con la normativa constitucional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que impone la defensa. El reco-

nocimiento como imputado a toda persona que soporta la persecución penal desde el momento que se lo indica como partícipe de un hecho delictivo también implica efectivizar la inviolabilidad de la defensa en juicio.

En este sentido, los Códigos de Procedimiento Penal establecen como reglamentación de esa garantía diversos derechos que aseguran el derecho de defensa. Así, ser informado sobre la causa o motivo de la detención, el funcionario que la ordenó, pudiendo acceder a toda la información existente en el proceso o legajo confeccionado; la libertad de declarar y de hacerlo cuantas veces lo desee; el derecho de hacer saber su detención a personas de su confianza y de ser asistido por un defensor desde el primer acto del procedimiento, entre otros.

El Código Procesal Penal de C.A.B.A. contempla estos derechos en el art. 28 titulado, Derecho de defensa⁽¹⁾.

Ahora bien, en caso de tratarse de extranjeros, deben tenerse además especialmente en cuenta el derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete cuando se trate de personas que no comprenden o no hablan el idioma del juzgado o tribunal - art. 8 inc. 2 a Convención Americana sobre Derechos Humanos -,

⁽¹⁾ CPP CABA, ley 2303, sancionada el 29 de marzo de 2007.

como también derecho a la información sobre asistencia consular. El derecho de defensa, consagrado en los arts. 13 inc. 3 y 4 de la Constitución de la C.A.B.A. y 18 de la Constitución Nacional, en este sentido, encuentra correlato en el art. 40 del cód. proc. penal C.A.B.A. que establece «En los actos procesales se usará el idioma nacional bajo consecuencia de nulidad. Se designará un intérprete cuando el imputado no pueda o no sepa expresarse en castellano o cuando lo impongan sus necesidades especiales». El intérprete es la persona que se ocupa de explicar a otras el idioma que no entienden y esta disposición tiende a garantizar el derecho constitucional a que el imputado sea asistido gratuitamente por un traductor o intérprete⁽²⁾. Asimismo, la Ley Procesal Contravencional⁽³⁾, en el art. 4 dispone: «Se debe designar un intérprete cuando el imputado o imputada no pudiere o no supiere expresarse en español, o cuando lo impusiere una necesidad especial del imputado o imputada».

En cuanto a la asistencia por medio de un traductor, debe establecerse el momento desde el cual se le debe proveer un intérprete o traductor a la persona que no comprenda el idioma del lugar en que fue detenido. Esta consigna mereció el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires - Expte. n. 6925/09 «Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts de la ley 23.098 (Habeas Corpus)»⁽⁴⁾, en el cual se expidió respecto a la afectación del derecho de defensa por ausencia de un intérprete capaz de hacer conocer sus derechos desde el primer momento en que el presunto contraventor toma contacto con los agentes policiales.

El expediente llegó a conocimiento del Tribunal Superior por denegatoria de una acción de habeas corpus e interposición de recurso de inconstitucionalidad denegado,

agraviándose los actores, entre otros motivos, por la lesión al derecho de defensa al no garantizarse la presencia de un traductor durante todas las etapas del proceso (art. 18 CN, 14.3 PDCyP y 8.2 CADH). Los jueces que suscribieron el voto mayoritario advirtieron que en el caso, desde la intervención policial en la etapa de prevención, existía un problema de comunicación que impactaba en el derecho de defensa de los imputados, ya que se trataba de extranjeros - senegaleses - que no hablaban fluidamente el idioma español.

En el citado fallo sostuvieron: «(...) En definitiva, es necesario que el Estado extreme las medidas para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los presuntos contraventores y también evitar que los padecimientos que implica a una persona estar sometido a un procedimiento contravencional se intensifiquen sobre un grupo de personas que poseen muchas razones para sentirse más violentados o temerosos, por su condición de inmigrantes y por las dificultades que conlleva el hecho de no tener un dominio pleno del idioma castellano (...)» del voto del Dr. Luis Lozano.

Si bien no resaltaron en el procedimiento un proceder ilegal, dispusieron ordenar al GCBA, al Ministerio Público Fiscal y a la Policía Metropolitana que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el primer contacto con el presunto contraventor y ordenar a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del MPFiscal. A su vez desde el Ministerio Público Fiscal se dispuso «encomendar a la Oficina Central de Identificación que extremen los medios para que desde el primer contacto con el contraventor exista una comunicación eficiente de sus derechos»⁽⁵⁾, haciendo referencia a la resolución FG 31/09 en la cual ya se habían dispuesto recomendaciones tendientes a asegurar los derechos que le asisten a los

⁽²⁾ LA ROSA, RIZZI, *Código procesal penal de la C.A.B.A.*, Buenos Aires, 2005, p. 311.

⁽³⁾ Ley 12, sancionada el 12 de marzo 1998.

⁽⁴⁾ Fallo del 11 de agosto de 2010.

⁽⁵⁾ Resolución FG n. 292/2010 del 26 de agosto de 2010, sitio www.mpf.jusbaires.gov.ar.

extranjeros a la información sobre asistencia consular y la comunicación de detención de ciudadanos extranjeros a los Cónsules respectivos y, en caso de extranjeros que fuesen refugiados, ponerlos en comunicación con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Esta situación, advertida por el Tribunal Superior de Justicia debe abordarse no solo al amparo de lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también con lo establecido en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad - reglas 3 y 13 -, y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁶⁾, que establece en el art. 14 inc 3 f, el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las persona en condición de vulnerabilidad⁽⁷⁾, catalogan como tales, a las personas que «por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia

los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (regla 3). Asimismo, la regla 13 establece que «el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de trabajadores migratorios y de sus familiares».

Por otra parte, el derecho de contar con asistencia consular constituye un derecho individual y una garantía mínima protegida por el sistema americano, que tiene relación directa con el derecho a contar con un traductor desde el primer momento en que el detenido toma contacto con el personal policial, cuando no conoce el idioma del país. En este sentido, si se le hace conocer el derecho a la asistencia consular, esto implicará que rápidamente pueda proveérsele un traductor o intérprete.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión consultiva OC-16/99⁽⁸⁾ identificó los derechos individuales que se desprenden del art. 36 de la Convención de Viena⁽⁹⁾ «El artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagradas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia» (párrafo 82). Sin lugar a dudas, el derecho a la información sobre asistencia consular permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal. Esto también fue advertido por la Corte en la Opinión Consultiva (OC-16/99)⁽¹⁰⁾ al enfatizar que este derecho «debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y

⁽⁶⁾ Adoptado por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas en resolución 2.200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

⁽⁷⁾ Elaboradas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, marzo de 2008, en la cual participaron Los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura, del Principat d'Andorra, República Argentina, República de Bolivia, República Federativa do Brasil, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, República de Chile, República Dominicana, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela. En diciembre de 2009 se realizó un taller en la Ciudad de Rio de Janeiro, en el que se sentaron bases para el establecimiento de redes de cooperación internacional, a fin de fomentar el uso de las reglas en los países participantes del taller que fueron Brasil, Uruguay, Paraguay, Argentina y Chile, realizándose un segundo. Encuentro de esos países en la Ciudad de Buenos Aires, en octubre de 2010.

⁽⁸⁾ Opinión Consultiva 16/99 emitida el 1 de octubre de 1999.

⁽⁹⁾ Convención de Viena Sobre relaciones Consulares, 24 de abril de 1967.

⁽¹⁰⁾ Opinión Consultiva 16/99, cit.

contar con un juicio justo» (párrafo 122). La Opinión Consultiva representa el primer pronunciamiento de un tribunal internacional relativo a la obligación de los Estados de informar al extranjero de su derecho a solicitar asistencia consular y de las implicancias en el Derecho interno de la falta de cumplimiento de esta obligación. La Comisión IDH ha sido la encargada de velar por la aplicación de lo establecido en esta opinión consultiva y así lo ha hecho en numerosos casos (Comisión IDH., Informe 52/02, caso 11.753. Fondo. Ramón Martínez Villareal vs. Estados Unidos. 10 de octubre de 2002; informe 1/05, caso 12.430. Fondo. Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos. 28 de enero de 2005; Informe 91/05. Caso 12.421. Fondo. Javier Suárez Medina vs. Estados Unidos. 24 de Octubre de 2005; Informe N°99/03. Caso 11331. Fondo. César Fierro vs. Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003; Informe 90/09. Caso 12.644. Fondo. Medellín, Ramírez Cárdenas y Leal García vs. Estados Unidos. 7 de agosto de 2009). Asimismo, la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, afecta las garantías del debido proceso legal. En este sentido se expidió la Corte IDH, al sostener que la falta de información sobre la asistencia consultar supone la afectación del art. 8.2 inc. d y e. (Tibi vs. Ecuador⁽¹¹⁾ y Acosta Calderón v. Ecuador⁽¹²⁾). El derecho a la defensa se ve afectada cuando no se informa oportunamente sobre la asistencia consultar (Buenos Alves v. Argentina⁽¹³⁾ y Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez v. Ecuador⁽¹⁴⁾). La Corte Internacional de Justicia, también se ha expedido en el mismo sentido en el caso Avena y otros ciudadanos mexicanos (Mexico v. Estados Unidos)⁽¹⁵⁾ «Es obligación de las autoridades del Estado que llevan a cargo la detención, informar, por iniciativa propia, a la persona arrestada de su derecho

de solicitar la notificación consular. Precisó además que el hecho de que la persona no requiera que se notifique a su consulado, no sólo no justifica el incumplimiento de la obligación de informar, sino que también puede ser explicado precisamente por el desconocimiento de la persona de sus derechos» (párrafo 76); y en el caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática del Congo)⁽¹⁶⁾, «Estas garantías son aplicables a cualquier tipo de privación de la libertad, aunque se produzca fuera del contexto de la persecución de acusados de delitos penales» (párrafo 91).

A su vez existen otros elementos internacionales no vinculantes que establecen ese mismo derecho como las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1955; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución n. 40/144 del 13 de diciembre de 1985, art. 10; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución n. 43/173 del 9 de diciembre de 1988. En este último, surge que «Toda persona arrestada, detenida o acusada que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades, tiene derecho a que se le comunique en un idioma que comprenda cuáles son sus derechos y cómo puede ejercerlos, así como las razones de su arresto o detención y los cargos que se le imputan. También tiene derecho a recibir un informe escrito en el que consten las razones de su detención, la hora de la detención y del traslado al lugar de custodia, la fecha y la hora en que comparecerá ante un juez u otra autoridad, la identidad de las personas que la arrestaron o detuvieron y el lugar en que está detenido» (Principio 14) y en consonancia, el Principio

⁽¹¹⁾ Corte IDH, 7 de setiembre de 2004.

⁽¹²⁾ Corte IDH, 24 de junio de 2005.

⁽¹³⁾ Corte IDH, 11 de mayo de 2007.

⁽¹⁴⁾ Corte IDH, 21 de noviembre 2007.

⁽¹⁵⁾ CIJ, 31 de marzo de 2004.

⁽¹⁶⁾ CIJ, 30 de noviembre de 2010.

16.2 establece: «Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo». Cabe aquí reiterar el concepto de relación directa que tiene el derecho a contar con asistencia consular desde el primer contacto con las autoridades de prevención, con el derecho a que se le provea rápidamente un traductor o intérprete, pues el primero garantizará la realización del segundo, y resaltar que ambos a su vez impactan en el principio de igualdad ante la ley. Tiene dicho la Corte IDH «Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician del debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes afrontan esas desventajas. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en el que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y

éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de la garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal» (Hilaire, Constantine y Benjamín et al. v. Trinidad y Tobago, párrafo 149)⁽¹⁷⁾.

En este sentido, en el citado fallo, los jueces del Tribunal Superior de Justicia de C.A.B.A., sostuvieron: «resulta claro que es imposible que cada procedimiento cuente con intérpretes de todas las lenguas de posibles involucrados (...) y las dificultades para encontrar intérprete que la precedieron muestran la conveniencia de acompañar la designación de experto de esta especie con otros mecanismos más efectivos tales como carteles o grabaciones de voz con mensajes apropiados para comunicar en qué consiste el procedimiento, cuál es la conducta reprochada, cuales las circunstancias que excluyen la sanción, los derechos que asisten a quien es abordado por la fuerza pública, del mismo modo que posibilitar que las manifestaciones que esa persona estime oportuno realizar puedan ser comprendidas en lo indispensable, de manera inmediata, por la fuerza pública, a cuyo propósito pueden emplearse también carteles con mensajes o signos que puedan ser interpretados por quienes no hablan el idioma. (...) Es por ello que para garantizar el más amplio ejercicio de defensa en condiciones igualitarias, debe ordenarse a la Policía Federal, GCBA y Ministerio Público Fiscal que se dote a los agentes que realicen procedimientos contravencionales de carteles, grabaciones o cualquier otro medio que permita realizar una comunicación eficiente de sus derechos a los inmigrantes del colectivo representado por los actores desde el momento en que se establezca el primer contacto con quienes se estime incurso en contravención»⁽¹⁸⁾.

Si bien es cierto que ni el Código de Procedimiento Penal, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especifican el momento desde el cual los extranjeros acceden al derecho a

⁽¹⁷⁾ Corte IDH, 21 de junio de 2002.

⁽¹⁸⁾ FALLO, *op. cit.*

contar con traductor y a contar con asistencia consular, el análisis de los Tratados y Pactos Internacionales, de jerarquía constitucional⁽¹⁹⁾, lleva sin dudas a la conclusión que, tal como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia, los estados deben extremar las medidas para garantizar el efectivo ejercicio de la defensa en juicio cuando se trata de extranjeros que no comprenden o no hablan el idioma del país en que ocurre su detención,

y como mínimo establecer procedimientos que tiendan a asegurar una comunicación eficiente de sus derechos, tanto el de contar con intérprete o traductor, como de asistencia consular, desde el primer contacto con el personal policial, lo que implicará, la efectiva aplicación de la garantía del debido proceso legal.

Claudia Amanda Alvaro

⁽¹⁹⁾ Incorporados a la Constitución nacional, art. 75 inc. 22 reforma constitucional de 1994.

Derechos de los menores

Bibliografía: ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992 (trad. italiana *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997); ATIENZA, LAPORTA, *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, en *Isonomía*, 31, 2009, pp. 209-223; BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, prefación de Losano, Roma-Bari, 2007, p. 15 ss.; BOBBIO, *Giusnaturalimo e positivismo giuridico*, prefación de Ferrajoli, Roma-Bari, 2011, pp. 107-124; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; BOBBIO, *Prefazione a Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1999, pp. XI-XII; BONGIOVANNI, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in Alexy y Dworkin*, Bologna, 2000; CASTRONOVO, *Da contadini a operai*, en *Storia d'Italia Einaudi*, vol. 7, Torino, 1975 (ed. 2005), p. 99 ss.; CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i minori*, en *Sociologia del diritto*, 2012, p. 97 ss.; CONTRI (coord.), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milán, 2011; COOKE-TAYLOR, *The factory system and the factory acts*, London, 1894; DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, en *Dir. famiglia e persone*, 1992, p. 301 ss.; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2007; DONATI, FOLGHERAITER, RAINERI (coord.), *La tutela dei minori. Nuovi scenari relazionali*, Trento, 2011;

DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977 (trad. italiana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010); FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I parte, «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 1994; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, en *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011; FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008; MAZZARESE (coord.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; MENGONI, *Diritto e tecnica*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 3 ss.; MILL, *On Liberty*, edited by Gray and Smith, London-New York, 1991, p. 95; MILL, *Utilitarianism*, 4th ed., London, 1871; MUSSO, *Storia del lavoro in Italia dall'unità a oggi*, Venecia, 2011; OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umri*, Berlin, 1978, trad. italiana a cargo de Gozzi, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, 2001; PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013; POCAR, RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Roma-Bari, 2004; POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; POZZOLO, *Neoconstituzionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en *Doxa*, 21, 1998, pp. 339-353; SCARPATI, *I diritti dei bambini*, Modena, 2012; SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti*

relazionali, en LENTI (coord.), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, en *Tratt. dir. famiglia Zatti*, vol. VI, 2ª ed., Milano, 2012; SONNINO, FRANCHETTI, *Inchiesta in Sicilia*, 2 vol., Firenze, 1877; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

El camino hacia el reconocimiento internacional de una específica disciplina de los derechos del menor inicia oficialmente - si bien en ámbito no jurídico - durante el siglo XX seguido por dos documentos importantes, ambos titulados: «Declaraciones de los derechos del niño»; el primero, aprobado en Ginebra por la Sociedad de las Naciones en marzo de 1924; y el segundo, aprobado por unanimidad por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Hay, sin embargo, una diferencia fundamental entre las dos Declaraciones, que se origina en el diferente contexto histórico-cultural en el que las mismas vieron la luz. En efecto, en el período entre las dos guerras mundiales los ordenamientos nacionales (por lo menos aquellos democráticos) se distinguían aún, por una función simplemente protectora, con el fin de salvaguardar los intereses legados a la esencia misma de la persona humana, es decir a su dignidad⁽¹⁾. Esta tutela echa sus raíces en Europa occidental del siglo XIX, encontrándose pruebas relevantes de una forma de represión, aún embrionaria, de la explotación del trabajo infantil. En efecto, la situación se mostraba desastrosa en países, como Francia, Inglaterra o Alemania, donde los efectos de la revolución industrial habían sancionado el subdesarrollo del proletariado obrero urbano⁽²⁾. En esta perspectiva, por ejemplo, el *Factory Act* inglés de 1833 disponía el empleo de mano de obra de edad superior a los nueve años y «limitaba» el ho-

rario de trabajo, a nueve horas entre los 9 y los 13 años y a doce horas entre los 13 y los 18 años⁽³⁾, mientras una ley francesa de 1841 fijaba a 12 horas al día el horario de trabajo entre los 12 y los 16 años.

En Italia, donde ya en 1876 la investigación llevada a cabo por Sidney Sonnino y Leopoldo Franchetti en Sicilia había hecho emerger el drama del trabajo infantil, denunciando las condiciones de los niños, que trabajaban en las minas de azufre, incluso lo hacían por quince horas al día a una temperatura de cincuenta grados, transportando cargas muy pesadas. La primera ley que tutelaba el trabajo del menor fue aprobada por el Parlamento en 1886; sin embargo, fue sólo en 1902 que el legislador elevó el límite de edad para el trabajo en mina a 12-14 años.

En Alemania, en un clima de oposición ideológica entre la idea individualista liberal-burgués y la idea socialista de los derechos humanos y, en el interior de esta última, entre el movimiento obrero europeo y la teoría marxista, se halla, la correspondiente a la prohibición del trabajo infantil, entre los pedidos del Partido Social democrático alemán contenidas en el Programa de Eisenach de 1869.

Por lo tanto, el lenguaje adoptado en la Declaración de Ginebra de 1924 ponía hincapié sobre todo, y de manera genérica, sobre los *deberes* a cargo de la *Humanidad* en relación a los menores. De esta manera, la Declaración sancionaba que «El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. El niño hambriento debe ser

⁽¹⁾ El proceso constructivo de la Declaración de Ginebra se profundiza de manera magistral por VEERMAN, *The rights of the child and the changing image of childhood*, Dordrecht, 1992, p. 155 ss.

⁽²⁾ En Italia el proceso de industrialización y los problemas sociales conectados con la urbanización de masa se manifiestan solamente a finales del ochocientos hacia adelante, durante el largo periodo giolittiano (1901-1914 gobierno de Giovanni Giolitti).

⁽³⁾ Sobre la legislación inglesa véase COOKE-TAYLOR, *The factory system and the factory acts*, London, 1894, p. 77: «The Factory Act, 1833, viewed in its widest, historical connection was an attempt to establish a normal working day in a single department of industry, textile manufacture. The way in which it proposed to do this was the following: "day" was to commence at 5.30 a.m. and cease at 8.30 p.m., within which limit of fifteen hours a young person (aged thirteen to eighteen) might not be employed beyond any period of twelve hours, less one and a half for meals; and a child (aged nine to thirteen) beyond any period of nine hours, under similar limitations. From 8.30 p.m. to 5.30 a.m., that is during "night", the employment of such persons was altogether prohibited».

alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados» (arts. 1 y 2).

En otras palabras la Declaración de Ginebra reflejaba claramente la influencia del «paternalismo liberal», herencia del pensamiento utilitarista de John Stuart Mill (1806-1873), el cual, en su famoso ensayo *On Liberty*, publicado en 1859, se preguntaba: «If protection against themselves is confessedly due to children and persons under age, is not society equally bound to afford it to persons of mature years who are equally incapable of self-government?». Para Mill, en efecto, en base a la *regula aurea* del utilitarismo, que hacía coincidir el bien con la máxima felicidad del mayor número de personas, el cuidado de los menores abandonados y la lucha a la explotación laboral de los menores, pertenecientes a clases sociales más débiles, contribuía a reducir las desigualdades sociales (de aquí la simpatía con la que él miró constantemente al movimiento socialista y las reivindicaciones sociales de su país y de su tiempo).

Desde este punto de vista, la tarea paternalista del Estado, era la de cuidar los sujetos incapaces de proveer a los propios intereses, sustituyendo de esta manera un *deficit* de autodeterminación de parte de los mismos. Se trataba de sostener inconscientemente el desarrollo de un pensamiento milenario, el del derecho romano, herencia de un pasado lejano, donde el menor, como *minus* en relación con el adulto, estaba sujeto a la *tutela impuberum* en el caso de muerte del *pater familias* o, si fuera un *adulescens* que no hubiera cumplido aún los veinticinco años, a la *cura minorum*⁽⁴⁾. Por otro lado, la doctrina del derecho civil sobre la incapacidad de actuar del menor, formulada de manera diferente en los ordenamientos europeos y sólo recientemente sometida a reconsidera-

ción generalizada, encuentra sólidas raíces en este antecedente jurídico-sociológico y cultural.

Elarribo del neo-constitucionalismo⁽⁵⁾ después del segundo conflicto mundial, permite transformar los principios de derecho natural en derechos positivos⁽⁶⁾, como son los derechos fundamentales de la persona humana, sancionados por la Declaración Universal de los derechos del Hombre, aprobadas por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; esto, por una parte pone en crisis la tradicional dicotomía entre iuspositivismo e iusnaturalismo⁽⁷⁾, y por otra parte alienta el surgimiento de una nueva y más eficaz función promocional de los ordenamientos

⁽⁵⁾ Se atribuyen al neo-constitucionalismo, en el sentido del rumbo que toma la filosofía del derecho que sostiene la existencia de una conexión lógica y necesaria entre derecho y moral, en virtud del papel adquirido fundamentalmente por los principios (y por los valores) constitucionales en el ámbito de los actuales ordenamientos jurídicos, las teorías del derecho declaradas anti-positivistas de DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977 (trad. italiana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, pp. 37 ss. y 129 ss.), y de ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992 (trad. italiana *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 17 ss.).

⁽⁶⁾ Sobre la «positivizzazione» de los derechos naturales, véase FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011, p. 348 ss., quien critica la expresión neo-constitucionalismo: Id., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, en *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 154 ss.; MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 3 ss.

⁽⁷⁾ Véase BOBBIO, *Prefazione* a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. XI-XII: «(...) después de que el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, y entre ius positivismo y ius naturalismo se presentó en las mayores constituciones modernas, al constitucionalizar los derechos naturales perdió gran parte de su significado, con la consecuencia de que la brecha abierta entre lo que el derecho es y lo que el derecho tiene que ser, manifestado tradicionalmente bajo la forma de contraste entre ley positiva y ley natural, se ha ido transformando cada vez más, en lo que el derecho es y lo que el derecho tiene que ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico». Sobre las diferentes relaciones entre ius naturalismo y positivismo jurídico, según se consideren como ideologías, como teorías generales del derecho o, por último como modos diferentes de acercarse al estudio del derecho, véase N. BOBBIO, *Giusnaturalimo e positivismo giuridico*, prefación de Ferrajoli, Roma-Bari, 2011, pp. 107-124.

⁽⁴⁾ Véase la copiosa e interesante investigación de FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I parte, «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 1994, p. 395 ss.

nacionales con respecto a la tutela de los derechos humanos.

Fundarse en los derechos fundamentales del hombre y en la tutela de su dignidad se ha hecho explícito en el Preámbulo de la Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959, donde se menciona además del precedente documento de Ginebra, incluso la declaración Universal de 1948⁽⁸⁾.

Lo peculiar de la Convención de la ONU de 1989 puede revelarse en el mutar de la perspectiva con respecto a la de 1924: el niño, definido como «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1), se considera explícitamente, por la primera vez, titular de derechos de la personalidad que los Estados partes de la Convención, se comprometen a respetar, adoptando «cualquier medida apropiada de carácter legislativo» (art. 4).

La lista de los derechos mencionados por la Declaración se distinguen por la atención particular que se le pone al cuidado y a la tutela de las atribuciones fundamentales de la persona humana: el niño posee derecho «innato» a la vida (art. 6), «tendrá que ser registrado inmediatamente después del nacimiento y a partir de allí tendrá derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en lo posible, de conocer a sus propios padres y ser acudido» (art. 7).

Se trata de un reconocimiento que, aun no teniendo valor jurídico, constituye el fundamento pre jurídico de cada ordenamiento civil que se caracterice por una función promocional (en lugar de una función únicamente protectora-represiva) con el fin de garantizar la tutela efectiva del menor en la sociedad. Este hecho ha quedado, sin embargo, como un reconocimiento bastante genérico y no vinculante, cuyo objetivo, como se ha desta-

cado con anterioridad, era el de «garantizar al niño un mejor pasaje a la edad adulta: protegerlo e instruirlo para su futuro, sin embargo, sin predisponer a la sociedad a garantizar de la mejor manera aquel futuro que se le prometía»⁽⁹⁾. De similar contenido es el sucesivo Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, concluidos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, del cual el art. 24 (único destinado específicamente a los menores) dispone que «1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad».

A nivel estrictamente jurídico, en cambio, habría que recordar que el 1959 fue el año en el que se instituyó el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que según el art. 34 de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH) del 4 de noviembre de 1950, asegura la tutela jurisdiccional de los derechos humanos no sólo entre los Estados, sino incluso, a cada persona física, a cada organización no gubernamental o grupo de privados que pretendan ser víctimas de parte de los Estados de una violación de un derecho reconocido por la Convención. La CEDH no se ocupa explícitamente de los menores, con excepción del art. 2 del Protocolo adicional a la Convención de 1952, que disciplina el derecho a la instrucción, considerando de todos modos, a los padres y no a los niños sujetos titulares del derecho.

Ahora bien, sobre todo en los últimos años, las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se ocuparon indirectamente de la tutela de los menores a través de la aplicación de los arts. 6 y 8 de la CEDH,

⁽⁸⁾ El art. 25, apartado 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de ONU sanciona que «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social».

⁽⁹⁾ Véase la completa reconstrucción de SCARPATI, *I diritti dei bambini*, Modena, 2012, p. 37 ss.

referidos, respectivamente, al derecho a un ecuoproceso y al derecho al respeto de la vida privada y familiar. De manera especial, en algunos casos concernientes la violación del art. 8 CEDH, el Tribunal se comprometió a aceptar, en sesión de verificación, el correcto equilibrio entre intereses contradictorios, si los jueces nacionales, al tutelar el menor y su opinión, hubieran considerado adecuadamente el interés del padre perjudicado por la adopción de la medida limitada contestada⁽¹⁰⁾. De tal manera que se tutelaron los derechos de relación de naturaleza familiar reconocidos y garantizados por el art. 8 CEDH⁽¹¹⁾. Además, fue sancionado el derecho del menor para que participe efectivamente al proceso en el que se lo involucra, teniendo en cuenta su particular fragilidad, aplicando el art. 6 CEDH⁽¹²⁾.

Cabe señalar, que un efectivo cambio en el reconocimiento jurídico del estatuto general de los menores propiamente dicho fue, sin embargo, constituido por la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, rectificado y vuelto ejecutivo en todos los países signatarios

(en Italia con ley del 27 de mayo de 1991, n. 176) donde la noción de «mejor interés del niño» (*the best interest of the child, intérêt supérieur de l'enfant*), ya manifestada en la declaración universal de 1959⁽¹³⁾, se pone como objeto de consideración prioritaria en todas aquellas decisiones que se refieren a menores emitidos por órganos legislativos, judiciales o administrativos (art. 3, apartado 1). El sistema jurídico que deriva de la Convención ve al menor como sujeto para tutelar plenamente en todas las formas de manifestación de su personalidad, sea que se lo considere individualmente o que se lo considere en el ámbito de su natural y necesario modo de relacionarse.

De manera particular, el catálogo de los derechos fundamentales del menor reconocidos por la Convención se refiere: a) a la tutela de la persona considerada en sí misma; b) en el ámbito de sus relaciones familiares y personales; c) en la dimensión social de su existencia.

Incluido en a) se comprende el derecho a la vida (art. 6); al nombre, a la ciudadanía, a la identidad personal, nacional y cultural (arts. 7, 8, 20 apartado 3, y 30); a la confidencialidad (art. 16); a la salud (art. 24); a la libertad de expresión, es decir a la capacidad de buscar, recibir, divulgar información e ideas (art. 13); a la libertad de pensamiento, conciencia, religión (art. 14); a la libertad de asociación y de reunión (art. 15); a la privacidad de la vida familiar, del domicilio, de la correspondencia, al respeto del honor y de la reputación (art. 16).

En b) se comprenden: el derecho-deber de los padres de educar al hijo según el desarrollo de sus capacidades para el autónomo ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (art. 5) y de mantenerlo (art. 27,

⁽¹⁰⁾ Véase, *ex multis*, Tribunal EDH, 13 de julio de 2000, *E. v. Alemania*, recurso n. 25735/94, párrafos 50-52; *Id.*, *B v. Italia*, 16 de septiembre de 1999.

⁽¹¹⁾ Véase Tribunal EDH, 8 de julio de 1987, *W. v. Reino Unido*, Series A, n. 121 (1987), S., hijo del recurrente, había sido dado en custodia por largo plazo, período finalizado a la adopción de la asistencia social británica, la que consideraba el ambiente familiar inadecuado para un crecimiento sano del menor. Sea durante la custodia que después de la adopción se le impidió al recurrente y a su mujer que tuvieran contacto alguno con el menor. Por lo que el padre decidió recurrir al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sobre la base de la consideración de que la decisión de poner al niño en adopción era definitiva y que, por lo tanto, violaba el art. 8 TEDH según la falta de respeto de la vida familiar por interferencias ilícitas. El Tribunal a tal propósito estableció que: «Where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him».

⁽¹²⁾ Véase, *ex multis*, Tribunal EDH, 16 de diciembre de 1999, *T. v. Reino Unido*, recurso n. 24724/94, párrafos 80 ss.; *Id.*, 15 de junio de 2004, *T. v. Reino Unido*, recurso n. 60958/00, párrafo 28.

⁽¹³⁾ La Declaración universal de los derechos del niño de 1959 proclamaba ya (principio séptimo) que «el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres»; es decir porque el niño «por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal (...)» (tercer Considerando).

apartado 2), que corresponde al derecho del niño de conocer a sus padres y de ser criado por ellos (art. 7); el derecho del menor de convivir con ambos padres, o, cuando haya separación, de mantener relaciones personales y contactos directos con ambos, excepto cuando esto sea contrario al interés superior del niño (art. 9); al respeto de su vida privada y de las relaciones familiares sin injerencias arbitrarias o ilegales (arts. 8 y 16); a la reunificación familiar cuando la separación sucede por razones sociales (art. 10). El menor, tiene también el derecho de ser protegido de cualquier forma de maltrato, violencia física y mental, sexual, negligencia, abandono, en el ámbito de la relación con los padres y con aquellas personas a las que se lo encomienda, con medidas preventivas, represivas, educativas, sociales e incluso con procedimientos de intervención judicial (art. 19). Por último, en caso de privación temporal o definitiva de su ambiente familiar, el menor tiene derecho a una sustitución de protección, mediante el cuidado temporal de parte de una familia, la «kafalah» prevista por la ley islámica, la adopción o, en caso de necesidad, el alojamiento en idóneas instituciones para la infancia. En la elección de estas soluciones, se tendrá cuenta de la necesidad de garantizar una cierta continuidad en la educación de los niños, como también su origen étnica, religiosa, cultural y lingüística (art. 20).

En c) se recuerda el derecho a la instrucción (art. 28), las intervenciones de prevención sanitaria y el cuidado de las personas con discapacidades (arts. 23, 24 y 25), la asistencia y la seguridad social (art. 26), la protección de la explotación económica, de las drogas, de la explotación sexual y de la esclavitud (arts. 32, 33, 34, 35).

Ahora bien, el cambio de perspectiva de la Convención con respecto a las Declaraciones anteriores, se capta sobre todo, teniendo en cuenta la nueva afirmación del derecho de expresión y el de escuchar al menor, sea en familia que en la relación del mismo con las instituciones. Sobre todo, el art. 12 dispone que «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un jui-

cio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.». En efecto, según el art. 4, «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención».

Los conceptos claves, alrededor de los que se edificó el nuevo estatuto internacional de los derechos de los menores son, por lo tanto: la capacidad de discernimiento del menor y el derecho de escuchar que deriva del mismo. El menor, es decir la persona física que no alcanzó aún los dieciocho años de edad (excepto que haya alcanzado antes la madurez en virtud de la legislación aplicada) es un sujeto de derecho que puede estar en grado de evaluar con toma de conciencia la realidad y expresar sus propias elecciones existenciales de acuerdo a sus relaciones personales, e indirectamente, en relación con los hechos jurídicamente relevantes que lo involucran. Todo esto reconoce sobre todo, cuando se refiere a un niño de edad pre-puberal, que en virtud de su concreta aptitud por discernir, puede estar en grado de expresar opiniones sobre cualquier cuestión que le interese, sobre educación, sobre el ambiente donde vive y sobre sus relaciones familiares. Este grado de madurez psíquica se demuestra a través de específico asesoramiento especializado y es consecuencia natural del diferente desarrollo - en casos particulares - de la personalidad *in fieri* del menor. La historia del derecho enseña que, el prestar atención a la diferente madurez del menor a través de su desarrollo psico-físico no es nuevo: ya el derecho romano establecía la distinción en el ámbito de la categoría de los impúberos, entre niños que carecían de capacidad intelectual y por lo tanto, incapaces de formular discursos

razonados (*infantes qui nullum intellectum habente quifari non possunt*), e impúberes *infantia maiores*, a los que, en cambio, se les reconocía una mínima capacidad de juicio y de madurez intelectual, que poseían la capacidad de formular un discurso sensato (*qui lo quio fari possunt e qui iam aliquem intellectum habent*)⁽¹⁴⁾. Queda por comprender, sin embargo, si, actualmente, la tradicional dicotomía: capacidad jurídica capacidad de actuar, que nació y desarrolló su función con respecto a los actos de contenido patrimonial, otorgando al menor la capacidad de gozar de los derechos de los que es titular a través del instituto de representación de negociación de fuente legal, haya entrado en crisis. En efecto, si bien la capacidad de discernimiento es un concepto elaborado en relación con los actos de naturaleza personal, es evidente que la madurez alcanzada por un adolescente puede, según los casos, legitimar el cumplimiento incluso de algunos actos de naturaleza patrimonial, como por otra parte se admite explícitamente en algunas experiencias jurídicas europeas.

De todas maneras, el reconocimiento manifestado en la Convención de Nueva York de la verificación de la capacidad de discernimiento del menor es una conquista jurídica de extrema importancia sobre todo porque consiente mirar al menor por la primera vez como a un sujeto potencialmente (o sea, capaz de formarse con conciencia, una propia opinión) en condiciones de formar parte procesal en todas aquellas cuestiones que le competen; esto sucede a menudo en la hipótesis de decisiones sobre el cuidado del menor después de una separación entre padres (conyugues o convivientes), pero también, por ejemplo, en los procedimientos que se refieren a la decadencia de la potestad sobre hijos menores de uno de los padres a causa de abusos perpetrados a su daño. El derecho de ser escuchado por el juez, en efecto, se manifiesta a través de la participación necesaria del menor al proceso; en tal propósito, la Corte constitucional italiana, con sentencia del 16 de enero de 2002, n.

1, ha establecido que, después del art. 12 de la convención de Nueva York, que entró a formar parte del ordenamiento interno con la ley de ratificación de 1991, al menor se lo considera como parte del procedimiento en los juicios que se refieren a la potestad de los padres, con la necesidad de procedimiento contradictorio con respecto a él mismo, si fuese el caso, previa nominación de un curador especial⁽¹⁵⁾.

En ámbito europeo, las indicaciones de la Convención de Nueva York de 1989 se han realizado gracias a la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los menores, adoptada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (ratificada en Italia con ley del 20 de marzo de 2003, n. 77), con el objetivo de «promover los derechos de los niños, de concederles derechos procesales y facilitar el ejercicio de estos derechos por lograr que los niños sean informados y autorizados a participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial» (art. 1)⁽¹⁶⁾. Sobre todo, el art. 3 de la Convención de Estrasburgo establece que «En los procedimientos que le competen delante de una autoridad judicial, al menor que se lo considera por el derecho interno como poseedor de capacidad de discernimiento se le reconocen los siguientes derechos, de los cuales él mismo puede solicitar su beneficio: a) recibir todo tipo de información pertinente; b) ser consultado y expresar su propia opinión; c) ser informado de las eventuales consecuencias que tales opiniones comportarían en la práctica y de las posibles consecuencias ante cualquier decisión tomada» (trad. no oficial). Este derecho del menor de ser informado y el de poder expresar su propia opinión en los procedimientos familiares que le competen está explícitamente considerado un derecho accionable de parte del mismo menor. Además, el sucesivo art. 6 dispone que: «En los procedimientos que competen al menor, la autoridad judicial, antes

⁽¹⁵⁾ Corte cost., 16 de enero de 2002, n. 1, en *Foro it.*, 2002, I, c. 3302.

⁽¹⁶⁾ Véase CONTRI (coord.), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milán, 2011.

⁽¹⁴⁾ Gai Inst., 3, 107-109.

de llegar a cualquier conclusión, debe: a) examinar si dispone de informaciones suficientes con el fin de tomar decisiones en el interés superior del menor y, si necesario, obtener informaciones suplementarias, sobre todo de parte de los poseedores de la responsabilidad paternal; b) cuando el derecho interno retenga que el menor posea capacidad de discernimiento suficiente: asegurarse que el menor haya recibido todas las informaciones pertinentes; en el caso que lo soliciten, consultar al menor personalmente, si necesario en privado, directamente o a través de otras personas u órganos de manera adecuada a su madurez, a menos que esto no sea claramente contrario a los intereses superiores del menor, y permitir al menor que exprese su propia opinión; c) tener en cuenta la opinión manifestada por el mismo»⁽¹⁷⁾ (traducción no

oficial). Justamente el art. 6 de la Convención de Estrasburgo ha dado la ocasión al máximo órgano de la legislación civil italiana que pronuncie una sentencia importante, según el cual «constituye violación del principio del procedimiento contradictorio y de los principios del justo proceso el no escuchar al menor objeto de causa, visto que el menor es el poseedor de intereses contrapuestos y diferentes a los de los padres, en la custodia y en el derecho de visita y por tal perfil, se lo califica como parte en sentido sustancial»⁽¹⁸⁾ (trad. no oficial). Sin embargo hay más aún: la legislación italiana destaca también la necesidad de que el juez tenga cuenta de los resultados que deriven de haber escuchado al menor, motivando de manera adecuada según el grado de discernimiento del mismo menor, cualquier discrepancia entre su propia decisión y las opiniones manifestadas por este último⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Según el art. 9 de la Convención de Estrasburgo, «1. En los procedimientos que se refieren a un menor, cuando en virtud del derecho interno los titulares de las responsabilidades paternas se les priva de la facultad de representar al menor a causa de un conflicto de intereses, la autoridad judicial tiene el poder de designar un representante especial que lo represente en tal procedimiento. 2. Las partes examinarán la posibilidad de proveer que, en los procedimientos que se refieren a un menor, la autoridad judicial tenga el poder de designar un representante distinto, en aquellos casos que se considere oportuno, por un abogado que represente al menor». En aplicación de este artículo, la Corte constitucional italiana, con sentencia n. 83 de 2011, con respecto al juicio de oposición de un padre al reconocimiento del hijo (menor de 14 años, que debe ser escuchado si ha cumplido los 12 años e incluso si de edad inferior, cuando sea capaz de discernimiento) de parte del otro padre (art. 250, apartado 4, código civ. italiano), estableció que «el menor, en el asunto sustancial y procesal que le respecta, constituye un centro autónomo de imputación jurídica, siendo involucrados en el procedimiento sus relevantes derechos e intereses, sobre todo, aquella de la evaluación de la relación con todas las implicaciones conectadas. Resulta entonces, que a dicho menor se le reconoce como parte en el juicio de oposición según el art. 250 código civ. italiano. Y, si normalmente su función sustancial y procesal queda a cargo del padre que efectuó el reconocimiento (arts. 317-bis y 320 código civ. italiano), si se preven situaciones de conflicto de intereses, incluso en vía potencial, le queda al juez proceder con el nombramiento de un síndico. Dicho nombramiento puede realizarse por pedido explícito del fiscal, o a través de cualquiera de las partes que tenga interés (art. 79 código proc. civ. italiano), incluso por la autoridad, teniendo en cuenta el específico poder atribuido a la autoridad judicial

El examen de los instrumentos supranacionales de tutela del menor se debe completar según referencias de las fuentes de la Unión Europea. El art. 3 del Tratado sobre la Unión Europea, en el párrafo 3, se establece que la Unión «fomentará (...) la protección de los derechos del niño», mientras que, en el párrafo 4, declara que «en las relaciones con el resto del mundo, la Unión contribuirá a (...) la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño». Es de suma importancia también, el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (que, por efecto del art. 6 TUE, posee la misma eficacia jurídica de los Tratados) en virtud del cual «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar libremente su propia opinión. *Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su*

por el art. 9, apartado 1, de la antedicha Convención de Estrasburgo».

⁽¹⁸⁾ Cass., Sez. un., 21 de octubre de 2009, n. 22238. En Italia, sucesivamente, en el mismo sentido, véase Cass., 17 de febrero de 2010, n. 3804; Cass., 26 de marzo de 2010, n. 7281; Cass., 14 de julio de 2010, n. 16553.

⁽¹⁹⁾ Cass., 17 de mayo de 2012, n. 7773.

edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.». En la explicación de la Carta, se precisa que «Este artículo se basa en la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, sobre todo, en lo que se refiere a los artículos 3, 9, 12 y 13 de dicha Convención». Como se puede observar, la estructura constitucional europea se alinea perfectamente al actual estatuto

internacional de los derechos del menor, destacando tanto el derecho de escuchar al menor como el derecho a gozar de ambos padres; lo que está atestiguado también en los actos de derecho derivado como el Reg. n. 2201/2003 del Consejo del 27 de noviembre de 2003, referido a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, que pretende garantizar «el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea» (considerando 33).

Francesco Scaglione

Derechos fundamentales y derechos humanos

Bibliografía: AGUILERA PORTALES, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Monterrey, 2010; BIDART CAMPOS, *Los derechos «no enumerados» en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2002, pp. 103-113; FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001; HÖFFE, *Derecho Intercultural*, 1ª ed., Barcelona, 2008; MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, Comisión Nacional de reconciliación y reparación, Santiago, 1994; NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 1ª ed., México, 2009.

La distinción entre una noción de «derechos fundamentales» y otra de «derechos humanos» reviste importancia porque da cuenta del marco de legitimidad y de justificación normativa de los derechos esenciales de toda persona, «fundamentales» o «humanos». Los derechos humanos configuran una par-

te integrante de la moral jurídica universal, teniendo un origen preestatal, de modo que corresponden al ser humano, sólo por el hecho de ser éste lo que es, llegando a convertirse en elementos del derecho positivo cuando entran a formar parte de la Constitución, desde donde obligan a los poderes públicos, con cuya positivación pasan a ser «derechos fundamentales» de una comunidad jurídica. Pero dicha entidad estará supeditada a que en este proceso normativo formal se reconozcan los tres grupos de derechos humanos (que pasan a ser «fundamentales»): los «derechos de libertad» (derechos y libertades personales), los derechos de «participación democrática» (derechos políticos) y los «derechos sociales» (económicos, sociales y culturales). Solo sobre la base de este proceso de reconocimiento inicial se podrá considerar la existencia de un «Estado constitucional democrático y de derecho». Por tanto, los derechos humanos reciben su legitimación en el derecho positivo

de modo secundario y subsidiario, teniendo el estado la obligación de transformar estos derechos innatos, inherentes a la persona humana, por la vía de la Constitución y la legislación, transformándose así en derecho estatal - «derechos fundamentales» - lo que concierne a la persona en cuanto miembro de un ente público concreto⁽¹⁾. Entonces, en el primer acercamiento, como derecho inherente a la persona humana, hablamos de derechos humanos; pero en el segundo, al referirnos a estos derechos ya positivizados en diversos instrumentos jurídicos, como la Constitución Política de la República o los tratados internacionales, referimos a la categoría de «derechos fundamentales».

En este sentido, por una parte, los «derechos humanos» constituyen el conjunto de libertades, pretensiones y potestades jurídicas que posee todo individuo, como derechos subjetivos, esto es, posiciones morales y normativas anteriores a una norma jurídico positiva. Por ello, los derechos humanos representan el instrumento jurídico y político más idóneo y eficaz para evitar cualquier tipo vulneración contra la vida humana⁽²⁾. Por otra, para Ferrajoli los «derechos fundamentales» son aquellos derechos que dentro de un determinado ámbito normativo se atribuyen a los sujetos en cuanto personas o en cuanto ciudadanos, en cuanto capaces de actuar. Dice que son fundamentales «aquellos derechos que aparecen reconocidos a favor de determinados sujetos con base en su *status* y no con base en su actividad negocial»⁽³⁾. Es decir, los derechos fundamentales requerirán un acto de reconocimiento normativo. Agrega que tales derechos «atribuyen facultades jurídicamente no disponibles o inalienables y, por ello, sustraídas al intercambio mercantil»⁽⁴⁾. Por tanto, los derechos humanos gozan de

un carácter inherente e inalienable a todos los seres humanos, en cuanto tales, anterior al acto normativo de reconocimiento y sustraídos de su capacidad de disposición. Por tanto, toda persona está dotada de estos derechos («humanos») por el sólo hecho de constituir tal, al margen de cualquier proceso de reconocimiento, normativización formal o contratación, no obstante, el acto positivo de reconocimiento será central en su definición como «derecho fundamental». En consecuencia, estos derechos innatos o esenciales («humanos»), sin dejar de ser tales, pasan a formar parte del marco jurídico por la actividad legislativa de cada estado, adquiriendo así el carácter de derecho estatal positivizado o derechos fundamentales. En este sentido, la «Declaración Universal de Derechos Humanos» señala en su art. 1 que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». A su vez, este mandato ha sido incorporado por diversas constituciones, para las cuales los derechos fundamentales vienen a constituir el mecanismo a través del cual se entrega protección a los individuos respecto del poder del estado como órgano direccional con amplias facultades sobre la ciudadanía. Así, a través de estos derechos se busca lograr la mayor realización de la persona humana, libre de toda vulneración arbitraria o injustificada, entregando al mismo tiempo garantías en torno al libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, en términos suficientes y apegados al tenor de los instrumentos internacionales que rigen la materia. Por ejemplo, entre otras, constituciones latinoamericanas como la de Bolivia (2009)⁽⁵⁾ y la de Chile (1980)⁽⁶⁾ incorporan al marco constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Entonces, estas constituciones, por una parte, establecen los derechos humanos como límite al ejercicio del poder (la Soberanía) y, al mismo tiempo, otorgan certeza jurídica al reconocer constitucionalmente ciertos catálogos en los

(1) HÖFFE, *Derecho intercultural*, 1ª ed., 2008, Barcelona, pp. 166-169.

(2) AGUILERA PORTALES, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Monterrey, 2010, p. 23.

(3) FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, p. 78.

(4) FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 78.

(5) Artt. 256 y 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

(6) Art. 5 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

cuales esos derechos están contenidos como «derechos fundamentales» (el texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos). Esta fórmula tiene un sólido fundamento, porque, en el primer caso, el órgano constituyente estableció que ciertos derechos merecen reconocimiento como derechos «fundamentales» en la propia Carta Constitucional y, paralelamente, es la comunidad internacional, con participación del estado en el ejercicio de su autonomía soberana, la que ha logrado un consenso respecto de estos derechos⁽⁷⁾. Entonces la Constitución, como presupuesto inicial refiere a los «derechos humanos»⁽⁸⁾, pero luego especifica las principales fuentes normativas que expresamente considera el ordenamiento jurídico en su conjunto como derechos fundamentales, la propia Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el estado. Como venimos sosteniendo, todo derecho esencial que emana de la naturaleza humana o derecho fundamental es vinculante y un límite al ejercicio de la soberanía del estado, porque es un «derecho humano» anterior al estado que es solo un instrumento que tiene como fin garantizar el pleno desarrollo de la persona y sus fines, entendida en su contexto individual, familiar, social y cultural. Entonces, aquellos que invoquen derechos que no están consagrados expresamente en cuerpos normativos, como textos positivos y vinculantes para el estado (la constitución y los tratados de derechos humanos), tendrán la dificultad de demostrar que ellos también son derechos esenciales, «el obstáculo será entonces de evidencia o persuasión, pero no de inoponibilidad de dichos derechos a los órganos del Estado por no encontrarse formalmente mencionados en la Constitución o en los tratados»⁽⁹⁾. En cambio, los derechos

fundamentales, por una parte, tendrán la ventaja de la positivación, pero también estarán acotados o limitados por sus propios textos. Todo lo anterior sin perjuicio de la denominada «interpretación evolutiva de los derechos humanos»⁽¹⁰⁾. Bajo el mismo paradigma, los catálogos nacionales o internacionales, constituyen un mínimo y nada obsta que se adopten nuevos catálogos que consagren nuevos derechos que están —en sustancia— comprendidos por los derechos humanos o esenciales pero que carecen del texto expreso formalmente normativizado como «derecho fundamental», lo que le da sentido último a la positivación de los derechos humanos. La existencia de catálogos estatuidos de derechos fundamentales busca proteger la dignidad humana que se ve amenazada o violada en forma constante y las formas que estas amenazas o violaciones toman son infinitas. Por ello —plantea Medina— los catálogos de derechos, que buscan establecer de manera inequívoca la calidad de fundamentales de determinados derechos humanos, no agotan, ni pueden agotar, las formas de cautela de la dignidad humana que a lo largo del tiempo deben adoptarse «con el fin de castigar las inagotables formas de vulneración». Los catálogos solo consagran «aquellas modalidades de protección que en un momento determinado de la historia la sociedad identifica como las necesarias para ese lugar y época»⁽¹¹⁾. Lo mismo ocurre con las normas internacionales o nacionales que crean mecanismos de protección de estos derechos, dado que la posibilidad de que ellas sean mejoradas, o ade-

⁽⁷⁾ MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, Comisión Nacional de reconciliación y reparación, Santiago, 1994, p. 45.

⁽⁸⁾ En el art. 5, inciso 2 de la Constitución chilena se definen como los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana».

⁽⁹⁾ MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, cit., pp. 44-45.

⁽¹⁰⁾ La Interpretación evolutiva de derechos humanos es una doctrina hermenéutica desarrollada por los principales tribunales internacionales con competencia en materia derechos humanos, conforme la cual los tratados internacionales de derechos humanos son instrumentos «vivos» cuya interpretación debe adecuarse a los tiempos y a los contextos en que se ejercen los derechos protegidos, con la finalidad de asegurar siempre el mayor grado protección para la persona humana. Véase la nuestra voz «Interpretación evolutiva de los derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

⁽¹¹⁾ MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, cit., p. 45.

cuadas a las circunstancias de tiempo y lugar siempre es posible. Es claro, entonces, que la positivización de los derechos obedece al afán de hacer más fácil su ejercicio y goce y, por lo tanto, más adecuada su protección. Si la comunidad internacional, o la nacional, se ponen de acuerdo en que ciertos derechos son «humanos» o «esenciales», reconociéndolos como «fundamentales», ellos podrán ser invocados por sus titulares sin necesidad de verse expuestos a probar su naturaleza porque ella está determinada de antemano, de manera fehaciente e inalienable⁽¹²⁾.

Resumiendo, todos los derechos humanos, en tanto esenciales y que emanan de la naturaleza o dignidad humana, constituyen una limitación a la soberanía del estado. Los individuos que invoquen los derechos establecidos o «fundamentales», tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, no tendrán que probar que estos derechos son humanos. Por el contrario, si pretenden invocar otros no

⁽¹²⁾ MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, cit., p. 45.

contemplados en dichos cuerpos legales, que se conocen como «implícitos»⁽¹³⁾, tendrán la dificultad de demostrar que ellos también son derechos esenciales, pero eso no limita su existencia y la obligación material de respetarlos⁽¹⁴⁾.

Juan Jorge Faundes Peñafiel

⁽¹³⁾ La teoría de los «derechos implícitos» (BIDART CAMPOS, *Los derechos «no enumerados» en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2002, pp. 103-113) es planteada en el marco de la interpretación evolutiva de los derechos humanos y bajo el imperativo de lograr el efectivo ejercicio, libre y pleno, de todos los derechos y libertades emanados de la dignidad humana misma, debiendo cada estado adoptar las medidas necesarias para alcanzar este fin, considerando las implicancias de su actuar en atención al deber de no repetición y al deber de reparación que se pueda generar como consecuencia de la responsabilidad internacional surgida en el eventual incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

⁽¹⁴⁾ MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, cit., p. 46.

Derechos humanos (en un enfoque intercultural)

Bibliografía: AGUILERA PORTALES, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Monterrey, 2010; ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001; ANAYA, *Los derechos de los pueblos indígenas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, pp. 29-60; ATTARD, *La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia en Lex Social*, en *Rev. jurídica de los derechos sociales*, julio-diciembre, 2(2), 2012, pp. 133-162; BARZUCO, EXENI, *Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, La paz: Fundación Rosa Luxemburg, Abya Yala, 2012, pp. 49-149; BENHABIB, *Los derechos de los otros. Extranjeros residentes y ciudadanos*, Barcelona,

2004; BIDART CAMPOS, *Los derechos «no enumerados» en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*, en *Derecho internacional de los derechos humanos: memoria VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2002, pp. 103-113; CLAVERO, *Derechos indígenas y Constituciones latinoamericanas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, pp. 314-338; CLAVERO, *Multiculturalismo y monoconstitucionalismo de lengua castellana en América*, en *Derecho indígena*, México, 1997, pp. 110-112; DÍAZ, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud en una restricción a derechos fundamentales*, en *Rev. de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1^{er} semestre (XXXVI), 2011, pp. 167-206; FERRAJOLI, *Los fundamen-*

tos de los derechos fundamentales, Madrid, 2001; FORNET-BETANCOURT, *La Filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento*, Temuco, 2011; GÓMEZ, *Derecho indígena y constitucionalidad*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Arica, 2000, pp. 1029-1050; HÖFFE, *Derecho intercultural*, 1ª ed., Barcelona, 2008; ITURRALDE, *Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas*, en *Rev. alteridades*, 1997, pp. 81-98; JIMÉNEZ, *Multiculturalismo y derechos indígenas en México (tesis)*, en línea, <http://www.iidh.ed.cr/>; MEDINA, *Constitución, Tratados y derechos esenciales*, Comisión Nacional de reconciliación y reparación Santiago, 1994; MEDINA, *Derecho internacional de los derechos humanos. Manual de enseñanza*, Santiago, 1990; NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 1ª ed., México, 2009; NASH, *La concepción de derechos fundamentales en latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008; NOGUEIRA, *Reforma constitucional del 2005 y Tratados internacionales*, en *Estudios constitucionales*, 1(5), 2007; NOGUEIRA, *Dogmática constitucional*, Santiago, 1997; NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, 1997, en línea <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/>; NOGUEIRA, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, en línea <http://www.crdc.unige.it/>; O'DONNELL, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago, 2007; RAMÍREZ, *El desafío de la diversidad: el pluralismo cultural como compromiso político*, en *Rev. comunicación*, n. 3, 2005, pp. 265-278; RAMÍREZ, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural*, Buenos Aires, 2001; RAMÍREZ, *Diversidad y derechos humanos, un desafío para la Administración de la justicia penal*, 2004, en línea <http://www.uasb.edu.ec/>; RODRÍGUEZ VELÍZ, ROJAS, *Pensar este tiempo: pluralismo jurídico*, La Paz, 2010; SALAS, *Ética Intercultural*, Santiago, 2003; SANTOS, *Conocer desde el sur. Para una cultura política emancipatoria*, Lima, 2006; SANTOS, *Introducción: cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, 2012, pp. 11-48; YRIGROYEN, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*,

en CASTRO (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago, 2004, pp. 191-228; YRIGROYEN, *Pueblos indígenas: Constituciones y reformas políticas en América Latina*, Lima, 2010.

1. Introducción. Los derechos humanos definidos bajo un enfoque intercultural se fundamentan desde la dignidad misma de la persona humana, la que justifica la irrenunciabilidad de estos derechos, asociada a la necesaria reciprocidad de su reconocimiento y ejercicio, constituyendo un núcleo universal de mínimos éticos o cívicos para la convivencia en lo público que se construye y valida en y desde las diversas culturas. Es, asimismo, un concepto articulado en forma interrelacional entre el derecho interno de los estados y el derecho internacional porque su contenido material se establece actualmente como un estándar normativo internacional de derechos humanos⁽¹⁾. Es también un concepto complejo porque los derechos humanos son imperativos en diversas dimensiones: como límite para el estado; como límite para el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos y en particular de los grupos culturalmente diferenciados respecto de sus derechos como tales, individuales y colectivos, en una interpretación intercultural de los derechos humanos. Esta última dimensión «intercultural» considerará, por tanto, los principios y mecanismos necesarios para la coordinación normativa e institucional de los derechos humanos ante los necesarios conflictos que suponen las relaciones interculturales.

Si nos preguntamos por la legitimidad y la normatividad de los derechos humanos, - siguiendo a Höffe - la sociedad solo se constituye desde el reconocimiento recíproco, donde los derechos humanos enfatizan «la capa

(1) En esta voz usamos la expresión «Derechos fundamentales» para distinguir los «Derechos humanos», como el género que comprende la totalidad de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana misma, de los «Derechos fundamentales» que son aquellos derechos humanos reconocidos y formalmente positivizados en los diversos catálogos de derechos de orden internacional y constitucional. Véase la nuestra voz «Derechos fundamentales y derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

elemental de intereses innatos», por ello, antes de ocuparnos de la posibilidad de autorrealización - del «yo», debemos cautelar el establecimiento de las condiciones básicas de la existencia, lo que instala el fundamento o el núcleo esencial de los derechos humanos en un «nosotros», en un marco relacional, en «alteridad». En consecuencia, por una parte, los derechos humanos tendrán una dimensión moral o «esencial», consecuentemente irrenunciable; y, por otra, tendrán una dimensión antropológica de «reciprocidad». Entonces, los derechos humanos son *per sé* de toda persona, son esenciales e intrínsecos a la naturaleza humana, en ese sentido universales. Pero, al mismo tiempo, se despliegan en reciprocidad, se legitiman «bajo la condición de que se correspondan» en reciprocidad. Cobran sentido normativo extrapolando la valoración moral individual hacia un proceso de reconocimiento y respeto recíproco, porque para una visión intercultural del derecho la identidad (social, cultural, económica, ecológica), también constituye «intereses trascendentales» que solo son posibles en reciprocidad. Como estos derechos son «irrenunciables» y a la vez «recíprocos», los «derechos humanos» se legitiman a partir de dos principios basales «dependientes»: el principio de «irrenunciabilidad de los intereses» y el «principio de reciprocidad», que se generan en un intercambio, en razón a que «contrae un deber humano, quien realmente acepta de los otros prestaciones que se producen únicamente bajo la condición de la contraprestación», ya que los derechos humanos no existen por el hecho de que uno da y otro toma, sino porque hay un dar y un tomar recíprocos, lo que genera un equilibrio jurídico y social. Por tanto, «cuando los intereses son irrenunciables y, además, están ligados a la reciprocidad, entonces se pasa de lo irrenunciable a lo recíproco; se hace absolutamente necesario el correspondiente intercambio».

Así, como punto de partida, existe un núcleo de derechos o principios jurídicos universales, por ser compartidos en su esencia humana por todas las culturas y no como un paradigma jurídico impuesto por una cultura a

las otras como «su visión» de estos derechos universales. En este sentido, un orden jurídico solo será plenamente legítimo «cuando también estén reconocidos los derechos de libertad, la democracia y la condición de Estado social tan relevante para los derechos humanos», en todas las culturas⁽²⁾. Se podrá por tanto concebir una moral jurídica en sentido pleno cuando se remita no necesariamente a las tradiciones dependientes de una cultura o época, sino «a la razón humana universal, enriquecida con las experiencias de toda la humanidad»⁽³⁾. Entonces, en un enfoque intercultural, «paradójicamente», los derechos humanos (bajo una noción de esencialidad ética intercultural y universal) son jurídicamente independientes de toda cultura, pero al mismo tiempo, hay «derechos culturalmente dependientes», no en su legitimación, sino en su conformación específica contextual⁽⁴⁾.

En un mismo sentido, para Adela Cortina las diversas culturas pueden dialogar en torno a sus «mínimos éticos» y alcanzar acuerdos deliberativos que constituyen una «Ética Cívica» compartida por la sociedad donde radicarán los valores universales. A su vez, paralelamente a esos mínimos, todas las culturas legítimamente tienen o aspiran a «máximos éticos», que las diferencian de las otras y cuyo límite solo es el deber de no imposición y el deber recíproco de respeto de los máximos de las otras culturas que asumen estos mismos deberes. Sin embargo, estos presupuestos interculturales suponen, aunque no siempre se declara, la existencia de conflictos, tanto respecto cuáles son los mínimos, como respecto de las condiciones concretas de posibilidad necesarias para el reconocimiento recíproco e incluso sobre la disposición o tolerancia a la realización de los máximos culturales de las otras culturas⁽⁵⁾.

Entonces, el concepto de reconocimiento que se establece como presupuesto de los

(2) HÖFFE, *Derecho intercultural*, 1ª ed., Barcelona, 2008, p. 56.

(3) HÖFFE, *Derecho intercultural*, cit., pp. 138-141.

(4) HÖFFE, *Derecho intercultural*, cit., pp. 197-209.

(5) SALAS, *Ética intercultural*, Santiago, 2003, pp. 72-77.

derechos humanos en una mirada intercultural, en definitiva, plantea la búsqueda de los principios y las condiciones materiales (culturales, sociales, políticas, económicas, institucionales y jurídicas) que permitan un «con-vivir» universal de los diversos «otros», en sus diversos contextos.

Un concepto intercultural de los derechos humanos presupone que «reconocer» implica el imperativo ético, normativo e institucional de prever las condiciones necesarias para el «estar» o «estar» en situación. Porque no hay un auténtico reconocimiento si no se aseguran las condiciones de existencia del «otro», existencia que, al mismo tiempo, es supuesto de «mi» o «nuestra» existencia. Emerge así el conflicto consustancial al reconocimiento intercultural cuando el reconocimiento se contextualiza en el espacio ocupado a partir de la pretensión totalizante de una cultura sobre la otra. En consecuencia, hablar de reconocimiento será hablar de conflicto, hablar de la lucha por la liberación del espacio ocupado que disputan las condiciones de existencia de este «otro» diferente o marginado, como reclaman los pueblos indígenas que irrumpen incisivamente demandando sus propias condiciones de existencia. Como vemos, el reconocimiento es fundamentalmente una lucha por la liberación de la diversidad «ocupada», es decir, «una lucha muy concreta entre sujetos (pueblos o individuos) por el derecho (y el ejercicio real del mismo) a tener mundo propio, que quiere decir derecho a ser diferentes no sólo en lo «decorativo» sino también, y sobre todo, en lo decisivo: su forma de gobernarse, de hacer economía, de educar, de comunicarse o defenderse»⁽⁶⁾.

Bajo esta mirada, los derechos humanos encontrarán su legitimidad en ciertos valores esenciales e irrenunciables que podemos encontrar en todas las culturas, como podrían ser el derecho a la vida y el amor por el prójimo, pero su realización, su lectura y comprensión se complejiza en cada cultura, lo que interpela a mirar «al» otro, «con» el otro, incluso «desde» el otro como aquel

«otro que yo» que reclama su propio lugar y condiciones de existencia en la diversidad.

No abordamos cuáles son aquellos valores o derechos esenciales comunes que podemos encontrar en todas las culturas y que llamamos «universales», sin embargo, desde ya, sí dejamos planteado que aquella condición «universal» es también una definición intercultural que debe resolverse en cada sociedad, que debe ser abordada por cada cultura y las diversas culturas en el marco de sus «espacios fronterizos»⁽⁷⁾. La universalidad no es una definición normativa central que se decida en determinados foros internacionales de derechos humanos, sino que la universalidad se corresponde con aquellos valores que, dada la condición humana esencial, podremos encontrar en todas las culturas.

En conclusión, los derechos humanos de «unos» tienen como condición de existencia y de ejercicio, la existencia y ejercicio de los derechos humanos de los «otros», por lo tanto, los principios inalienables de «irrenunciabilidad» y «reciprocidad», implican entender que el respeto por el «otro/a», «su» religión, sus valores, cultura o incluso su territorio, son la condición fundamental, «recíproca», de «mí» religión, «mis» valores, cultura y mi territorialidad, resultando una ecuación ética y normativa, «intercultural», en que la vigencia de «mis» derechos humanos, los de «unos» y «otros» (unas/ otras), de todos, personas y culturas, se sustenta precisamente en el «respeto recíproco» de tales derechos, en marcados en su contexto y las condiciones necesarias para su realización plena en dicho escenario. De esta forma, si mis derechos son irrenunciables y la obligación es recíproca, debo respetar los derechos del «otro/a» generando una cadena que puede ser un círculo virtuoso de «con-vivencia» entre las personas y sus culturas; pero también puede darse un círculo «vicioso», un camino sin retorno hacia el despeñadero de la intolerancia.

Por otro lado, buscamos una justificación normativa de los derechos humanos, más allá de su fundamento filosófico y moral, como lí-

⁽⁶⁾ FORNET-BETANCOURT, *La Filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento*, Temuco, 2011, p. 37.

⁽⁷⁾ SANTOS, *Conocer desde el sur. Para una cultura política emancipatoria*, Lima, 2006.

mite a la soberanía y como un elemento clave para la legitimidad del estado en cuanto partícipe de la comunidad internacional. De ahí que, obviando una ética de los derechos humanos para efectos del análisis, la respuesta en cuanto a la justificación de la obligatoriedad de los derechos humanos debe abordarse tomando como presupuesto la construcción de un sistema normativo internacional de derechos fundamentales creado en base al «principio de autogobierno»⁽⁸⁾. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos pasan a constituir ciertos requisitos mínimos que legitiman la voluntad soberana de los ciudadanos, de modo que la actuación soberana del estado o su gobierno en el ámbito internacional es consecuencia de la legitimidad de la voluntad de la comunidad política en su orden interno. Por tanto, concebir la justificación de su obligatoriedad en base al autogobierno implica reconocer su legitimidad, tanto por «la concurrencia armónica de decisiones soberanas positivas, como por el respeto al principio de autogobierno, el cual aporta a la construcción de un sistema de control jurisdiccional de los derechos humanos regulados a nivel internacional»⁽⁹⁾. En síntesis, la potestad soberana de los estados, «autogobierno» en la explicación precedente, se legitima en la voluntad misma de sus ciudadanos quienes a su vez son los titulares de los derechos humanos cuyo respeto y protección se sostendrá en un sistema jurídico interno que, en tanto estados soberanos, al mismo tiempo, forma parte de un sistema internacional de derechos humanos, como aquel conjunto de requisitos o estándar mínimo, que limita a los estados y protege los derechos humanos de su respectiva comunidad política que son su fundamento primero y último⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 1ª ed., México, 2009, pp. 2-7.

⁽⁹⁾ NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción*, cit., pp. 2-7.

⁽¹⁰⁾ En el mismo sentido señala Benhabib que «gobierno democrático significa que todos los miembros de una entidad soberana deben ser respetados como habientes de derechos humanos, y que los consocios de este soberano se asocian libremente entre sí para

Entonces, la normatividad de los derechos humanos radicarán en la existencia de «estándares normativos sobre derechos subjetivos, que recogidos constitucionalmente, cumplen funciones de validación del ejercicio del poder estatal en su relación con los individuos»⁽¹¹⁾. Sin embargo, esta definición solo indica un marco general que requiere varias precisiones para alcanzar un concepto de derechos humanos y que, a su vez, pueda considerarse de carácter intercultural. Para ello, debemos enfocarnos en el alcance que se asigna en los respectivos casos concretos, nacionales, a cada uno de los elementos constitutivos de un concepto compartido de derechos fundamentales. Al efecto, un elemento central de este concepto es un «estándar normativo sobre derechos subjetivos» cuyas normas se determinan a partir de la jurisprudencia constitucional y que definen los derechos y libertades, como reglas y/o principios, en particular, el contenido mismo de las obligaciones que surgen para el estado, que podrán ser obligaciones positivas y/o negativas. Un segundo elemento es la «recepción constitucional» que implica determinar cuáles son los derechos a los que se dará el carácter de fundamentales en el ordenamiento jurídico de los estados y, en particular, cómo operarán las normas internacionales sobre derechos humanos a las que se encuentran obligados los sistemas normativos nacionales. Finalmente, este concepto de derechos humanos requiere que en cada respectivo orden constitucional se determinen cuáles son las funciones que asigna a estos estándares normativos en especial respecto de los derechos fundamen-

establecer un régimen de autogobierno bajo el cual cada uno debe ser considerado tanto como autor de las leyes como sujeto a ellas (...). El soberano democrático obtiene su legitimidad no meramente de su acto de constitución sino que, de modo igualmente significativo, de la conformidad de este acto con los principios universales de derechos humanos que (...) preceden y anteceden la voluntad del soberano y con los cuales el soberano se compromete», cfr. BENHABIB, *Los derechos de los otros. Extranjeros residentes y ciudadanos*, Barcelona, 2004, p. 141.

⁽¹¹⁾ NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008, pp. 51-52.

tales recepcionados constitucionalmente y cómo se asegurará el cumplimiento de tales funciones normativas⁽¹²⁾, única forma de que los derechos humanos reconocidos internacionalmente sean validados en el orden interno y sea exigible su cumplimiento.

En síntesis, considerando los derechos humanos, en primer lugar, como fundados en los principios de irrenunciabilidad, reciprocidad y su carácter universal, asociados a la simultánea construcción y aplicación contextual, recién vistos; en segundo lugar, corresponde desarrollar los alcances del estándar normativo internacional planteado como base también de la normatividad de los derechos humanos y, en especial, en aquella dimensión de los derechos humanos que se establece como límite para el estado a partir de este estándar.

2. Los derechos humanos como estándar normativo internacional y límite para el estado ante titulares de derechos culturalmente diferenciados. Cuando planteamos la existencia de un «estándar internacional de derechos humanos», estamos señalando que el cumplimiento de los deberes y obligaciones del estado en materia de derechos humanos se enmarca y sostiene en un sistema 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 homogéneo que permite prevenir y cautelar la plena vigencia de los derechos fundamentales⁽¹³⁾. De este modo, la obligación del estado de respeto de los derechos humanos se enmarca dentro del mandato normativo que cada instrumento internacional presupone y que consiste, por una parte, en cumplir directamente la conducta establecida, ya sea abste-

niéndose de actuar o dando una cierta prestación; por otra, conjuntamente, implica la obligación de garantizar tales derechos, esto es, el deber del estado de promover, a través de su normativa interna, órganos o políticas públicas en pro de los derechos humanos, de tal forma 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. Por ejemplo, en este sentido la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos humanos ha establecido el «deber de no repetición», conforme el cual un estado condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo a las obligaciones que devienen de ella, tiene la obligación de no realizar nuevos actos de la misma naturaleza. Se trata de una obligación construida en el marco del principio de «interpretación evolutiva de los derechos humanos»⁽¹⁴⁾ que considera que la «no repetición» de la conducta lesiva por parte del estado es un medio indispensable para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos garantizados en la Convención, no bastando la sola sanción de las vulneraciones que conoce la Corte ni los medios de reparación asociados a ella⁽¹⁵⁾.

Los estándares normativos sobre derechos fundamentales corresponden a un sistema complejo, articulado con las obligaciones in-

⁽¹²⁾ NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, cit., p. 32.

⁽¹³⁾ JIMÉNEZ, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas en México (tesis)*, en línea <http://www.iidh.ed.cr/> (último acceso: 17 de julio de 2011), pp. 300-311.

⁽¹⁴⁾ Conforme la interpretación evolutiva de los derechos humanos las normas de derechos humanos son instrumentos «vivos» cuya interpretación debe adecuarse a los tiempos y a los contextos en que se aplican, con la finalidad de asegurar siempre de la mejor forma posible a la persona humana. Véase la nuestra voz «Interpretación evolutiva de los derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

⁽¹⁵⁾ Corte IDH, 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, párrafo 136; Id., 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párrafos 241, 265 y 267.

ternacionales del estado que permite darle eficacia a dichos derechos en el ámbito nacional⁽¹⁶⁾. A su vez, este estándar se encuentra compuesto por reglas y principios e incluye la posibilidad de que principios constitucionales o internacionales operen como fuentes de derechos fundamentales y esta interacción de fuentes, internas e internacionales, abrirán la posibilidad a conflictos entre principios y/o derechos fundamentales, que en caso de producirse se deberán resolver a través del denominado «juicio de ponderación», como herramienta que permite articular unas y otras obligaciones, internacionales y nacionales⁽¹⁷⁾. Asimismo, este contenido complejo tiene consecuencias normativas particulares en relación con los derechos prestacionales y las políticas públicas que se concretarán, entre otras, en las obligaciones del estado de respeto, garantía, no discriminación y reparación según veremos sintéticamente.

En definitiva, el planteamiento de un estándar normativo de derechos fundamentales, recogido por la jurisprudencia constitucional latinoamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de estos derechos para resolver los casos en el fuero nacional, cumpliendo tanto con las obligaciones internacionales de los estados y asegurando, al mismo tiempo, el ejercicio efectivo de los derechos humanos en el plano interno⁽¹⁸⁾. Por tanto, la idea de un estándar internacional de derechos humanos, como un «estándar mínimo»

de protección de estos derechos, implica el establecimiento de un marco de respuesta normativa para las obligaciones en derechos humanos que deja de estar ligada solo al cumplimiento estricto de los derechos humanos reconocidos expresamente en los textos constitucionales o en determinados instrumentos internacionales acordados por los estados, sino que también busca que éstos sean garantizados por los estados en atención a lo prescrito en el conjunto de los restantes instrumentos y fuentes del derecho internacional. Dichos instrumentos son reunidos y aplicados en forma compleja en un «bloque» de fuentes, tanto constitucionales («bloque de constitucionalidad»)⁽¹⁹⁾, como internacionales («*corpus iuris* internacional»)⁽²⁰⁾, que son integrados para lograr el efectivo ejercicio, libre y pleno, de todos los derechos y libertades, quedando cada estado obligado a adoptar las medidas necesarias con tal fin. Las obligaciones del estado alcanzan a todos sus agentes u órganos, sean ellos parte de cualquiera de sus poderes (ejecutivo, legislativo, judicial), de sus órganos autónomos, policiales o de seguridad, en cualquiera de sus niveles jerárquicos, directivos o funcionarios. Al mismo tiempo, las obligaciones de los estados de acuerdo a este estándar internacional de derechos humanos comprenden las dimensiones de respeto, garantía o promoción y no discriminación⁽²¹⁾. De ellas, para un concepto intercultural de los derechos humanos es de especial interés el deber esta-

⁽¹⁶⁾ NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, cit., p. 73.

⁽¹⁷⁾ Véase: ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001, pp. 160-169; DIAZ, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud en una restricción a derechos fundamentales*, en *Rev. de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1^{er} semestre (XXXVI), 2011, pp. 167-206.

⁽¹⁸⁾ NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, cit., p. 54.

⁽¹⁹⁾ En el constitucionalismo latinoamericano se plantea la existencia de un «bloque de constitucionalidad». Al respecto véase: NOGUEIRA, *Dogmática constitucional*, Santiago, 1997; NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, 1997, (en línea) <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/> (último acceso: marzo 2013) y «Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad» (s/f).

⁽²⁰⁾ Véase la nuestra voz «*“Corpus iuris”* internacional de derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

⁽²¹⁾ Véase la nuestra voz «Interpretación evolutiva de los derechos humanos», en este Diccionario Analítico, respecto del alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos de los estados.

tal de no discriminar⁽²²⁾ en el goce y ejercicio de los derechos, porque el acto discriminatorio podrá ocurrir, tanto en forma directa, como en forma indirecta cuando el estado permita dicha discriminación, en particular, frente la omisión del deber de protección y garantía de los derechos de una persona o grupo determinado víctima de un acto o política discriminatoria⁽²³⁾. Esta razonabilidad y legitimidad se articula con las políticas de reconocimiento de la diversidad política, religiosa, étnica y cultural, que expresan de igual forma el principio de igualdad, en tanto que las políticas de reconocimiento no solo no son discriminatorias, sino que se sostienen en la necesidad de construir un marco normativo e institucional capaz de articular las acciones diferenciadas y diferenciadoras en razón de la diversidad de grupos, pueblos o naciones y sus derechos, como es el caso de los pueblos indígenas. En especial, en relación con los pueblos indígenas estas obligaciones se desarrollan a partir de dos instrumentos centrales, el Convenio n. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁽²⁴⁾.

3. Los derechos humanos como límite intercultural para el ejercicio de los derechos indígenas. Vimos cómo los derechos humanos constituyen un límite para el estado respecto de los derechos de los titulares de derechos subjetivos, en particular aquellos con derechos culturalmente diferenciados y sus derechos colectivos. A continuación, revisamos una segunda dimensión intercultural que interactúa con la estatal ya tratada, en que, simultáneamente, los derechos humanos actúan como límite para el ejercicio de

los derechos por parte de grupos culturalmente diversos, como ocurre con los pueblos indígenas⁽²⁵⁾.

Hemos dicho que en forma consustancial al reconocimiento de la diferencia y el establecimiento de relaciones interculturales surgen diversos conflictos: en torno a la deliberación y acuerdo sobre mínimos éticos universales, respecto de la aceptación del ideal cultural de las otras culturas que se definían como «máximos éticos» y en relación con las condiciones fácticas de posibilidad para operar este reconocimiento, más allá del acto comunicativo de aceptación de la diferencia, en especial cuando existen contextos históricos de dominación y colonización como en América Latina. En este preciso marco y dimensiones descritas, el enfoque intercultural de los derechos humanos exige desarrollar principios y mecanismos de articulación institucional y diálogo intercultural que permitan abordar e institucionalizar los conflictos interculturales, todo lo cual abordamos a continuación.

Entonces, avanzando desde los estándares internacionales de derechos humanos, hacia la aplicabilidad de los derechos humanos a los pueblos indígenas, un enfoque intercultural de los derechos humanos requiere la construcción de relaciones entre sistemas normativos, tanto indígenas, como estatales, enlazados con el ordenamiento nacional (constitucional) y el derecho internacional de los derechos humanos que ya hemos presentado. Se trata, por tanto, de un sistema de coordinación o articulación complejo e integrado de derechos humanos, sostenido en la idea de un estándar normativo internacional, que no solo es un límite para acción del estado, sino que también significa un límite para los derechos indígenas y para el pleno despliegue normativo de un «derecho propio» reivindicado por estos pueblos, fun-

⁽²²⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comentario General n. 18 (1989), párrafo 7, en NASH, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, cit., p. 173; Corte IDH, 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo v. Chile*.

⁽²³⁾ Véase la voz «Discriminación», por I. Díaz García, en este Diccionario Analítico.

⁽²⁴⁾ Sobre los diversos instrumentos internacionales referentes a los derechos indígenas, véase ANAYA, *Los derechos de los pueblos indígenas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, pp. 58-60.

⁽²⁵⁾ Kymlicka distingue en estas dos dimensiones de los derechos humanos para el ejercicio de los derechos culturales, KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1989, en GÓMEZ, *Derecho indígena y constitucionalidad*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Arica, 2000, pp. 1029-1050.

dado en su derecho a la autodeterminación. Al mismo tiempo, este estándar constituye parte del fundamento normativo del derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus derechos en el marco del estado.

A continuación seleccionamos una síntesis de algunas propuestas que han buscado construir, desde diversas perspectivas teóricas y normativas, estos puentes o coordinaciones como esbozos de caminos posibles para el reconocimiento de la diversidad y el pleno respeto de los derechos humanos en una perspectiva intercultural.

4. Los mecanismos interculturales de coordinación institucional. El desafío del reconocimiento requiere la institucionalización de mecanismos de resolución y coordinación intercultural articulados bajo una racionalidad ética de interpretación intercultural fundada en la Constitución o, en su caso, «refundada» en una nueva Constitución. Se trata de lo que Attard denomina la «Constitución Axiológica», como un cambio basal sustentado en tres ejes sobre los cuales se reconstituye el estado: «el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización». Estas transformaciones implican un cambio del sistema jurídico y el método de comprensión e interacción del derecho ⁽²⁶⁾. Nosotros, en primer término, recogemos estos ejes, como pilares articuladores e impulsores de la transformación necesaria para la plena vigencia de la diversidad cultural en una nueva visión intercultural del estado. En segundo lugar, para operar esta redefinición del estado se requiere la incorporación de una «cláusula axiomática» en la Constitución ⁽²⁷⁾, que podrá matizarse de acuerdo a los diversos contextos nacionales y que permite establecer principios para abordar los conflictos interculturales que en la práctica ocurren en materias tales

como contiendas de competencia judicial o en casos de colisiones entre derechos fundamentales, los que ocurren como consecuencia de la incorporación de la plurilegalidad en el ordenamiento jurídico instalado unitariamente. Entonces, sobre la base de principios ético-morales de la sociedad plural introducidos positivamente en la Constitución, como la complementariedad, la inclusión, la reciprocidad, la igualdad ⁽²⁸⁾, se definen valores rectores que debieran significar un camino legítimo y eficaz en la construcción de la convivencia intercultural en estos nuevos estados democráticos e interculturales.

Más en concreto, respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se trata de generar normas y mecanismos institucionales de «coordinación» y no de «regulación» o dicho de otra forma, de una regulación horizontal, no de control, como sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre la jurisdicción del estado y la o las jurisdicciones autónomas en condiciones democráticas y no de subordinación. ⁽²⁹⁾ Este sistema comprende, por ejemplo, las potestades que se establecen para el Tribunal Constitucional, la instalación de un régimen jurisdiccional mixto que aborde las diversas formas de jurisdicción en un mismo plano de validación jurídica y leyes que articulen dichas jurisdicciones.

5. El pluralismo jurídico, de la interculturalidad a la interlegalidad. Un concepto intercultural de los derechos humanos supone la existencia de diversos sistemas normativos que coexisten. Hablamos no solo de derechos o ciudadanía diferenciadas, sino que ellas operan autónomamente en ciertos niveles y al mismo tiempo se articulan, en flujos bidireccionales con el derecho del estado, siempre sobre la base de la no subordinación de él o los sistemas normativos ante el estado, sino que en una coexistencia cuyo

⁽²⁶⁾ ATTARD, *La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia en Lex Social*, en *Revista jurídica de los derechos sociales*, julio-diciembre, 2(2), 2012, pp. 149-154.

⁽²⁷⁾ ATTARD, *La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances*, cit., pp. 149-154.

⁽²⁸⁾ ATTARD, *La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances*, cit., pp. 149-154.

⁽²⁹⁾ YRIGROYEN, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Santiago, 2004, p.193.

superioridad jerárquica común estará dada por la Constitución, pero ya no como norma jurídica superior en un positivismo cerrado, sino que, por un lado, como soporte de los derechos humanos que ya hemos estudiado y que son límite tanto para el estado como para los titulares de derechos diferenciados, como los pueblos indígenas; y, en especial, como instrumento articulador axiomático que permite, en un plano de mutua validación, la coexistencia de los diversos sistemas jurídicos y sus múltiples relaciones intersubjetivas, individuales y colectivas⁽³⁰⁾.

6. El «diálogo intercultural» en marcos de conflicto y luchas por el reconocimiento. El «diálogo intercultural» consiste en un «nuevo universalismo ético» que tiene la capacidad de producir entendimientos «normativo-universalistas», que ofrece la posibilidad de alcanzar significados, que permite entendimientos sobre lo que podemos y debemos entender o «significar» por aquellas categorías trascendentales para la coexistencia intercultural, como lo que entendemos hoy por «derechos humanos», por una «sociedad justa» o por la «democracia política». Se trata de «entendimientos deliberativos que suponemos capaces de trascender las culturas y/ o contextos particulares» que permiten «asumir las diferencias sin ir a dar con la inconmensurabilidad de los lenguajes y culturas entre sí»⁽³¹⁾. La necesidad del diálogo intercultural es la necesidad de

realizar la justicia entrando en un contacto justo con el otro libre, donde ese «otro» es «reconocido como persona humana portadora, justamente, en su diferencia, de una dignidad inviolable que nos hace iguales»⁽³²⁾. Visto así, asumimos el «diálogo intercultural» como una herramienta y condición de posibilidad de la comunicación misma en el plano permanente de las relaciones interculturales. Asimismo, en un marco institucionalizado de interlegalidad, jurisdicciones diferencias o de reconocimiento del «derecho propio» de los respectivos pueblos indígenas, como ya hemos esbozado, se da lugar a procesos normativos e institucionales en que sistemáticamente emergen las diferencias culturales, todas con pretensiones de validez y validación institucional, por tanto «en conflicto», lo que requiere de esfuerzos de traducción intercultural que faciliten la mutua comprensión en lo que fronterizamente fuere posible⁽³³⁾.

Asumiendo que siempre existen «espacios de frontera» o «de contacto» en que la «convivencia» puede construirse, seguimos a Ricardo Salas quien propone cinco criterios que hacen posible el diálogo intercultural y que serán, en definitiva, un presupuesto imprescindible o condición de posibilidad de la interpretación intercultural de los derechos humanos, en especial como forma de articulación de los conflictos consustanciales a las relaciones interculturales: **1) Mutua traducción:** Tratar de entender al otro desde el

⁽³⁰⁾ Sobre pluralismo jurídico y respecto de la articulación con sistemas de justicia indígena, véase: BARZUCO, EXENI, *Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. La paz: Fundación Rosa Luxemburg*, Abya Yala, 2012, pp. 125-131; RAMÍREZ, *El desafío de la diversidad: el pluralismo cultural como compromiso político*, en *Rev. comunicación*, n. 3, 2005, pp. 265-278; JIMÉNEZ, *Multiculturalismo y derechos Indígenas en México*, cit.; RAMÍREZ, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural*, Buenos Aires, 2001; RAMÍREZ, *Diversidad y derechos humanos, un desafío para la Administración de la justicia penal*, 2004, en línea <http://www.uasb.edu.ec/> (último acceso: 28 de julio de 2011); ITURRALDE, *Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas*, en *Rev. alteridades*, 1997, pp. 81-98.

⁽³¹⁾ SALAS, *Ética Intercultural*, Santiago, 2003, p. 61.

⁽³²⁾ SALAS, *Ética Intercultural*, cit., p. 61.

⁽³³⁾ Boaventura de Sousa Santos propone un camino de diálogo intercultural en «espacios de frontera», de contacto o periferias del conocimiento, basado en la labor emancipadora de la «traducción» entre «múltiples totalidades» que se presentan como conocimientos alternativos a la modernidad. Entonces - para él - la frontera entre totalidades alternativas será el lugar del consenso y el espacio para la argumentación desde ese consenso en torno a las diferencias, un espacio de diálogo multicultural. En este espacio de contacto las múltiples totalidades ya no son entendidas hegemónicamente, sino que leyéndolas, releyéndolas, «lugarizándolas», local y culturalmente, siempre dialogando en y desde las fronteras de las totalidades subalternas. Sin embargo advierte Boaventura que su propuesta es prudente y finita porque solo ofrece diálogo hasta donde le resulta posible SANTOS, *Conocer desde el sur*, cit., pp. 30-31.

otro, buscando los «espacios de frontera»⁽³⁴⁾, aceptando que «la comunicación intercultural es siempre un producto inestable de inter-conexión de contextos específicos, que definen las relaciones estructurales de los interlocutores», lo que exige partir de las formas argumentativas existentes históricamente de facto, para lograr «un común nivel de la racionalidad discursiva»⁽³⁵⁾. **2) Situar los conflictos:** América Latina se caracteriza por pueblos con experiencias plurales económicas, sociales y culturales, de exclusión, pobreza, dominación, etc., por no tener resueltas «sus condiciones de posibilidad para una organización solidaria de la solidaridad», el «espesor trágico» de la exclusión, el hambre, la injusticia, al violencia, la discriminación, como partes significativas de nuestro entorno sociocultural. Por lo tanto, «todo diálogo intercultural requiere partir de los intereses de los diversos sujetos y comunidades en fricción en escala histórica», para poner dichos intereses en contexto, «situar» siempre los intereses divergentes de los sujetos en conflicto, sean: pasados, presentes o poten-

ciales⁽³⁶⁾. **3) Actitud dialógica:** ante la experiencia de un conflicto siempre renovado, se requiere como condición de posibilidad «una actitud práctica» que busque la «resolución de lo conflictivo», una actitud, un método, más que una fórmula, basada en la necesidad de evitar, paliar o resolver los conflictos⁽³⁷⁾. **4) El conflicto como presupuesto a priori.** El diálogo intercultural presupone una conflictividad que construye un largo camino de solución y constituye en prioritarios los conflictos posibles de resolver. **5) Rechazo a la violencia como recurso en la resolución de los conflictos.** Se trata de impedir «un tipo de respuesta que anule la pretensión intercultural de comprensión recíproca». Todo recurso a la violencia queda descartado en el proceso de definir las normas contextuales, en la definición normativa de la interconexión. Se trata de exigir necesariamente a los interlocutores un rechazo a la violencia que les permita «mantener sus posiciones de poder» como sostén racional del mismo diálogo⁽³⁸⁾.

Juan Jorge Faundes Peñafiel

⁽³⁴⁾ SANTOS, *Conocer desde el sur*, cit.

⁽³⁵⁾ SALAS, *Ética Intercultural*, cit., pp.156-158.

⁽³⁶⁾ *Ídem*.

⁽³⁷⁾ *Ídem*.

⁽³⁸⁾ *Ídem*.

Derechos humanos (generalidad)

Bibliografía: BRITO, CARBONELL, *La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011*, México, 2011; CABALLERO, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo de la Constitución)*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011, p.112; CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª ed., México, 2011; CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004; CARPIZO, *La política mexicana para los derechos humanos. La reforma al artículo 102 de la Constitución*, en Coautor, *La modernización del derecho mexicano*,

1ª ed., México, 2004, p. 173; FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1997; FERRER MAC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011; HALLIVIS PELAYO, *Interpretación de Tratados internacionales tributarios*, México, 2011; HALLIVIS PELAYO, *Teoría general de la interpretación*, México, 2009; HIGUERA, *Aspectos sobresalientes del esquema federal impositivo*, en *La modernización del derecho mexicano*, 1ª ed., México, 2004; HIGUERA, *Panorama actual de los derechos del contribuyentes*, ensayo para la Rev. *El*

Foro de la Barra Mexicana de Abogados, primer semestre de 2010; PECES-BARBA, *La universalidad de los derechos humanos*, en NIETO (edic.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Corte-IDH, 1994; VÁSQUEZ, SERRANO, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, en *La Reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011.

Hacer referencia a los derechos humanos implica mencionar los derechos más elementales o básicos de la persona. Cuando se hace alusión a dichos derechos, resulta inevitable referirse al rescate de la dignidad de las personas.

Existen algunos autores que prefieren denominarlos derechos fundamentales ya que la expresión derechos humanos corresponde a un vocablo propio del derecho natural, pues su connotación es más filosófica que la que se concibe en el derecho formal positivo debido a que encierran una serie de principios, reglas e instituciones reconocidos en el ámbito internacional⁽¹⁾.

No obstante lo anterior, es permitido utilizar indistintamente cualquiera de los términos referidos bien sean derechos humanos, derechos básicos o derechos fundamentales.

La doctrina ha hecho importantes aportaciones para llegar a definir lo que son los derechos humanos, destacando al ilustre tratadista Luigi Ferrajoli quien al respecto sostiene que los derechos fundamentales son «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar»⁽²⁾.

Igualmente, Miguel Carbonell sostiene lo siguiente: «Entonces podemos decir, preliminarmente, que serán derechos fundamentales, para el sistema jurídica nacional, los que estén previstos como tales por la constitución. Esto, siendo cierto, no agota sin em-

bargo el cuadro de los derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano. La constitución incorpora al ordenamiento jurídico, por medio de varias fuentes del derecho, otros derechos fundamentales»⁽³⁾.

Por lo anterior, la connotación de derechos humanos, es tan amplia que es válido incluir cualquiera de los derechos universales indispensables e inalienables que comprendan la vida, libertad, independencia y dignidad de las personas.

A lo largo del desarrollo de éstas ideas para la protección plena y eficaz de las personas, han surgido infinidad de tratados internacionales cuyo propósito ha sido el destacar, proteger y garantizar los derechos básicos o fundamentales. Sin ser propósito del presente trabajo hacer una enumeración de todos y cada uno de ellos, me propongo señalar los que se contienen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en París por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, sobresalen los relativos a la libertad e igualdad, art. 1; No discriminación, art. 2; Seguridad jurídica, art. 3; Prohibición de esclavitud y servidumbre, art. 4; Trato humano, art. 5; Reconocimiento de personalidad jurídica, art. 6; Igualdad ante la ley, art. 7; Medio de defensa efectivo, art. 8; Prohibición de detenciones arbitrarias, art. 9; Ser oído, art. 10; Presunción de inocencia, art. 11; Respeto y discreción de la información privada, art. 12; Libertad de tránsito, art. 13; Asilo, art. 14; Derecho a una nacionalidad, art. 15; Derecho a la familia, art. 16; No privación arbitraria de la propiedad, art. 17; Libertad de creencia, art. 18; Libertad de expresión, art. 19; Libertad de reunión y asociación, art. 20; Derechos electorales, art. 21; Derechos sociales, art. 22; Derecho al trabajo, art. 23; Derecho al reposo, art. 24; Derecho al mínimo vital de ingresos para subsistencia, art. 25; Educación, art. 26; Cultura y artes, art. 27; Orden jurídico que otorgue

⁽¹⁾ CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª ed., México, 2011, p. 6 ss.

⁽²⁾ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1997, p. 37.

⁽³⁾ CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004, p. 52.

garantías plenas, art. 28; Desarrollo pleno en comunidad, art. 29; e Interpretación progresiva y no restrictiva, art. 30.

A este respecto, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocida como Pacto de San José celebrado el día 22 de noviembre de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981 igualmente se destacan: el Respeto a los derechos y libertades, así como la discriminación, art. 1; Reglas para garantizarlos, art. 2; Reconocimiento de la personalidad jurídica, art. 3; Derecho a la vida, art. 4; Derecho a la integridad personal, art. 5; Prohibición de esclavitud y servidumbre, art. 6; Derecho a la libertad personal, art. 7; Garantía de audiencia y acceso a la justicia, art. 8, numeral 1; Derecho a la presunción de inocencia, art. 8, numeral 2; No ser juzgado por los mismos hechos o actos, art. 8, numeral 4; Respeto al principio de legalidad y de Retroactividad, art. 9; Derecho a indemnización por haber sido condenado por error judicial, art. 10; Protección de la honra y dignidad, art. 11; Libertad de conciencia y religión, art. 12; Libertad de expresión, art. 13; Derecho a rectificar información inexacta, art. 14; Derecho de reunión, art. 15; Derecho de asociación, art. 16; Protección a la familia, art. 17; Derecho al nombre, art. 18; Derechos del niño, art. 19; Derechos a la nacionalidad, art. 20; Respeto a la propiedad privada, art. 21; Derecho de circulación, art. 22; Derechos políticos, art. 23; Derecho de igualdad ante la ley, art. 24; Derecho a un medio de defensa que proteja los derechos humanos, art. 25; Desarrollo progresivo, art. 26; La interpretación de las disposiciones jurídicas no debe limitar o excluir el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, art. 29.

Es importante hacer mención a los órganos protectores de los derechos fundamentales, que son todos los tribunales jurisdiccionales de un país, así como las autoridades no jurisdiccionales que han sido creadas expresamente para tal efecto, como son los ombudsmen.

Particularmente en México, conforme a la reciente Reforma Constitucional del art. 1, se agregó un párrafo tercero para imponer la

obligación a todas las autoridades del país, incluyendo las jurisdiccionales y no jurisdiccionales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de acuerdo a los principios rectores de los mismos, relativos a la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad⁽⁴⁾.

Al referirse el texto constitucional a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, incluye a las que se encuentran ubicadas en los tres Poderes de la Unión, bien sean administrativas, jurisdiccionales y legislativas. Es decir, el Estado Mexicano en su conjunto, deberá observar esta máxima encaminada a la tutela y protección de los derechos humanos, ya sea que se encuentren inmersos en el sistema jurídico nacional o en los tratados internacionales firmados por México.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra contemplado un órgano autónomo denominado Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), mismo que fue elevado a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al art. 102 de este superior ordenamiento jurídico y quien cuenta con amplias facultades para asegurar la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el orden jurídico mexicano, pudiendo emitir recomendaciones a aquellas autoridades que incumplan con sus obligaciones en esta materia, aunque no sean de carácter vinculatorio⁽⁵⁾.

Es importante precisar que éste organismo está presente en todas y cada una de las entidades federativas del país, sin perjuicio de los órganos de derechos humanos estatales, incluyendo al Distrito Federal. Además, dicho

⁽⁴⁾ Art. 1, Tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley».

⁽⁵⁾ CNDH. Consultado el 18 de abril de 2013, en la página: <http://www.cndh.org.mx/>.

Órgano Autónomo Nacional, tiene competencia para todas las materias, con excepción de la electoral y jurisdiccional, habida cuenta que la materia laboral recientemente se incorporó dentro de sus funciones.

A este respecto el ilustre jurista Jorge Carpizo notable impulsor de la creación del ombudsman mexicano y primer responsable del citado Órgano Autónomo Nacional, manifestaba lo siguiente con motivo de la incorporación de este órgano en la carta magna mexicana: «Con su “constitucionalización” la Comisión Nacional asegura su permanencia y logra un gran triunfo para la institución del ombudsman, el que no es un remedio milagroso para evitar todas las arbitrariedades o un “sanalotodo”, como se ha expresado, pero sí es un valioso auxiliar para alcanzar una mejor justicia y un buen instrumento en la lucha contra la impunidad»⁽⁶⁾.

Cabe señalar, que todo servidor público está obligado a dar respuesta a las recomendaciones dictadas por éste organismo. Asimismo, cuando las recomendaciones emitidas por el mismo, no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o los servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; pudiendo la Cámara de Senadores o en sus recesos, la Comisión Permanente, llamar a solicitud de éste organismo, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dicho órgano legislativo, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ CARPIZO, *La política mexicana para los derechos humanos. La reforma al artículo 102 de la Constitución*, en Coautor, *La modernización del derecho mexicano*, 1ª ed., México, 2004, p.173.

⁽⁷⁾ Art. 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. / Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está

Además, la CNDH podrá investigar hechos que eventualmente pudieran constituir violaciones graves de derechos humanos cuando así lo solicite el Presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas. Facultad ésta última que implica un fuerte apoyo del Estado Mexicano a favor de éste órgano constitucionalmente autónomo, ya que dicha facultad de investigación la tenía con anterioridad la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pasando a ser privativa de la CNDH⁽⁸⁾.

En lo que toca a la interpretación de los derechos fundamentales de las personas, se han realizado avances notables en la materia que resulta conveniente hacer referencia.

En México, con motivo de la adición al art. 1 Constitucional de un nuevo párrafo segundo surgieron múltiples análisis y comentarios de los estudiosos del derecho para desentrañar el sentido y el alcance del principio *pro personae* y de la denominada interpretación conforme⁽⁹⁾.

obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa. / Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales».

⁽⁸⁾ Art. 102, apartado B, último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas».

⁽⁹⁾ Art. 1, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

Sobre el particular, los autores coinciden en que las normas relativas a los derechos humanos siempre deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo a las personas y de la forma más amplia. Asimismo, la interpretación conforme, consiste en concordar los derechos establecidos en el orden jurídico nacional con las normas y principios que se contienen en los tratados internacionales y siempre que se refieran a los derechos humanos.

Manuel Hallivis, citando a Miguel Carbonell, indica que el principio *pro homine* o *pro personae*: «implica que el derecho debe interpretarse siempre de la manera que más favorezca a las personas (...) con el ánimo de reflejar lo establecido en el párrafo primero (...) ya que al adicionar la protección que beneficie de manera amplia a las personas, representa el fortalecimiento de las prerrogativas que las dignifiquen. Este principio representa una máxima protección para las personas, ya que se deberá aplicar la norma contenida en el orden jurídico nacional o en el tratado internacional que más proteja los derechos de las mismas»⁽¹⁰⁾.

Por su parte, el Dictamen del Senado de la

⁽¹⁰⁾ HALLIVIS, *Interpretación de Tratados internacionales tributarios*, México, 2011, p. 80.

República relativo a esta Reforma Constitucional que se comenta, estableció que: «La “interpretación conforme” opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. El efecto que se logra es una ampliación en la protección de los derechos humanos»⁽¹¹⁾.

Como se puede observar a través de la interpretación conforme, las normas relativas a los derechos humanos, se deberán interpretar de tal manera que proteja a las personas en la forma más amplia posible y nunca jamás buscar algún pretexto o impedimento que propicie la merma o menoscabo en la protección de los particulares.

Seguramente en los años venideros seremos testigos de la eficaz aplicación de este instrumento de interpretación, conocido como la cláusula de tutela y garantía de los derechos humanos.

Juan de la Cruz Higuera Arias

⁽¹¹⁾ CABALLERO, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo de la Constitución)*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011, p. 112.

Derechos humanos (teoría general)

Bibliografía: ÁLVAREZ LEDESMA, *Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del derecho*, en TOMASINI BASSOLS (coord.), *Wittgenstein en Español III*, Xalapa, 2012; ÁLVAREZ LEDESMA, *Introducción al derecho*, 2ª ed., Serie jurídica, México, 2010; ÁLVAREZ LEDESMA, *Principios generales del derecho*, en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, t. III, P-Z, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010; ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, México, 1998; ATIENZA, MANUEL, *Los derechos huma-*

nos en la Constitución, en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1979; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992; BOBBIO, *Jusnaturalismo y positivismo jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), en *El problema del positivismo jurídico*, México, 1992; CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1976; FERNÁNDEZ GARCÍA, *El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, Madrid, marzo de 1983; FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1987;

FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*; en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, Madrid, marzo de 1983; GROS ESPIELL, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Madrid, 1988; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *El patrimonio*, México, 1995; HERRERA MADRIGAL, *Jusnaturalismo e ideario político en John Locke*, México, 1990; HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), México, 1992; LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. Amando Lazaro Ros), Madrid, 1979; NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987; NINO, *Sobre los derechos morales*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 7, 1990; NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984; NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, 1987; PAREJO ALONSO, *Constitución y Valores del Ordenamiento*, Madrid, 1990; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*; 4ª ed., Madrid, 1986; PERIS, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, 1976; SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, USA, 1992; TOMASINI BASSOLS, *Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana*, México, 1995; TOMASINI BASSOLS, *Filosofía Analítica: un panorama*, 2ª ed., México, 2012; TOMASINI BASSOLS, *El pensamiento del último Wittgenstein. Problemas de filosofía contemporánea*, México, 1988; VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2006; WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations* (translated by G.E.M. Anscombe), Oxford, 1958.

1. Introducción. Definir el concepto «derechos humanos» no es una empresa sencilla. La razón de la dificultad para dar cuenta de un concepto así, radica no sólo en esa pluralidad significativa, sino en dos tipos de óbices que tienen que ser enfrentados, por cuestiones metodológicas, previo a proponer o ensayar un definición de tales derechos. Salvados estos óbices, automáticamente se

explica y comprende tal carácter multívoco. El primer género de dificultades está relacionado con el hecho de que el concepto «derechos humanos» se halla íntimamente ligado con el problema de su fundamentación⁽¹⁾. La naturaleza de los argumentos de la fundamentación impacta, necesariamente, el concepto de derechos humanos que se elabore. Así por ejemplo, los iusnaturalistas no definen a los derechos humanos del mismo modo en que lo hacen los iuspositivistas; una fundamentación historicista que difiere sustancialmente de la idea de derechos humanos en tanto derechos morales (*moral rights*)⁽²⁾, propondrá, a su vez, definiciones diametralmente distintas.

Las dificultades teóricas que plantea lo ante-

⁽¹⁾ Ha escrito al respecto Gregorio Peces-Barba: «Lo que en castellano llamamos «derechos humanos», «derechos fundamentales del hombre», «derechos naturales», «derechos públicos subjetivos», «libertades fundamentales», «garantías individuales», etc., encierra una problemática compleja y una historia azarosa. El mismo pluralismo de denominaciones nos da ya, en una primera aproximación, noticia de la dificultad. Se encierran en esas simples palabras significados distintos, apoyados en fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes». Véase del autor PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, 1986, p. 13 (el resaltado es mío). Cabe decir que si bien el análisis de Peces-Barba en torno a la relación entre concepto y fundamentación es correcta, su crítica al término «derechos humanos» como una expresión generalizada y confusa prefiriendo el concepto «derechos fundamentales», tiene su origen, precisamente, en la incompreensión del carácter multidimensional de la noción derechos humanos. Evidentemente, cuando aludimos a la expresión «derechos humanos» nos referimos a un concepto que se mueve con propósitos diferentes en las dimensiones filosófica, política y jurídica y, por lo tanto, ni es general ni es confusa. Además, el concepto «derechos fundamentales» es perfectamente compatible con el concepto «derechos humanos», ya que el primero alude a una de las formas jurídicas en que las exigencias éticas y políticas que constituyen los derechos humanos se insertan en los ordenamientos jurídicos. En efecto, los derechos fundamentales, siguiendo la terminología del autor en comento, constituyen un «(...) acto positivo de inclusión en el sistema jurídico». Cfr., autor PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, cit., pp. 13, 14 y 16.

⁽²⁾ Un estudio detallado en torno el concepto «derechos morales» se encuentra en: NINO, *Sobre los derechos morales*; en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Universidad de Alicante, n. 7, 1990, pp. 311-325.

rior, no son de carácter meramente formal ni se circunscriben al mundo de la especulación jurídica. Los efectos prácticos que comporta son, como veremos enseguida, de enorme importancia.

Verbigracia: definir a los derechos humanos como derechos morales o naturales, y no como derechos de orden solamente positivo e histórico, plantea formas y modos diferentes de lidiar con las múltiples cuestiones que traen aparejadas la aplicación y garantía de esos derechos. Y por supuesto y previamente, con el asunto de su concreción en el ordenamiento jurídico de que se trate. Es decir, en qué figura o estatuto técnico instrumental quedarán positivados y con qué jerarquía: ya como derechos fundamentales a nivel constitucional; ya como valores superiores (tal y como sucede en la Constitución española de 1978, por ejemplo)⁽³⁾; ya como

(3) El art. 1.1 de la Ley fundamental española, establece textualmente: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». (el resaltado es mío). En un análisis detallado del desarrollo del constituyente español que llegó a concretar esa expresión (valores superiores), así como la multiplicidad de efectos normativos y axiológicos que aquella implica, Luciano Parejo Alonso, destaca que estuvieron en la base de la formulación del texto que hoy rige como artículo 1.1, la «(...) Consideración de los valores como entidades que operan dando sentido y orientación, es decir, señalando fines. De ahí su peculiar funcionalidad: siendo valores del ordenamiento, y dada la identidad entre el mismo y el Estado, conectan dinámicamente éste con aquél (en cuanto su mecanismo reproductor), fijando los puntos, los criterios y las orientaciones. Gracias a esta vinculación dinámica se pretende que los valores jueguen como válvula de apertura a la realidad social de la comunidad política constituida y reguladora de la progresión armónica en la evolución de Estado y sociedad». Cfr. del autor: PAREJO ALONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, 1990, p. 39. Curioso es, que en el Prólogo de la obra anterior, Gregorio Peces-Barba señale, refiriéndose a los valores superiores del ordenamiento como criterios axiológico-políticos que dan sentido al sistema, lo siguiente: «(...) los valores superiores sólo se pueden entender usando el punto de la vista externo y comunicando al Derecho con el poder. Los valores superiores, con su doble dimensión política y jurídica, con el itinerario que recorren entre su origen ético-político y su fin jurídico, superan la idea positivista de que los principios son sólo internos y se deducen del sistema de Derecho positivo y superan la idea iusnaturalista de que los principios son sólo ex-

principios generales del derecho⁽⁴⁾; o como derechos de la personalidad reconocidos en la legislación civil⁽⁵⁾. Una u otras soluciones implican efectos y formas de garantía jurídica ciertamente de naturaleza y alcance protector diferente.

Ahora bien, el segundo género de dificultades para definir el concepto «derechos humanos», tiene que ver con el método mismo que se emplee para proceder, precisamente, a su definición. Y ese método, a su vez, está relacionado íntimamente con la concepción

_____ *ternos y que se completan con tales principios en un orden normativo ajeno al del Derecho positivo, el del Derecho Natural». Véase PAREJO ALONSO, Constitución y Valores del Ordenamiento, cit., p. 13. Efectivamente, la visión multidimensional de los derechos humanos descubre que éstos vistos como criterios axiológico-políticos, realizan la misma función que Peces-Barba adscribe a los valores superiores del ordenamiento. De hecho, algunos de los expresamente señalados en el art. 1.1 de la citada Constitución española, la libertad, la igualdad y el pluralismo político son, de suyo, derechos humanos.*

(4) Los principios generales del derecho (PGD) pueden ser receptáculo de derechos humanos y por consecuencia, ser ésta una de las figuras jurídicas a través de la cual pueden introducirse en los sistemas jurídicos. «(...) los PGD pueden definirse como un conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuya finalidad es múltiple: de una parte, constituirse en valores o paradigmas que dotan de sentido último (deber ser ideal) al derecho y de sentido mediato (deber ser real) a las normas jurídicas de un sistema». Véase: ÁLVAREZ LEDESMA, *Principios generales del derecho*, en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, t. III, P-Z, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p. 1426. Para una aproximación a la idea de principios generales del derechos desde un análisis wittgensteiniano, véase: ÁLVAREZ LEDESMA, *Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del Derecho*, en TOMASINI BASSOLS (coord.), *Wittgenstein en Español III*, Xalapa, 2012, pp. 153-178.

(5) Autores como Ernesto Gutiérrez y González identifican la idea de derechos humanos con la de «derechos de la personalidad», es decir, derechos subjetivos en relación con ciertos bienes de carácter moral o afectivo pero vistos desde el ángulo del Derecho civil. Más concretamente: «(...) derechos subjetivos que corresponden al ser humano en su calidad de tal, y ya no como meros reflejos del mal llamado «derecho público», y enfocados más, a la busca de una indemnización, cuando han sido violados, que al respeto de esos derechos, pues tal situación no es admisible en una colectividad que se pretende civilizada». Cfr. del autor: GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *El patrimonio*, México, 1995, p. 705.

del lenguaje que detente quien intente establecer el predicado de una expresión o concepto. Dicho de otro modo: si para definir un término empleo una concepción platónica o de realismo verbal, seguramente arribaré a una definición muy distinta de aquella a la que se llegaría asumiendo una postura de tipo convencionalista que es defendida por la llamada filosofía analítica⁽⁶⁾.

El modo y manera de enfrentar la cuestión definitoria, en ambas corrientes de filosofía del lenguaje, es ciertamente divergente. En el primer caso, para poder entrar a la definición de los derechos humanos se partirá de la pregunta inicial: *¿Qué son los derechos humanos?* Es decir, un inquirir de carácter ontológico que intenta indagar respecto de la naturaleza de los derechos humanos; esto es, *de qué tipo de derechos se trata*.

En cambio, si mi de plan excursión definitoria, por decirlo de algún modo, sostiene que no es posible establecer *a priori* el predicado de un concepto a través de una pregunta ontológica, sino que es necesario indagar los

usos de una expresión, mi pregunta inicial sería la siguiente: *¿De qué manera se emplea la expresión «derechos humanos» en los distintos discursos («juegos de lenguaje»)*⁽⁷⁾ en

⁽⁷⁾ Los conceptos «*juego de lenguaje*» y «*forma de vida*» acuñados por el llamado segundo Wittgenstein, a la sazón, el más conspicuo de los filósofos analíticos, resultan ser de enorme utilidad para entender la lógica con la que funciona el lenguaje. Dado que Ludwig Wittgenstein pensaba que no era conveniente referirse a éste en singular sino a los diferentes «juegos de lenguaje» que lo componían: el «juego de lenguaje de la química», el «juego del lenguaje de la moral», el «juego del lenguaje de la religión», el juego del lenguaje del Derecho», y así *ad infinitum*. Estos «juegos de lenguaje» contenían el conjunto de términos y expresiones propios del tipo de relaciones humanas que en ese «juego de lenguaje» se desarrollaban. Así, por ejemplo, componían al «juego del lenguaje del Derecho» conceptos como derecho subjetivo, sanción, pena, ilícito, coacción, etcétera. Al «juego de lenguaje de la moral», a su vez, pertenecerían los conceptos de deber, conciencia, promesa, bien, mal, perdón, entre otros. Ahora bien, a cada «juego de lenguaje» como la otra cara de la moneda, corresponde la idea de «forma de vida», misma que alude a las actividades de los hablantes en relación con las cuales usan las palabras dotándolas de significado. Por eso, a cada «juego de lenguaje» corresponde una «forma de vida». Esta forma wittgensteiniana de caracterizar al lenguaje es muy útil para analizar cómo es que funcionan las palabras y los conceptos en su correspondiente «juego de lenguaje», el cual da noticia del tipo de «forma de vida», esto es de relaciones humanas objetivas entre hablantes, relaciones que posee propósitos muy concretos. Este dato es muy relevante porque «la forma de vida» nos permiten conocer si los conceptos ahí empleados son significativos, es decir, si son usados en función de lo que ahí se pretende. El concepto «juego de lenguaje» es equiparable a la idea de «*dimensión*» en el ámbito político y jurídico. A ambos («juego de lenguaje» y «*dimensión*») me referiré, en este contexto, como sinónimos. Las dimensiones, filosófica, política y jurídica emplearían sus propios conceptos y aludirían a cierto tipo de conductas y relaciones humanas.

En concordancia con lo anterior, cuando se dice que el objeto de una indagación analítica, como las que aquí se hacen, es saber cómo se usa un concepto en una determinada dimensión o «juego de lenguaje», evidentemente lo que quiere decirse es si el empleo de una expresión, por ejemplo y en este caso, «derechos humanos», es significativa en ese especial contexto, o si se está tergiversando su uso porque no se entiende cuál es el propósito de los hablantes en ese «juego de lenguaje» y en esa «forma de vida». Lo anterior nos ayudará, a lo largo del texto, a descubrir los sinsentidos o incomprensiones a que da lugar no entender la manera en la que se usa y ha usado la expresión derechos humanos en los distintos «juegos de lenguaje» por donde ha transitado. Puede consultarse

⁽⁶⁾ Respecto de las diferencias entre «realismo verbal» y «convencionalismo verbal» véase: NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, 1987, pp. 11-14. Por lo que hace a la filosofía analítica, no está por demás apuntar, dado que la elucidación de la voz «derechos humanos» que aquí hacemos adopta su metodología, lo dicho por Alejandro Tomasini al respecto de los propósitos de esa filosofía: «[para] (...) la filosofía analítica los problemas filosóficos tradicionales, del área que sea, quedan encarados como problemas de una u otra manera conectados con el lenguaje, como dificultades que se traducen en interrogantes que de una u otra forma tienen que ver con él y que se superan sólo por medio de reflexiones en torno a él. Puede tratarse de lenguaje natural, de lenguaje musical, del de la física o del simbolismo de la teoría de conjuntos. El objetivo es siempre el mismo: caracterizar el problema del que uno se ocupe desde la perspectiva del sistema lingüístico empleado (su estructura, su *modus operandi*). (...) La idea es que lo que antes era una temática plagada de confusiones se pueda ahora entender de otra manera y enfrentarla sistemáticamente con mayores probabilidades de éxito. En esto, la filosofía analítica pisa terreno sólido: es intuitivamente aceptable, me parece, que antes de discutir un tema y tratar de determinar la verdad o falsedad de tal o cual afirmación hay que tratar de determinar si lo que se afirma tiene sentido o no. Contemplada «analíticamente», cualquier dificultad de pensamiento se vuelve más fácil de aprehender y de resolver». Véase del autor: NINO, *Filosofía analítica: un panorama*, 2ª ed., México, 2012, pp. 11-12.

que se usa y resulta significativa?

Parece claro, que en el caso del realismo verbal el propósito es establecer aquella definición de derechos humanos que haga patente la «esencia» de dicho concepto. Y dado que esencias sólo hay una, intentará establecerse la (única) definición de derechos humanos que, a diferencias de otras definiciones, sí la refleje. Posición harto ambiciosa y quién sabe si alcanzable desde el punto de vista teórico⁽⁸⁾.

En el caso del convencionalismo verbal, también es claro que podrá llegar no a una sino a las varias definiciones o usos del concepto «derechos humanos» que se emplean en los diferentes discursos donde esa expresión funciona. Decir que la expresión «funciona» predica, simplemente, que ésta es efectivamente significa y permite la comunicación eficaz entre hablantes y usuarios de la misma en un contexto dado.

Me parece que esta segunda forma de enfrentar la búsqueda de la definición de derechos humanos posee, a diferencia de la primera, varias ventajas. Para empezar reconoce, desde el principio, el carácter múlti-

voco de la expresión «derechos humanos» y no se circunscribe a la necesidad de alcanzar una única definición que deba explicar todos los fenómenos con los que están vinculados tales derechos.

Además, definir por vía de los «usos» comporta en este caso un beneficio adicional, y es que permite diluir el primer escollo teórico: la relación entre concepto y fundamentación. Y lo diluye en la medida de que tal problema deja de serlo al poner en evidencia que puede haber tantas definiciones de derechos humanos como formas de fundamentación existan, siempre y cuando se entienda desde el principio que esa concepción, definición y uso del concepto «derechos humanos» es perfectamente válido y tiene sentido en el contexto de esa forma de argumentación. Lo anterior no excluye que esa definición pueda tener contra-ejemplos y contra-argumentos desde otra posición teórica; situación ésta que es comprensible, clara y hasta sana desde el punto de vista científico.

La reflexión precedente permite entender que, obviamente y por razones de consistencia teórica, para un iusnaturalista los derechos humanos deberán ser conceptuados como «derechos naturales», mientras que para las corrientes teóricas iuspositivistas o historicistas, los derechos humanos, a su vez, tendrán que definirse como «derechos positivos» y/o «consecuciones históricas» de grupos humanos determinados⁽⁹⁾. Todas es-

para una explicación puntual del aparato del segundo Wittgenstein: TOMASINI BASSOLS, *Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana*, México, 1995. Respecto del concepto mismo «juego de lenguaje», el propio Wittgenstein lo explicitó en los siguientes términos: «We can also think of the whole process of using words in as one of those games by means of which children learn their native language. I will call this games «language-games» and will sometimes speak as a primitive language as a language-game. And the processes of naming the stones and of repeating words after someone might also be called language-games. Think of much of the use of words in games like ring-a-ring-a-roses». Véase: WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations* (translated by G.E.M. Anscombe), 3ª ed., Oxford, 1958, p. 5.

⁽⁸⁾ Carlos S. Nino apostilla al respecto: «Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo. (...) Hay juristas que no advierten que una cosa es definir una palabra y otra describir la realidad, y nos hablan del concepto derecho como si hubieran descubierto los aspectos más profundos de aquélla». Véase del autor NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit, p. 13.

⁽⁹⁾ Norberto Bobbio caracteriza de manera muy práctica al *iusnaturalismo*, como una corriente jurídica dualista y que acepta la tesis de la superioridad. Es decir, que serían iusnaturalistas aquellos que convienen con los siguientes presupuestos: la existencia de dos clases de «derecho», el Natural y el Positivo y la supeditación, en términos de corrección o justicia, del primero sobre el segundo. Cfr. del autor: BOBBIO, *Jusnaturalismo y positivismo jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), en *El problema del positivismo jurídico*, México, 1992, p. 167. Algo más que sobre el iusnaturalismo debe decirse y que resulte clarificador, es que éste se adscribe a una corriente filosófica llamada «objetivismo ético», porque considera que los principios de justicia que componen al Derecho natural son objetivos, es decir, su existencia y validez no depende ni del poder establecido ni de los seres humanos; posee, efectivamente, existencia propia. Los principios de justicia del iusnaturalismo son válidos «per se». Además, tales principios son universales y asqueables

tas concepciones pueden convivir si se acepta, entonces, que el proceso de fundamentación de los derechos humanos no es único y que, cada escuela o corriente jurídica, tendrá argumentos para justificar su postura y que ésta conlleva efectos prácticos distintos.

En suma, desde el convencionalismo verbal es factible elaborar una definición de derechos humanos que reconozca y, además explique, su carácter multívoco. Una definición que no soslaye los diferentes tipos de fundamentación de los que esos derechos han sido y son objeto. Tipos de fundamentación que constituyen discursos teóricos cuyo propósito es establecer nuevas formas de razonar en pro de los derechos humano, generadas en el obvio devenir histórico y las dificultades que ha enfrentado la subsistencia de los

a la razón; sirven para determinar la justicia o corrección de instituciones e individuos. En consecuencia, los derechos humanos en la versión iusnaturalista conllevan la impronta del Derecho natural: se les debe caracterizar como absolutos, eternos, inmutables e inalienables. Véase: NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 24 ss. Al respecto se ha escrito: «El origen de los derechos naturales no es el Derecho positivo, sino un tipo de orden jurídico distinto al Derecho positivo: el orden jurídico natural. (...) Tanto el orden jurídico natural como los derechos naturales de él deducidos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres». Véase: FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1987, p. 93. Para quienes piensan que los derechos humanos son derechos históricos su argumentación básica sería la siguiente: «(...) se fundan, no en la «naturaleza humana», sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad. (...) La temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin de sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar del «hombre» sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil». Véase: PERIS, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, 1976, pp. 135-137. En torno a este punto, Manuel Atienza también ha escrito: «Los derechos humanos no sólo son humanos porque sus destinatarios sean los hombres sino, y fundamentalmente, porque sus creadores son los hombres; su origen no está en los cielos, sino en la tierra, son conquistas históricas y no concesiones divinas». Cfr. ATIENZA, *Los derechos humanos en la Constitución*, en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1979, p. 125.

derechos humanos desde su original concepción⁽¹⁰⁾.

2. Concepción multidimensional de los derechos humanos. Ésta parte de la siguiente hipótesis que tiene asidero en la ya señalada concepción convencional del lenguaje: es posible rastrear históricamente los principales usos de la expresión derechos humanos en tres «juegos de lenguaje» o dimensiones distintas, que se desarrollaron sucesivamente y se encuentran, por «semejanzas de familia»⁽¹¹⁾, claramente relacionados.

⁽¹⁰⁾ Para una visión histórica fresca y moderna del periplo de los derechos humanos puede consultarse: FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008.

⁽¹¹⁾ Wittgenstein entiende por «semejanza de familia» a la existencia de redes de actividades unidas entre sí a la manera en que se parecen unos a otros los miembros de una familia. La clave de este concepto es la idea de *redes de actividades* que relacionan a diversos «juegos de lenguaje». Dicho de otro modo, conceptos que se mueven en distintos «juegos de lenguaje» entre los que haya una «semejanza de familia» porque sus actividades están unidas entre sí. Para profundizar en este concepto puede verse de Alejandro Tomasini Bassols: *El pensamiento del último WITTGENSTEIN, Problemas de filosofía contemporánea*, México, 1988, p. 30. Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto «semejanza de familia» y el uso de la expresión «derechos humanos» en diversos «juegos de lenguaje» puede apuntarse: Los «parecidos de familia», en sentido wittgensteiniano, «(...) serían los que permiten a un hablante utilizar una misma palabra para tomar parte en los distintos juegos en los cuales ésta se usa. Sería entonces esta red de actividades con que se vinculan los juegos de lenguaje donde se usa la palabra «derechos humanos» lo que hace posible emplear el mismo término en todos ellos. Son, pues, ciertas actividades de los hablantes (en el derecho, la política, la filosofía, etc.) a las que se refiere la expresión «derechos humanos» lo que determinará el significado de ésta en cada una de tales dimensiones. (...) En suma, el significado del concepto derechos humanos usado en un contexto o dimensión cambiará en la medida en que se transformen las actividades a las que ese concepto alude. Con esto se puede concluir que no hay una esencia de las cosas y a fortiori del concepto «derechos humanos», sino tantos significados como usos y aplicaciones y, consiguientemente, juegos de lenguaje haya. Así, antes de preguntarse qué significa la expresión «derechos humanos». Se debe cuestionar: ¿cuáles son las actividades (jurídicas, políticas, filosóficas, etc.) con las que se relaciona esta noción? Es precisamente la idea de multidimensionalidad la que permite señalar que la expresión «derechos humanos» es usada en diferentes juegos de lenguaje, esto es, una red de actividades

A saber, el de la filosofía política, la política y el Derecho.

3. Dimensión filosófico-política. La idea básica, entonces, es que el concepto de *derechos humanos en su versión original o primera, en tanto derechos naturales*, nace en una específica corriente de filosofía política de pensadores inscritos en el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII que, al unísono, sostenían que el «*contrato social*», como acuerdo adoptado por ciudadanos racionales con voluntad propia y vinculante - ética y políticamente -, constituía el origen del poder público y del Estado⁽¹²⁾. El concepto de *derechos humanos como derechos naturales* juega un papel protagónico en las teorías de esos pensadores, porque se constituye en la condición de legitimidad política del poder público que trasciende al denominado estado de naturaleza, concepto teórico (Hobbes)⁽¹³⁾ o hecho efectivamente acaecido en algún momento histórico de los pueblos

relacionadas entre sí, pero en las que su uso cambia porque las actividades no son idénticas. Dicho de otro modo: las actividades políticas referidas a los derechos humanos no son iguales a las actividades que en torno a dichos derechos se desarrollan en otros ámbitos como el jurídico o el filosófico». Véase: ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, Serie jurídica, México, 1998, p. 16.

⁽¹²⁾ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, Madrid, marzo de 1983, pp. 119-145.

⁽¹³⁾ Para Thomas Hobbes (1588-1679) el llamado «estado de naturaleza» era un estado de guerra, de natural conflicto de los hombres entre sí. A propósito de lo anterior, el propio Hobbes escribió en su famoso *Leviatán*: «La condición del hombre, es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquier cosa, incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres». Véase del autor: HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), México, 1992, pp. 106-107.

(Locke)⁽¹⁴⁾. Estado de naturaleza en el que vivían, según tales teorías, primitivamente vinculados los seres humanos, sin posibilidad de asegurar en él su supervivencia y sin poder desarrollar sus potencialidades, es decir, los derechos naturales que de suyo le pertenecerían gracias a la *lex naturalis*.

Lo importante de este concepto de «derechos humanos» lo constituía la función discursiva que en ese contexto jugaba; a saber, erigirse, según se puso en evidencia, en la condición de legitimidad que justificaba el nacimiento y el funcionamiento de cualquier clase de poder político, adquiriese éste la forma que adquiriese⁽¹⁵⁾.

Es decir, que si el poder establecido, convenido o no por los hombres (y, podría pensarse,

⁽¹⁴⁾ John Locke (1632-1704) pensaba, a diferencia de Hobbes, que el estado de naturaleza era un estado que efectivamente los pueblos vivían en algún momento de su devenir y en el cual no existía un estado de guerra sino que era un ámbito en donde privaba la ley natural, una ley a la que, de modo similar al de Hobbes, cabría identificar con la razón. Respecto de la idea de estado de naturaleza como una cuestión fáctica el propio Locke escribió: «Suele plantearse con frecuencia como poderosa objeción la siguiente pregunta: ¿Existen o existieron alguna vez hombres en ese estado de naturaleza? De momento bastará como respuesta a esa pregunta el que estando, como están, todos los príncipes y rectores de los poderes civiles independientes de todo el mundo en un estado de naturaleza, es evidente que nunca faltaron ni faltarán en el mundo hombres que vivan en ese estado». Cfr. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. Amando Lazaro Ros), Madrid, 1979, pp. 93-94. Al respecto José Herrera Madrigal ha escrito: «(...) no hay en Locke la doble interpretación que Puffendorf había propuesto del estado de naturaleza, entendiéndolo por abstracción o en idea, es decir, en sentido hipotético, y además como situación efectivamente existente, o sea en sentido fáctico. De ambas interpretaciones, Locke se interesa sólo en la segunda». Véase del autor: HERRERA MADRIGAL, *Jusnaturalismo e ideario político en John Locke*, México, 1990, p. 109.

⁽¹⁵⁾ Para John Locke, por ejemplo, es meridianamente clara la función que los derechos naturales jugaban en su nueva concepción de legitimidad, a los cuales por cierto se refiere como «*goods*» (bienes). El párrafo siguiente del anterior autor no deja lugar a dudas: «Tenemos, pues que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguarda es muy incompleta en el estado de naturaleza». Cfr. LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit., pp. 93-94 (el resaltado es mío).

a mayor razón viniendo ese poder de alguna clase de mandato divino, como sostenía la monarquía) no respetaba esos derechos naturales, dicho poder perdía su legitimidad; el origen y su razón de ser no estaban justificados. La anterior conclusión es evidente si se comprende, justo al interior del discurso de esa corriente de pensamiento de filosofía política, que el poder público se había constituido, precisamente, para salvaguardar esos derechos, los cuales era imposible asegurar y garantizar en el estado de naturaleza.

Por ello es relativamente fácil rastrear el uso sistemático de la expresión «derechos naturales» como derechos humanos en el «juego de lenguaje» de la filosofía política de la imprenta antes señalada: la iusnaturalista. Que, además, consideraba que el origen de la sociedad y del Estado se hallaba en el «contrato social».

Esta repetida afirmación no tiene nada de baladí, porque *su advenimiento supone un cambio trascendente en la concepción filosófica y moral de la persona humana*. Esta concepción es inasimilable a la idea de «súbdito» que resultaba funcional en el «juego de lenguaje» de la concepción monárquica del poder, y que deja de ser significativa en el «juego de lenguaje» del iuspositivismo-contractualista. Y esto es así, porque la persona humana es ahora concebida en ese nuevo discurso como el *ente moral por excelencia* (el individuo), el cual *está dotado naturalmente de razón y posee la capacidad para distinguir entre lo justo y lo injusto, entre el bien y el mal*. En esta concepción subyace claramente el principio moral central de cualquier concepto de «derechos humanos»: el de *autonomía de la voluntad humana*.

En suma, que el primer «juego de lenguaje» o dimensión en el que apareció la expresión «derechos humanos» como derechos naturales es la filosófica y alude a valores, bienes o derechos que el ser humano poseía por su condición de individuo racional. Exigencias éticas que determinaban la razón de ser y el fin último del Estado, o de cualquier forma de organización social. No proteger o hacer posibles tales derechos naturales deslegitimaba al poder público.

Ahora bien, *las teorías iusnaturalistas-contractualistas fueron inspiración y fuente de argumentación principal de otro tipo de discurso, el político*, es decir, el discurso del acceso al poder en la Europa del siglo XVIII. Discurso que en este caso sostenían quienes se oponían al poder monárquico.

4. Dimensión política. En efecto, el discurso filosófico de los derechos humanos como derechos naturales, otorgaba argumentos políticos invaluable y novedosos para justificar el cuestionamiento del poder establecido y, por ende y más tarde, movimientos revolucionarios e independentistas.

En este nuevo discurso político el poder no ejercido en consonancia con esos «derechos naturales» era ilegítimo, a más de que la forma de organización y estructura social a la que daba origen la monarquía tradicional (una sociedad estratificada por razones de nacimiento y origen), vulneraba flagrantemente la idea de que los seres humanos eran iguales por naturaleza y gozaban, por ende, de los mismos derechos (naturales) de los que no podían ser desposeídos por ningún poder terrenal.

De tal guisa, el «juego de lenguaje» o el discurso político convierte el concepto filosófico de los derechos humanos en lenguaje político, por ende, en lenguaje persuasivo⁽¹⁶⁾ y, consecuentemente, en ideología. Ideología en la que se gestó, ni más ni menos, la famosa Revolución francesa y que constituyó la base conceptual de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ «Parlare di diritti naturali o fondamentali o inalienabili o inviolabili, è usare formule di linguaggio persuasivo che possono avere una funzione pratica in un documento politico per dare maggior forza alla richiesta, ma non hanno nessun valore teorico, o sono pertanto completamente irrilevanti in una discussione di teoria del diritto». Véase: BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. XVI (el resaltado es mío).

⁽¹⁷⁾ Para conocer el contexto y relación existentes entre Declaración de 1789, Revolución francesa y derechos humanos puede consultarse de AMUCHASTEGUI, *Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, Madrid, marzo de 1983, pp. 119-145.

Si bien es cierto que esta Declaración no es la primera en su tipo, pues hay incluso algunas anteriores en tiempo, como la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776⁽¹⁸⁾, lo importante es que todas ellas poseen las mismas características discursivas: representan el tránsito conceptual e histórico de la idea de «derechos humanos» como derechos naturales del ámbito filosófico al político; concretan el paso del deber ser filosófico al deber ser político; convierten a los derechos naturales en exigencias éticas que rigen la vida política, trascendiendo su original naturaleza de exigencias teóricas en el ámbito de una elucubración de la legitimidad. Finalmente, los derechos humanos como derechos na-

turales en el discurso político, sirven para explicar y justificar la acción revolucionaria, el establecimiento de un nuevo régimen y, consecuentemente, el de un Derecho que lo garantice en los hechos; que, en concreto, haga eficaces esas exigencias ético-políticas convirtiéndolas en normas de Derecho positivo. Sí, con el Derecho, finalmente, hemos topado.

5. Dimensión jurídica. En necesario hacer hincapié, que en cualquiera de estas Declaraciones de derechos, ya francesas, ya sajonas, los derechos humanos en tanto derechos naturales tienen carácter absoluto, son universales, inalienables y eternos. Características estas que resultan predicables respecto de «derechos naturales» pero que no lo son de derechos, por así decirlo, jurídicos (*legal rights*). Estos últimos están sujetos a las reglas del ordenamiento jurídico y por tanto tienen que ser caracterizados de forma precisamente opuesta: su naturaleza es relativa, su espacio de validez espacial y material está acotado y, evidentemente, tienen límites contemplados por el propio ordenamiento y rigen en un tiempo determinado.

De esta suerte, las características que, primero los filósofos y después los políticos, asignaron a los derechos humanos como derechos naturales, resultaron ser perfectamente consistentes con el tipo de «juego del lenguaje» o discurso al que pertenecían, y en el cual eran evidentemente significativos: el de la filosofía política y el de la política, respectivamente. Cuestión esta que, desafortunadamente, no fue entendida por alguna corriente iuspositivista que, al negar la existencia de los derechos humanos como derechos naturales, no llegó a captar que de lo que se trataba era de un discurso ético y no de un discurso jurídico.

El triunfo de la Revolución francesa y de guerras paradigmáticas de independencia como la de las trece colonias americanas enfrenta, en relación con el discurso filosófico y político de los derechos humanos como derechos naturales, un serio problema: el de su eficacia.

Es entonces cuando irrumpe - y como es

⁽¹⁸⁾ Para un análisis respecto de las similitudes y diferencias, así como las posibles influencias entre Declaraciones de derechos francesas y norteamericanas, puede consultarse: TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1976, pp. 93-99. Castán Tobeñas apunta en la obra citada: «Se suelen considerar las formulaciones americanas como el primer ejemplo de las modernas Declaraciones de derechos. Son varias las que aisladamente aparecen en las diversas colonias inglesas de Norteamérica, que pasaron a ser, a partir de su emancipación, miembros de los Estados Unidos, pero la más célebre es la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776. La Constitución federal carecía inicialmente de lo que se ha llamado parte dogmática, pero fue ésta añadida a su articulado en virtud de diez enmiendas propuestas por el Congreso de 1789». «La primera y de mayor renombre, entre las declaraciones francesas, es la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional constituyente reunida en Versalles el 26 de agosto de 1789, y promulgada el 3 de noviembre de igual año. A ella siguieron las Declaraciones de derechos de 1793 y 1795 (esta última acompañada de una breve Declaración de deberes). Más, como indica Biscaretti, las últimas «consiguieron sólo un valor transitorio y contingente. La Declaración de 1789 fue absorbida de modo indeleble, en sus principios esenciales, por el ordenamiento constitucional francés y mantenida siempre en vida por el mismo a través de múltiples vicisitudes: de tal modo que a ella, aun explícitamente, reenvían los preámbulos de las últimas Constituciones francesas de 1946 y 1958». «Tiene por rasgo distintivo esta típica Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que la diferencia de las formulaciones americanas, su empaque filosófico-político, en cierto modo universalista. El sentido concreto, histórico de las libertades inglesas y aun de las norteamericanas, queda sustituido en la Declaración francesa, con pretensiones dogmáticas, por enunciados de tipo abstracto y muy general. El tono de ella es iusnaturalista (...)» Cfr. TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, cit., pp. 94-95.

natural en último término - el Derecho, en cuanto técnica creada y perfeccionada para hacer efectivas y eficientes, las exigencias éticas o políticas del poder establecido. Ello explica a cabalidad, que el discurso o «juego del lenguaje jurídico» haga su aparición histórica no bien los derechos humanos encontraron, en la filosofía política y en el pensamiento iusnaturalistas, un fundamento sólido y éticamente consistente. Más aún, el arribo del Derecho al mundo de los derechos humanos, se da cuando las revoluciones o las guerras de independencia habían triunfado y se había generado una base de legitimidad social respecto de los derechos humanos, constriñendo a los juristas a jugar, básicamente, dos roles que son de suyo, de vital importancia: plasmar los derechos humanos en normas de Derecho positivo haciéndolos vinculantes jurídicamente (y en su caso hacer uso de la coacción) y diseñar formas de garantía jurídica que aseguren de la mejor manera su protección y vigencia⁽¹⁹⁾.

Para poder proceder a ensayar una definición de derechos humanos, hechas todas las aclaraciones anteriores, es importante señalar que el *periplo histórico* de los derechos humanos desde la concreción y desarrollo de sus primeros discursos filosófico, político y jurídico, ha sido largo y accidentado.

Y fue así, sobre todo en el siglo XX, luego de dos guerras mundiales que concluyeron con la instauración de un nuevo orden internacional por parte de los países triunfantes y en donde se gestó, al mismo tiempo y principalmente, el concepto de derechos humanos, a saber, Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. No es extraño, entonces, que estos países hayan impreso

en la carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, la llamada Carta de San Francisco, el *leit motiv* de la misma: los derechos humanos constituirían el concepto de justicia y legitimidad de los Estados modernos⁽²⁰⁾.

Desde 1945 se ha producido a nivel internacional, desde el punto de vista político y jurídico, un fenómeno de expansión de los derechos humanos en el anterior sentido, y al que se denomina «progresividad». Este fenómeno ha generado desde esa fecha las dimensiones internacionales del discurso tanto jurídico como político de los derechos humanos, en las que se desarrollan, respectivamente, tanto las instituciones de promoción y protección de los derechos humanos a nivel supranacional, como los paradigmas políticos fundados en los derechos humanos a que debe sujetarse la conducta de los Estados nacionales, como partícipes del escenario y la comunidad internacional agrupada alrededor de los principios de las Naciones Unidas⁽²¹⁾.

De manera más concreta, la «progresividad»

⁽²⁰⁾ En el Preámbulo de la Carta de San Francisco se asienta, de modo contundente, que es resolución de los pueblos que conforman la Organización de las Naciones Unidas: «(...) reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas».

⁽²¹⁾ Señala Héctor Gros Espiell en torno a este punto: «La Carta de las Naciones Unidas incluyó varias referencias a los derechos humanos [Preámbulo, arts. 1.3; 13.1.b); 55. C; 56; 62.6; 68 y 76.c)]. «(...) Sin embargo, pese a algunas iniciativas expuestas durante la Conferencia de San Francisco, no se quiso, en 1945, ir más allá de las enunciaciones genéricas relativas al deber de "promover" el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales contenidas en el Preámbulo y en los siete artículos ya recordados. (...) Empero, (...) las disposiciones de la Carta referentes a los derechos humanos ha generado un sistema internacional que puede decirse que resulta de sus principios (art. 1.3), pero que ha ido mucho más allá de lo que surge de la simple lectura de su texto. Este excepcional desarrollo, cuyas vertientes jurídicas y políticas son de indudable importancia, se ha proyectado no sólo a la esfera estrictamente relativa a los derechos humanos, sino que ha incidido decisivamente en la interpretación del párrafo 7 del artículo 2, (...)». (el resaltado es mío). Véase del autor citado: GROS ESPIELL, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Madrid, 1988, pp. 25, 26 y 27.

⁽¹⁹⁾ Con toda razón, al respecto de la importancia de las garantías de realización que el Derecho positivo debe ofrecer a los derechos humanos ha escrito Norberto Bobbio: «Il problema che ci sta dinanzi, infatti, non è filosofico ma giuridico, e in più largo senso politico. Non si tratta tanto di sapere quali e quanti sono questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento, se siano diritti naturali o storici, assoluti o relativi, ma quale sia il modo più sicuro per garantirli, per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano continuamente violati». Véase del autor: BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., pp. 17-18.

puede conceptuarse como el crecimiento paulatino del catálogo de los derechos humanos y la ampliación de las facultades de los órganos internacionales⁽²²⁾ surgidos después de la Segunda Guerra Mundial para su promoción y protección, en los supuestos de incapacidad de las instituciones jurídicas nacionales de proteger a sus propios ciudadanos del abuso del poder⁽²³⁾.

Esto es y en suma, tratados internacionales y organismos supranacionales que han

⁽²²⁾ Pedro Nikken ha definido la «progresividad» de la siguiente manera: «Fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que toca a la eficacia y vigor de los procedimientos.». Véase del citado autor: NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, pp. 17-18.

⁽²³⁾ Suele no comprenderse que el origen de una protección internacional de los derechos humanos se encuentra en la evidente incapacidad de los Estados nacionales para que sus sistemas de Derecho brinden la adecuada y eficiente protección, y acceso a la justicia, a sus propios ciudadanos. Por eso, la constitución de ese régimen internacional detona con las aberraciones cometidas antes y durante la Segunda Guerra Mundial. La lógica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no posee, pues, un carácter intervencionista sino que responde, supletoriamente, a la demostrada incapacidad estatal de prevenir y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos ante acciones u omisiones que hallan su origen, precisamente, en el abuso del poder. Uno que es de tal magnitud que le impide a los recursos de jurisdicción nacionales poner remedio y sanción a una vulneración a derechos humanos. Amén de que la suscripción de los tratados internacionales de derechos humanos responde a un acto de soberanía de los Estados, los que se supone que con una auténtica vocación democrática y un compromiso efectivo con los derechos humanos, como criterio de legitimidad y de justicia de sus instituciones, aceptan someterse a la competencia de órganos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de orden supranacional. Está demostrado empíricamente que sólo Estados con auténtica vocación democrática tienen la aptitud política y jurídica para someterse a esta clase de «punto de vista externo» que constituye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello, no es extraño que Estados con un déficit en ese territorio terminen denunciando tratados internacionales, tal y como ha sucedido, al menos en el sistema interamericano, con Trinidad y Tobago, Perú y, recientemente, Venezuela. Sobre la relación soberanía-derechos humanos, puede verse: SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1992, pp. 11-14.

conformado un entramado normativo de carácter supletorio denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁽²⁴⁾ al cual está sujeto, en mayor o menor grado, la comunidad internacional tanto a nivel de los sistemas regionales de protección y defensa de los derechos humanos, como a nivel del sistema universal o de las Naciones Unidas.

6. Nuestra definición. En tal virtud, si somos consistentes con lo hasta aquí dicho, es posible definir a los derechos humanos simplemente como: Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición.

Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.

Esta definición se ajusta al modelo multidimensional y da cuenta de lo siguiente: Que los derechos humanos nacen y se desarrollan como exigencias éticas adscritas a un específico concepto de persona humana, dotada de autonomía y dignidad; Que tales exigencias éticas han experimentado un tránsito histórico que las ha convertido en el discurso jurídico-político, nacional e internacional, de los Estados democráticos y de Derecho modernos; Que los derechos humanos plasman los criterios universalmente aceptados que sirven para determinar la legitimidad política de gobiernos e instituciones, amén de ser el parámetro u horizonte de certidumbre usado para medir la justicia de nuestras actuales instituciones sociales.

Mario Ignacio Álvarez Ledesma

⁽²⁴⁾ Para una aproximación integral a ese «nuevo» Derecho puede consultarse: VILLAN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2006, Especialmente la Lección 2, pp. 85-140.

Derechos humanos en la normativa mercosureña

Bibliografía: ABRAMOVICH, *Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional, en El Mercosur Democracia y Derechos. Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, año 1, n. 1, julio de 2012, Buenos Aires, p. 6; BERGALLO, *Integración y derechos. La experiencia del Mercosur*, Universitat Pompeu Fabra, 24/25 de noviembre de 2008; CASAL, *Los derechos humanos en los procesos de integración, en Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*, año 3, n. 2, 2005; GROS ESPIELL, *La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur*, Conferencia Magistral, Asunción, 14 de julio de 2000; 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; OLMOS GIUPPONI, *Derechos humanos e integración en América Latina*, Valencia, 2006; PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991; PUYANA DE PALACIOS, *La integración económica y la globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, México, 2003; 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 abril 2001, p. 21; SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind (A History of the American Bill of Rights)*, New York, 1977.

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⁾.

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

⁽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⁾ 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 abril 2001, p. 21.

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.

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⁾.

Los tratados fundacionales del Mercosur omitieron la mención de la protección de los derechos humanos en el bloque de integración regional al que 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 mencionara 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⁾. Una aproximación al tema en cuestión podría constituir, la «exigencia de la vigencia de la democracia» en los países del bloque a los fines integrativos como acercamiento a la protección de derechos. Pero tal exigencia no aparece institucionalizada sino hasta el Protocolo de Ushuaia, donde formalmente los Estados del bloque establecen la exigencia del régimen democrático hacia el interior de los Estados miembros como condición indispensable para su membresía.

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⁾.

En la correspondencia democracia-derechos

⁽³⁾ ABRAMOVICH, *Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional*, en *El Mercosur Democracia y Derechos. Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, año 1, n. 1, julio de 2012, Buenos Aires, p. 6.

⁽⁴⁾ CASAL, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, en *Estudios constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*, año 3, n. 2, 2005.

⁽⁵⁾ SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind (A History of the American Bill of Rights)*, Nueva York, 1977, p. 103.

⁽⁶⁾ GROS ESPIELL, *La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur*, Conferencia Magistrada, Asunción, 14 de julio de 2000.

humanos, la ausencia de la primera en el Tratado de Asunción podría conducir a explicar la falta de inclusión explícita 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⁾.

Adentrándonos 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»⁽⁹⁾.

Como elementos básicos dentro del ámbito del Mercosur encontramos: **1)** Declaración de Foz de Iguazú de 1855 (firmada por Argentina y Brasil); **2)** Acta de Amistad Argentino Brasileña en Democracia, Paz y Desarrollo de 1986; **3)** Declaración Presidencial sobre compromiso democrático en el Mercosur. Firmada en 1996; **4)** Protocolo de Ushuaia. 1998 (clausula democrática); **5)** Declaración socio-laboral del MERCOSUR (Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998); **6)** Creación de la

Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR Decisión CMC No. 40/04 (Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004); **7)** Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR - Decisión CMC n. 17/05 (Asunción, 19 de junio de 2005); **8)** Campaña de Información y Prevención del Delito de Trata de Personas- Decisión CMC n. 12/06; **9)** Observatorio de la Democracia del MERCOSUR Decisión CMC n. 24/06; **10)** Instituto Social del MERCOSUR Resolución CMC n. 03/07; **11)** 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 n. 25/08 (San Miguel de Tucumán, 30 de junio de 2008); **12)** Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos - Decisión CMC n. 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 su realización que exceden una mirada de los mismos como meros instrumentos para el desarrollo económico⁽¹⁰⁾.

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⁽¹¹⁾, redactada por

⁽⁷⁾ PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, p. 19.

⁽⁸⁾ Resulta de los arts. 2b, 3d, 3k y 6 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁽⁹⁾ OLMOS GIUPPONI, *Derechos humanos e integración en América Latina*, Valencia, 2006, p. 303.

⁽¹⁰⁾ BERGALLO, *Integración y derechos. La experiencia del Mercosur*, Universitat Pompeu Fabra, 24-25 de Noviembre de 2008.

⁽¹¹⁾ 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 de Derechos Fundamentales tuvo como conte-

el Consejo de Coordinación Social del Cono Sur en 1993 como parte de la futura Carta Social del Mercosur⁽¹²⁾. 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⁽¹³⁾.

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⁽¹⁴⁾. 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

nido 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.

⁽¹²⁾ 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 n. 11 en donde se hace referencia al estudio de la viabilidad de adoptar una Carta Social del Mercosur.

⁽¹³⁾ 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.

⁽¹⁴⁾ PUYANA DE PALACIOS, *La integración económica y la globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, México, 2003, pp. 254-255.

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 2004⁽¹⁵⁾, 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 de 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 n. 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 es-

⁽¹⁵⁾ 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.

tablecer 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⁽¹⁶⁾. 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.

Andrea Mensa González

⁽¹⁶⁾ Creado por Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) n. 14/09

Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)

Bibliografía: ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993; BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983; CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, I, *Fonti-Persone-Famiglia*, Milano, 2007; DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, 2007; PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013; PALAZZO, FERRANTI, *Etica del diritto privato*, voll. I-II, Padova, 2002; PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008; RODOTA, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; SASSI, *Derechos patrimonialmente neutros*, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, t. I, México D.F., 2010, p. 417 ss.; SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, reimpr. 2011.

1. Premisa. El Derecho civil surge y se desarrolla en torno a relaciones jurídicas con carácter patrimonial. Él siempre se refiere a la protección de los intereses patrimoniales, que en la época moderna y contemporánea toman la forma de derechos subjetivo patrimoniales: es decir los derechos de propiedad y los derechos de crédito.

Es en este contexto que se manifiestan los fundamentos de la cultura jurídica, en primer lugar Europea y luego de todo el mundo.

Ella deriva del derecho común europeo, que, a través del estudio del derecho romano (clásico o justiniano), del derecho germánico y del derecho canónico, se desarrolla en la

Edad Media como resultado del renacimiento cultural producido por la reanudación de la actividad económica.

En este periodo, en el cual no había presencia del Estado - tal como está entendido hoy - el estudio del derecho consideraba principalmente las relaciones entre los particulares. Por lo tanto, es lógico que cultura jurídica se desarrolló dentro del derecho civil. Sólo en los últimos siglos esos intereses se han incorporado por los ordenamientos de los Estados y han sido transfundidos, como derechos fundamentales, en las Constituciones y - en el proceso de integración europea - en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la historia de la interpretación civil se encuentran constantes éticas, calificadas por la mejor doctrina como de «permanencias»⁽¹⁾, que marcan la coincidencia entre los derechos civiles permanentes y las diversas culturas éticas: conceptos tales como la protección de los derechos de la persona, la confianza, la prohibición del abuso de derecho, la buena fe (*fides* que se convierte en *fides bona*), impregnan toda la historia del derecho, que - como se ha dicho - es esencialmente la historia del derecho civil.

Y son las permanencias precisamente que

⁽¹⁾ Véase la voz «Permanencias», por A. Palazzo, en este Diccionario Analítico.

permiten a la cultura jurídica, y a la hermenéutica, de desarrollarse en la continuidad, determinando en el mismo tiempo la supervivencia y la evolución de los principios y las cláusulas generales. De hecho, la referencia a los principios se encuentra en diversas disposiciones de las principales codificaciones de los Estados Europeos.

Pero es sobre todo en el Tratado constitutivo de la Unión (en su versión modificada por el Tratado de Lisboa), especialmente en el art. 2, que se explicitan los valores fundantes, valores comunes a los Estados miembros, que se derivan directamente de la historia del derecho y en particular, del derecho civil.

Este modelo puede encontrar aplicación en otras regiones del mundo con una tradición jurídica común, sobre todo en la América Latina.

En el actual marco normativo el derecho civil también asume un papel diferente, que se caracteriza por el abandono de la perspectiva exclusivamente económico-patrimonial.

Él se ocupa de la investigación, la innovación y de la así llamada «Sociedad del conocimiento»⁽²⁾, es decir, el fenómeno mundial de intercambio de ideas, que es resultado de un proceso de información y conocimientos, dirigido a el desarrollo de la personalidad de cada uno en el contexto de una comunidad global, que debe garantizar la verdad, la exactitud y la protección de la información entregadas y recibidas, sobre todo cuando están implicados derechos individuales fundamentales. El derecho civil se ha enriquecido de nuevos contenidos, que antes eran marginales o eran la prerrogativas de otras ramas del derecho, tales como la ética, la educación y la formación, el desarrollo de la personalidad, el derecho a la libre determinación y dignidad, cualquiera que sea la edad o el grado de madurez alcanzado.

En este marco es necesario considerar los derechos «patrimonialmente neutros», es decir, aquellas situaciones jurídicas subjetivas, que son la expresión de valores individuales fundamentales y son en relieve, no sólo en caso

de lesión, con consecuencias indemnización (patrimonial), sino también en las relaciones familiares y en la ejecución del contrato, que es el acto con naturaleza patrimonial por excelencia.

2. Papel de la interpretación en la protección de los derechos civiles.

La aplicación de los intereses fundamentales se realiza principalmente a través de la jurisdicción, es decir, por la actividad interpretativa. En la realización de esta delicada tarea, tendente en última instancia a la identificación y a la concreta aplicación del derecho o de los derechos fundamentales que el ordenamiento quiere proteger, que el intérprete, en especial el intérprete-juez, debe hacer una correcta evaluación de los circunstancias relacionadas con el caso concreto puesto a su atención, sin perder nunca de la vista de los fundamentos de la cultura jurídica, que, al mismo tiempo, constituyen la base de esta actividad y determinan los límites al control.

La investigación de los intereses fundamentales en un determinado caso asume importancia: **1)** Tanto en situaciones de carácter patrimonial en el que el jurista actual está llamado a responder a nuevos problemas, para la solución de que el juez ha adoptado un cada vez más importante papel en la protección de los intereses considerados esenciales por el ordenamiento, de los cuales son titulares específicos actores (consumidores, empresarios en un estado de dependencia económica, etc.). **2)** Como, y mejor, en el enfoque y en la aplicación de los derechos humanos fundamentales, que no han contenido patrimonial, donde el desarrollo no ha alcanzado aún un nivel de madurez satisfactoria (ya que - como se mencionó - el derecho civil ha sido siempre la protección de los intereses patrimoniales), con especial referencia a interrelaciones entre estos derechos y las situaciones jurídicas con contenido no patrimonial que surgen del contrato. En este sentido, los derechos patrimonialmente neutros son una categoría lógica que permite de evidenciar la relación inseparable entre el derecho de las personas y el derecho patrimonial, mostrando la complejidad y la complementariedad de los

⁽²⁾ Véase la voz «Sociedad del Conocimiento», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

intereses jurídicamente relevantes. En ambos casos, se observa, de hecho, el empleo por el intérprete de los instrumentos hermenéuticos que el positivismo jurídico relega a un papel marginal o encima alternativo a la ley: la equidad, la analogía y las expresiones generales de la ley. Estos instrumentos, que han unido la ciencia jurídica de los doctores medievales hasta los Grandes Tribunales del siglo XVII, en un sistema «abierto»⁽³⁾ que carece de un fuerte poder estatal y, por lo tanto, una rígida jerarquía de las fuentes, están muy actuales, especialmente con referencia a la actividad hermenéutica sobre las normas dictadas por los particulares y la aplicación práctica de las mismas.

Ellos son importantes cuando la actividad interpretativa considera no sólo intereses patrimoniales, sino también los derechos fundamentales de las personas, en relación con que la intervención de la juez debe ser de especial delicadeza y se expresa a través de un proceso equitativo, donde la función de las «permanencias» - como el derecho a la vida, la salud, las libertades fundamentales o las cláusulas de la buena fe objetiva y la injusticia del daño - tiene un peculiar carácter de protección de los intereses en juego. En estas hipótesis, la interpretación es a menudo destinada a la evaluación y aplicación de decisiones tomadas por el titular de los derechos inviolables, absolutos e indisponibles, específicos de la persona como la salud, la libertad, a la autodeterminación y a la dignidad de decisiones que, aunque relativas a situaciones con contenido no patrimonial, a menudo son injertadas sobre un relación contractual y influyen profundamente en su aplicación.

En estas situaciones, especialmente delicadas, entonces, el papel del juez es disputado a el establecimiento de la necesaria madurez, ponderación y toma de conciencia por parte del titular de esos derechos, o la reconstrucción de su voluntad, si no puede manifestarse autónomamente y conscientemente, en

relación a lo expresado por la persona responsable de la protección y el cuidado de sus intereses.

3. Tipos de situaciones jurídicas subjetivas no patrimoniales. Las situaciones jurídicas subjetivas patrimonialmente neutras que han relevancia en el contexto de el derecho civil puede ser subdivididas en dos categorías: a) las situaciones familiares; b) las situaciones derivadas del contrato.

En relación con las primeras, se vio en los diferentes sistemas a un marcado aumento de los intereses fundamentales protegidos.

De una legislación destinada casi exclusivamente a proteger la unidad de la familia fundada sobre el matrimonio (la legítima) y, en definitiva, orientada a la protección del patrimonio de la familia⁽⁴⁾, en el que, por ejemplo, se incluía prohibiciones y restricciones sobre el repudio de la paternidad o limitaciones a el reconocimiento de los hijos y, únicamente en términos patrimoniales, a la sucesión por causa de muerte de los niños nacidos fuera del matrimonio, se trasladó a la consideración de las nuevas situaciones jurídicas, con especial referencia a las que pertenecen a la mujer y los menores de edad⁽⁵⁾.

Así, por ejemplo, se introdujeron disposiciones que regulan la interrupción voluntaria del embarazo y el acceso a las técnicas de procreación médicamente asistida, o que permiten el «parto anónimo», en lo que la madre no es mencionada, pero también y sobre todo las normas para proteger a los niños, que acrediten, entre otros, el derecho a ser escuchado, a la educación, a ser cuidado por ambos los padres (en italiano la «bigenitorialità»), a conocer sus orígenes biológicas, el mantenimiento y la sucesión necesaria.

Con respecto a las situaciones calificadas sobre en el punto b), como contractuales, la figura más importante es, sin duda, el derecho

⁽³⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, pp. 1 ss., 29 ss., 47 ss., 51 ss. y 79 ss.

⁽⁴⁾ PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 585 ss.

⁽⁵⁾ PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 250 ss.

de «consentimiento informado», en dos casos especialmente delicados: el tratamiento de datos personales y el tratamiento sanitario. Especialmente en este ámbito, las categorías tradicionales, elaboradas por la pandectística del siglo XIX y por el pensamiento jurídico del siglo pasado, muestran algunas de las limitaciones que enfrentan en la protección de los derechos patrimonialmente neutrales, especialmente en la realización de una clasificación sistemática de los fenómenos⁽⁶⁾.

4. Situaciones subjetivas familiares. En la familia los puntos más interesantes se refieren a la posición de la prole. Esta, siempre vista en la historia del derecho civil como el «objeto» de la potestad de los padres, se convierte en la figura central del nuevo derecho de familia, que, por esta razón se consideró por la mejor y más reciente doctrina como «derecho paidocéntrico»⁽⁷⁾.

También en el derecho de las personas y de la familia las más importantes atenciones por parte del sistema están siempre dirigidas a situaciones jurídicas con carácter patrimonial: a través de la predicción de la incapacidad de actuar y de la potestad (primera del padre y, a sucesivamente, de los padres), y del poder para representación, se refiere principalmente a salvaguardar el patrimonio del niño y asegurar su crecimiento en el contexto de la unidad de la familia.

Sólo en los últimos tiempos se ha habido una mayor atención para todas las actividades relacionadas con los niños, hasta ahora considerados marginales. A estas actividades el niño debe participar activamente y se debe tener en cuenta sus opiniones en relación con el liderazgo y el grado alcanzado la madurez. Un fuerte impulso en esta dirección fue proporcionada por la legislación de la Unión

Europea. Este es el caso de la educación y la formación, que se consideran cruciales en el proceso de integración comunitaria. Una vez tales actividades estaban consideradas exclusivamente para preparar el menor a el trabajo y a la vida social y estaban completamente ajenas a el derecho civil. Hoy ellas están consideradas en las fuentes Europas, con especial referencia a las que se refieren a la «Estrategia de Lisboa» y el «Proceso de Bologna» y el «Proceso de Copenhague». En el derecho actual se abandona la idea que la educación debe cubrir esencialmente una etapa de la vida individual o de un aspecto limitado de la comunidad, para afirmar la existencia de situaciones jurídicas patrimonialmente neutras inmediatamente también que se pueden tutelar por el particular y relevantes por la comunidad: educación y formación, junto con la investigación, son las principales instrumentos sobre los cuales se funda la «Sociedad del conocimiento».

Aún más interesante es el derecho del niño a ser escuchado en las situaciones de la vida que se relaciona con él y que afectan a su vida. Este derecho tiene un contenido complejo, que incluye: *a)* la libertad de pensamiento, *b)* el derecho de ser escuchado por parte de los padres y de las autoridades competentes, *c)* participación en las decisiones que le afecten, *d)* el diálogo.

Si bien las Constituciones del siglo pasado, no contienen disposiciones específicas en relación con el niño, la doctrina europea ha subrayado que el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida la aplicación del principio fundamental de la igualdad entre los sujetos de derecho, debe ser considerada en el contexto de la capacidad de entendimiento y voluntad, por considerar irrelevante la capacidad de actuar y, por tanto, la edad de la persona en cuestión. Pero es con el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que - como dicho - tiene el rango de fuente constitucional, que los derechos de los niños están enunciados de una manera solemne: en el primero párrafo del art. 24 se dispone el derecho a la protección y el cuidado necesarios para su bienestar y la posibilidad de expresar

⁽⁶⁾ Véase la nuestra voz «Consentimiento informado (en los tratamientos terapéuticos)», en este Diccionario Analítico.

⁽⁷⁾ Véase, en este Diccionario Analítico, también las voces: «Familia (en derecho internacional y europeo)», por S. Sanz Caballero; «Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)», por A. Palazzo; y «Derechos de los menores», por F. Scaglione.

libremente su opinión, que debe ser tenuta en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

Muchas legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea establecen el derecho del menor de ser escuchado y la pertinencia de sus opiniones en la familia o ante las autoridades públicas (véase, por ejemplo, los *Children Acts* de 1989 y de 1991 y el *Family Act* de 1996 Inglés o las modificaciones del *Code civil* introducida en Francia por la ley 2002-305, y, menos explícita, el art. 154 Código Civil español, art. 147 *Codice civile* italiano, el art. 1878 de los portugueses con el art. 301 del suizo). Pero el sistema alemán es actualmente la más avanzada expresión. Por la nueva redacción del § 1626, p. 2 BGB, los padres deben tener en cuenta el crecimiento del niño y su aspiración a la independencia, la doctrina y la jurisprudencia han confirmado la existencia de un deber por parte de los padres la «educación colegial». Pero además de la modalidad, se cree que la norma incluye también un propósito, porque los padres están obligados a promover, en el proceso educativo, la autonomía y la responsabilidad del niño: es lo que se describe como el derecho al diálogo (*bespochen mit dem Kind*).

Los sistemas actuales contemplan instrumentos para el diálogo y para la compartida del hijo a las decisiones tomadas en su interés. Sin embargo, el diálogo requiere de la constante presencia de ambos padres, a menos que ello podría perjudicar (in italiano el así llamado «diritto alla bigenitorialità»).

Una vez más es la legislación de la Unión Europea que forma la base de esta situación subjetiva patrimonialmente neutra. El art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales, en el párrafo 3, establece el derecho del niño a mantener relaciones personales y contactos directo con ambos padres y el Reg. CE 2201/2003 (DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003) - fuente de inmediata aplicación en los ordenamientos de los Estados miembros - se asegura el respecto de ese derecho en la crisis de las relaciones familiares. En este ámbito, la legislación más avanzada es la italiana, que en caso de separación de los con-

yuges, en conformidad con el art. 24, párrafo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales, ha abandonado la regla de la custodia de un solo padre para acoger la custodia compartida entre los padres separados.

5. Consentimiento informado. En lo que se refiere a las situación patrimonialmente neutras que ocurren en una relación contractual, hay que centrar la atención en el «derecho al consentimiento informado», que es un derecho de la personalidad protegida a nivel supranacional, hijo del desarrollo científico y tecnológico en los últimos decenios, que llevó a el nacimiento de la «Sociedad del Conocimiento».

Como se mencionó anteriormente (véase el punto 3) los casos de mayor interés son los relativos a la manipulación de los datos personales y al trato sanitario.

En la estipulación de un contrato a menudo una de las partes, para cumplir correctamente su propia obligación, solicita a la otra informaciones muy delicadas en relación a su vida personal y familiar, que después se almanecerán.

En algunas situaciones, la protección de estas informaciones tiene que ser maximamente garantizada. Se quiere hacer referencia a los «contratos con prestaciones médicas», es decir, los contratos en los que un sujeto que tienen ciertos conocimientos técnicos y, en muchos países, una posición profesional cualificada (inscrito en un colegio) se ve obligado a dar su prestación diagnóstica y/o un tratamiento terapéutico encaminado a la cura de una persona. Esto independientemente del tipo de contrato que une al hospital de afiliación (por ejemplo, el contrato de trabajo) o directamente al paciente (el contrato de obra).

Los contratos con prestación médica, además, el tratamiento médico (y, por lo tanto, desde un punto de vista contractual de la prestación del médico) debe ser siempre autorizada por el paciente para que se realicen. Desde un punto de vista jurídico el consentimiento informado se considera un acto voluntario de la persona, finalizado a permitir la realización de una actividad

potencialmente perjudicial para el derecho de la personalidad, y para lograr un buen resultado y la protección de un interés más alto o que se considera así mismo. El derecho al consentimiento informado se puede inferir de la lectura de las normas contenidas en las diversas constituciones del siglo pasado de los países occidentales y en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 en el marco del Consejo de Europa (una organización más amplia de la Comunidad Europea). Pero es solo en la ya invocada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que esto se explicita, en relación al tratamiento médico y de los datos personales; vease en particular, arts. 7 (Respeto de la vida privada y familiar) y 8 (Protección de datos personales) sobre la primera y las arts. 1 (Dignidad humana) y 3 (Derecho a la integridad de la persona) para el segundo.

En la sociedad actual ha cambiado el concepto de la vida privada como consecuencia de las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías para mantener y manipular un número considerable de informaciones. La necesidad de garantizar la protección de los datos personales, que pueden ser objeto de un verdadero mercado, se ha vuelto muy importante. La protección de los datos en el sistema electrónico ha sido el objeto de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la «protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas» (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). En consecuencia, la información personal es estrictamente relacionada a las comunicaciones electrónicas, que se definen como «cualquier información intercambiada o conducida entre un número determinado de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público» [art. 2, let. d), Directiva 2002/58/CE].

Ciertamente, las ideas de mayor complejidad e importancia están en el consentimiento informado al tratamiento médico, donde los

intereses en juego son particularmente delicados e importantes.

La prestación del médico, derivada por un contrato de servicios profesionales o incluida en una relación de trabajo entre él y la estructura sanitaria a la que pertenece, condiciona los derechos humanos fundamentales garantizados por las Constituciones y por las fuentes internacionales particularmente importantes y de aplicación inmediata. Además, dicha prestación presenta connotaciones peculiares. En Europa, hay que recordar, además de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales [arts. 1 y 3, párrafo 2, letra a)], el documento *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain a l'égard de las aplicaciones de la biologie y de la medicina: convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, de 1997, conocido como el Convenio europeo de Biomedicina, o más bien como el Convenio de Oviedo, donde, en particular, en arts. 5 y 9, respectivamente, se afirma el principio que se puede hacer cualquier tipo de tratamiento médico solo después del consentimiento del paciente (revocable en cualquier momento), y, sobre todo, en la eventualidad que, si el paciente es incapaz de expresar su voluntad, se vuelven fundamentales las indicaciones que él había expresado anteriormente (testamento biológico)⁽⁸⁾.

Entonces la actividad sanitaria, aunque debe ser considerada legítima en sí misma, porque finalizada a la protección del «bien» salud, tutelado como el derecho a la libertad personal y a la autodeterminación de la persona, requiere el «consentimiento informado» para su plena explicación. En general este puede ser definido como la manifestación de la voluntad del paciente, precedida por una información adecuada del médico (que está vinculado al enfermo por medio de una relación contractual o en consecuencia de la utilización de un servicio público), destinado a un tratamiento médico específico.

Andrea Sassi

⁽⁸⁾ Véase también la nuestra voz «Consentimiento informado (en los tratamientos terapéuticos)», en este Diccionario Analítico.

Derechos sociales

Bibliografía: ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto de derechos humanos*, México, 1998; BARETTONI ARLERI, *L'assistenza nell'attuale momento normativo e interpretativo*, en *Riv. infort.*, 1975, II, p. 410 ss.; BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in CAVALLO (coord.), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, p. 3; CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra e privato*, Perugia-Roma, 2010; CIPPITANI, COLCELLI, *Prestazioni sociali e situazioni giuridiche soggettive*, en *Foro padano*, 2011, cc. 135-166; COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia-Roma, 2010; COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 742 ss.; COSTA, *Derechos fundamentales*, en *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, t. I, México, 2010, p. 402; CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, en *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 135; LEGA, *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Milano, 1969, p. 39 ss.; CHIARELLI, *Lo Stato e l'assistenza sanitaria*, en *Feder. med.*, 1957, n. 10; LEGA, *Il diritto alla salute*, Roma, 1952, p. 63 ss.; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, p. 275; MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, en BOTTOMORE, MARSHALL (coord.), *Ciudadanía y clase social*, Madrid, 1998; MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, ec *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 804 ss.; OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, Bruxelles, 1990, p. 161; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Madrid, 1986; SAYN, *Le contentieux de la protection sociale: procédures comparées (Allemagne, Angleterre, Belgique, France)*, Saint'Étienne, 2005; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. II, trad. italiana por Fadda y Bensa, Torino, 1930.

1. Los derechos sociales en las Constituciones. Las Cartas constitucionales modernas establecen que la tarea del Estado no es sólo el reconocimiento de los derechos individuales, que había sido el logro

más importante de la «*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*» y de la Constitución de los Estados Unidos.

El papel del Estado es ahora, después de la segunda mitad del siglo pasado, la promoción de la aplicación eficaz de las condiciones de desarrollo de las personas en situación de igualdad sustancial.

Se trata de una finalidad típica de los sujetos públicos contemporáneos, en particular de las administraciones públicas europeas, por lo menos a partir de la desafortunada experiencia de Weimar.

Las Leyes fundamentales atribuyen el carácter «social» al Estado (véase el art. 1 de la Constitución Francesa de 1958; el art. 20, primer apartado, de la *Grundgesetz* Alemana; el art. 1, tercer apartado, Constitución de Rumania; art. 2 de la Constitución de Eslovenia, que se basa en el principio del Estado de bienestar).

La Constitución del Eire establece que el Estado garantiza el bienestar de la población.

En el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 se establece que «*La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*» (punto 10). De la misma índole el art. 2, primer apartado, de la Ley fundamental alemana que establece que «*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*».

La Constitución de España atribuye a las autoridades públicas el deber de promover «Las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial, realizarán una política orientada al pleno empleo» (art. 40, apartado 2).

Las Constituciones requieren intervenciones específicas para satisfacer intereses, como la educación y la formación (véase, por ejemplo, art. 34 de la Constitución de Italia;

art. 145 de la Constitución de Weimar; art. 24 Constitución de España; art. 23 Constitución de los Países Bajos); la vivienda (por ejemplo, véase art. 22, apartado 2, de la Constitución de los Países Bajos, que habla del deber del Estado para asegurar que los hogares sean suficientes; art. 23 de la Constitución de Bélgica; art. 21, apartado 4, Constitución de Grecia) y la compra de la casa (art. 19, apartado 4, la Constitución de Finlandia); la gestión equilibrada del territorio a través de los instrumentos de planificación (véase el art. 65, apartado 4 y 5, de la Constitución de Portugal); la explotación adecuada y la sostenible de la energía (art. 81 de la Constitución de Portugal), la protección de los consumidores (art. 51 de la Constitución de España; art. 46, apartado 5 de la Constitución de Lituania; el art. 60 de la Constitución de Portugal); el acceso a los documentos públicos (como parte del derecho a la información, (véase el art. 12 de la Constitución de Finlandia); además el art. 5A, apartado 2 se refiere a la obligación del Estado de hacer que los ciudadanos participen en la Sociedad de la Información); la protección del medioambiente (entre otras véase: art. 24 de la Constitución de Grecia; art. 115 de la Constitución de Letonia; art. 66, apartado 1, Constitución de Portugal), y en particular la protección de los animales (art. 72, apartado 4, Constitución de Eslovenia; art. 11-*bis*, apartado 2, Constitución de Luxemburgo); protección de la familia y de la paternidad (entre otras, arts. 67 y 68 de la Constitución de Portugal; véase también el art. 119, apartado 2, Constitución de Weimar), y así sucesivamente.

En las Constituciones se pone especial hincapié en el deber del Estado de garantizar los servicios sanitarios (véase en Italia el art. 32, apartado 2, de la Constitución) y los servicios sociales. Con respecto a estos últimos, en las Cartas fundamentales se obliga al Estado a proteger a los niños, a los jóvenes, a los ancianos (ver art. 72 de la Constitución de Portugal), las mujeres madres, sobre todo cuando trabajan (véase, entre otros, el art. 6, apartado 4, Constitución de Alemania (véase también el art. 119, apartado 3,

Constitución de Weimar; el art. 66, apartado 2, Constitución de Hungría); las personas con discapacidades (entre otras véase el art. 71 de la Constitución de Portugal; el art. 52 Constitución de Eslovenia; el art. 46 de la Constitución de Rumania); otros grupos específicos (como las minorías étnicas: art. 114 de la Constitución de Letonia; el art. 5 de la Constitución de Eslovenia, que se refiere a las comunidades autóctonas que hablan italiano o húngaro) y, en general, quienes están en un estado de necesidad (véase el art. 12, apartado 2, Constitución de Suiza y el art. 21 de la Constitución de Grecia).

La existencia de un derecho a los servicios públicos, y a los sociales en particular, se considera como el aspecto que caracteriza el Estado de bienestar⁽¹⁾ y se halla huella evidente en la legislación nacional y, sobre todo, en la supranacional⁽²⁾.

2. Las dudas de la literatura jurídica. Con gran dificultad, y sólo recientemente, la literatura científica y la jurisprudencia han reconocido con referencia a los servicios sociales, la existencia de auténticos derechos de los ciudadanos en frente a las autoridades públicas.

Después del reconocimiento inicial de los derechos civiles, y después de los políticos, sólo recientemente se otorgan los derechos sociales, que promueven la eliminación de las disparidades entre las personas⁽³⁾.

Sin embargo, la reciente elaboración científica de los derechos sociales no ha tenido un impacto inmediato en la práctica y en la teoría jurídica⁽⁴⁾, ni siquiera después de la constitucionalidad de las obligaciones sociales del Estado.

La doctrina de Derecho constitucional ha

⁽¹⁾ MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, en BOTTOMORE, MARSHALL (COORD.), *Ciudadanía y clase social*, Madrid, 1998.

⁽²⁾ Véase Comisión Europea, *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM (2004) 374 de 12 de mayo de 2004.

⁽³⁾ MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, en *Enc. dir.*, Milano, vol. XII, 1964, p. 804 ss.

⁽⁴⁾ Véase OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit: l'intérêt*, Bruxelles, 1990, p. 161.

tratado de reducir el alcance de las formulaciones constitucionales, sosteniendo que en realidad en las Cartas fundamentales se habla de los derechos de carácter programables pero no ejecutivos⁽⁵⁾.

Para algunos autores, las disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos sociales no tienen efecto inmediato⁽⁶⁾.

En el caso concreto del derecho a la salud, según algunos autores no se puede hablar de un derecho individual, sino de un poder de acción pública, no exigible ante los tribunales ordinarios⁽⁷⁾.

Además, en la literatura jurídica se puede observar una cierta cautela, fundamentada en el objetivo de salvaguardar la acción de la administración pública, y especialmente en la gestión adecuada de los recursos.

En un país como Italia, se admite auténtico derecho a los servicios sociales sólo en el caso de prestaciones económicas (art. 2, apartado 2, Ley 328/2000), mientras se opina que existe sólo un «interés legítimo» en relación con otros tipos de beneficios sociales (véase art. 2, apartado 3, Ley 328/2000). Por interés legítimo se entiende una situación jurídica de menor solidez con respecto al derecho subjetivo, porque relacionados con los intereses prevalentes de la administración pública.

En términos más generales, se piensa que los servicios sociales no son el objeto de obligaciones en el sentido técnico, porque no podrían evaluarse en términos monetarios. De hecho, se considera el valor económico como una manifestación de la prescripción de las obligaciones, por lo menos en el

Derecho privado⁽⁸⁾.

3. Los derechos sociales en la legislación. Los dudas que se manifiestan sobre la inclusión de los derechos sociales entre los derechos subjetivos, parece no tener en cuenta las fuentes jurídicas y la interpretación, tanto en el ámbito nacional como, sobre todo, en el nivel supranacional.

En cuanto a la legislación nacional, en la Ley española de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (Ley 39/2006) se establece que los ciudadanos tienen el «Derecho subjetivo (...) a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» (art. 1). Así como se afirma en el párrafo 3 del informe que acompaña la Ley 39/2006, que habla de «un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano».

En el *Code de l'action sociale et des familles* francés, el Capítulo primero del Título I titulado «*Droit à l'aide sociale*». En otras disposiciones de dicho *Code* se utiliza la palabra *droit* o equivalente. Por ejemplo el art. L114-1 establece que «*Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté*».

De conformidad con el art. L114-1-1 «*La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie*». En el derecho francés se habla también de un «*droit au logement*», que es «*oponibles*» y por lo tanto exigible ante los órganos de justicia administrativa (véase la *Loi* n. 2007-290 de 5 de marzo de 2007 *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*). En Italia, el art. 2, apartado 2, («*Diritto alle*

⁽⁵⁾ CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, en *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 135; BARETTONI ARLERI, *L'assistenza nell'attuale momento normativo e interpretativo*, en *Riv. infort.*, 1975, II, p. 410 ss.

⁽⁶⁾ CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 28 ss.; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, p. 275.

⁽⁷⁾ LEGA, *Il diritto alla salute*, Roma, 1952, p. 63 ss.; lo., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*, Milano, 1969, p. 39 ss.; CHIARELLI, *Lo Stato e l'assistenza sanitaria*, en *Feder. med.*, 1957, n. 10.

⁽⁸⁾ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana por Fadda y Bensa, Torino, 1930, vol. II, p. 3 ss.

prestazioni», es decir «Derecho a las prestaciones») de la Ley 328/2000 («Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», que es la ley para reglamentar el sistema de los servicios sociales) establece que el Estado, las Regiones y las autoridades locales están obligados a permitir el ejercicio del derecho subjetivo, es decir, a recibir los beneficios económicos previstos por la ley.

A nivel supranacional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce por medio del art. 34 (Seguridad social y ayuda social): «El derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales» (párrafo 1).

Con el fin, sobre todo, de luchar contra la exclusión social y la pobreza, la Unión establece que: «El derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes» (art. 34, párrafo 3).

Además se prescribe el «derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria» (art. 35).

El acceso a las prestaciones sociales no pertenece sólo a los ciudadanos de un Estado miembro. De hecho, en virtud del principio de solidaridad comunitaria: «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales » (art. 34, párrafo 2).

En la Carta de los Derechos Fundamentales los servicios públicos se cualifican como «servicios públicos de interés general» entre los cuales se pueden incluir los «servicios sociales» y los servicios de seguridad y asistencia social (art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, suce-

sivamente «Tratado FUE», y el art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales).

Las normas relativas a los servicios de interés general tienen como fin proteger a los usuarios, ya sean personas, consumidores o empresas, que tienen acceso a dichos servicios.

4. Los derechos sociales en el derecho supranacional. La exigibilidad de los derechos sociales es afirmada claramente por los jueces supranacionales⁽⁹⁾.

En primer lugar, según esos jueces no existen diferencias significativas a nivel nacional (como en Italia) entre los derechos subjetivos e intereses legítimos, en el caso se incluyan los derechos sociales entre los segundos.

Desde la jurisprudencia *Van Gend & Loos*⁽¹⁰⁾, el juez comunitario opina que cualquier situación jurídica subjetiva reconocida por el derecho de la Unión debe ser protegida efectivamente, sin que se pueda poner límites a nivel nacional.

La calificación interna de una situación jurídica comunitaria como «interés legítimo» se considera sólo como «fórmula de organización»⁽¹¹⁾, que puede servir para identificar la jurisdicción competente, sin que esto pueda afectar a la protección del derecho.

Como consecuencia de este enfoque, la jurisprudencia y la legislación nacional deben adaptarse.

En Italia es famoso el caso de indemnización del daño por la violación de los intereses legítimos causada por la administración pública. En el pasado, la compensación se había excluido, marcando así la diferencia principal entre el interés legítimo y el derecho subjetivo, cuya violación daba sólo lugar a la indemnización del daño.

En primer lugar la jurisprudencia de la Corte

⁽⁹⁾ SAYN, *Le contentieux de la protection sociale: procédures comparées (Allemagne, Angleterre, Belgique, France)*, Saint-Étienne, 2005.

⁽¹⁰⁾ Tribunal de justicia, 5 de febrero de 1963, 26 a 62, *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen*, Rec. 1963, p. 3.

⁽¹¹⁾ BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in CAVALLLO (coord.), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, p. 3.

di Cassazione en la sentencia n. 500 de 1999⁽¹²⁾ y en segundo lugar la ley (arts. 33 y 34 del Decreto Legislativo n. 80 de 1998, modificada por la ley n. 205/2000) eliminaron permanentemente la diferencia entre los dos tipos de situaciones jurídicas subjetivas.

5. Derechos sociales supranacionales. En la Unión europea, los derechos sociales son reconocidos de forma independiente del Estado que debe aplicarlos. De hecho se trata de verdaderos derechos supranacionales. Por ejemplo, el reglamento n. 1408/71 (que fue sustituido sucesivamente por el reglamento 883/2004) permitió que el ciudadano comunitario, con la autorización del competente organismo de seguridad social, pudiera establecerse en otro Estado miembro para recibir allí la atención más adecuada a su condición, y para obtener servicios médicos sobre todo en virtud de la legislación del Estado en que se prestan los servicios. Sin incurrir en gastos adicionales, que serán reembolsados por el organismo de seguridad social del País de origen (art. 22, Reg. 1408/1971).

La autorización prevista por el reglamento no se puede denegar cuando el tratamiento en cuestión figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado. Se puede rechazar dicha autorización sólo cuando «haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico» (art. 22, párrafo 2).

Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que «A este respecto, para poder apreciar si un tratamiento médico que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente puede obtenerse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia, la institución competente está obligada a tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo

debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad de este último, que puede, por ejemplo, hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de una actividad profesional, como, además, sus antecedentes»⁽¹³⁾.

Como establecido por el reglamento n. 859 de 2003, los regímenes de seguridad social (previstos en el reglamento n. 1408/71 y n. 574/72) se aplicarán también a los trabajadores no comunitarios que residen legalmente en el territorio de la Unión y los empleados de países no comunitarios que han firmado convenciones internacionales específicas con la misma.

La dimensión «comunitaria» de los derechos sociales en la Unión Europea deriva también de la aplicación de la libre circulación (véase la voz «La libre circulación de las personas»). Según el Tribunal de justicia, la legislación comunitaria no puede eliminar la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social⁽¹⁴⁾. Sin embargo, el juez comunitario siempre se ha reservado el derecho de examinar la compatibilidad de la legislación nacional en materia de seguridad social y del bienestar con las disposiciones de los Tratados relativos a la libre circulación.

6. Los derechos sociales como obligaciones de derecho civil de los Estados. Un límite al presunto reconocimiento de los derechos sociales como derechos individuales que se pueden ejecutar ante el juez, es que ellos no se pueden expresar en términos económicos.

La jurisprudencia supranacional europea

⁽¹²⁾ COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 742 ss.

⁽¹³⁾ Tribunal de justicia, 23 de octubre de 2003, C-56/01, *Inizan*, en *Rec. 2003*, p. I-12403, punto 46; véase también las sentencias *Smits y Peerbooms*, punto 104; como también *Id.*, 13 de mayo de 2003, C-385/99, *Müller-Fauré et van Riet*, en *Rec. 2003*, p. I-4509, punto 90

⁽¹⁴⁾ Véase, por ejemplo, Tribunal de justicia, 7 de febrero de 1984, 238/82, *Duphar*, en *Rec. 1984*, p. 523, punto 16; *Id.*, 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, *Sodemare/Lombardia*, 1997 p. I-3395, punto 27

llega a superar esta posición tradicional. En primer lugar porque el Tribunal de justicia ha equiparado los servicios sociales a las actividades económicas⁽¹⁵⁾. Por otro lado, aún en conformidad con el art. 6, párrafo 1 (derechos civiles y obligaciones) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente CEDH) el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente «Tribunal EDH») tiene competencia sobre las controversias «civiles», es decir las que puedan afectar los intereses económicos de los destinatarios de los servicios⁽¹⁶⁾.

El Tribunal EDH considera «derechos civiles», los que derivan de los servicios sociales. En el caso *Mennitto contra Italia*, del 5 de octubre de 2000, se ha considerado la contribución de los servicios sociales de la región Campania para las familias con hijos discapacitados.

El Tribunal EDH no se ha ocupado de la clasificación de la situación jurídica del recurrente. Lo que afirma el Tribunal es que el art. 26 de la ley regional, que preveía la contribución, se refería a intereses de naturaleza patrimonial que se encuadran perfectamente en el ámbito de los derechos civiles, elaborados por su propia jurisprudencia⁽¹⁷⁾.

El ejercicio del poder público no permite excluir la controversia de la cualificación «civil» de los derechos involucrados.

Por lo tanto la Corte ha considerado como derechos civiles los que derivan de prestaciones sociales⁽¹⁸⁾.

7. Los derechos sociales como derechos humanos y como derechos fundamentales. No sólo los derechos sociales son derechos subjetivos perfectos. Además, ellos se consideran como derechos humanos y como derechos fundamentales⁽¹⁹⁾.

En primer lugar se trata de derechos humanos, porque, si bien sintetizando un concepto complejo y multidimensional⁽²⁰⁾, dichos derechos están estrictamente conectados con la idea de persona humana que tienen los ordenamientos modernos, especialmente el derecho europeo supranacional.

Un caso que es importante recordar es el del delito de ingreso ilegal en el País, introducido en Italia hace unos años y que fue objeto de una sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea⁽²¹⁾.

En esa ocasión, el Tribunal ha afirmado que la legislación de la Unión sobre la expulsión y la repatriación de nacionales de Países terceros cuya estancia es irregular, en particular la directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular «pretende establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas afectadas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad» (punto 31 de la sentencia, que se refiere al «considerando» 2 de la directiva).

Además, las medidas coercitivas deben ser adoptadas en base al principio de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos per-

⁽¹⁵⁾ Tribunal de justicia, 28 de abril de 1998, C-158/96, *Raymond Kohll*, en *Rec.* 1998 p. I-1931; *Id.*, 28 de abril 1998 C-120/95, *Nicolas Decker*, en *Rec.* 1998 p. I-1831; *Id.*, 21 de septiembre de 1999, C-67/96, *Albany International BV*, en *Rec.* 1999, p. I-5751.

⁽¹⁶⁾ Véase COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia-Roma, 2010; véase también la voz «Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea», por V. Colcelli, en este Diccionario Analítico.

⁽¹⁷⁾ Véase, entre otros, Tribunal EDH, 26 de febrero de 1993, *Salesi v. Italia*, en *Rec.* 1993, Serie A, n. 257-E, p. 59, § 19.

⁽¹⁸⁾ Tribunal EDH, 24 de junio de 1993, *Schuler-Zauggen v. Suiza*, en *Rec.* 1993, Serie A, 263, p. 17.

⁽¹⁹⁾ Sobre la diferencia entre las múltiples definiciones de derechos humanos y fundamentales, por ejemplo, véase, COSTA, *Derechos fundamentales*, en *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, t. I, México, 2010, p. 402.

⁽²⁰⁾ Entre los demás, PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Madrid, 1986, p. 13; ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto de derechos humanos*, México, 1998, p. 1 ss.

⁽²¹⁾ Tribunal de justicia, 28 de abril 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, en *Rec.* 2011, p. I-3015.

seguidos (punto 57 de la sentencia, que se refiere al decimotercer «considerando» de la Directiva 2008/115).

El Tribunal sostuvo que la sanción prevista por la ley italiana en el caso del ingreso ilegal es contraria a estos principios e impide la plena aplicación de la política europea en materia de inmigración, introduciendo otros fines no previstos.

La protección de los derechos sociales y otros derechos fundamentales prevalece sobre otros intereses públicos, como la seguridad o las necesidades organizativas de la administración pública.

Incluso en la jurisprudencia nacional se consideran los derechos sociales como derechos fundamentales irrenunciables.

La jurisprudencia constitucional ha criticado las reglas que vinculan el goce de los derechos sociales a la posesión de la ciudadanía: es el caso de la sentencia que abroga la ley regional que establecía el transporte público gratuito para las personas con discapacidad, pero sólo si fueran ciudadanos italianos (Corte constitucional, 2 de diciembre de 2005, n. 432). O es el caso de la jurisprudencia contra las discriminaciones, basadas en la ciudadanía, en el otorgamiento de otras prestaciones sociales (Tribunal administrativo, 16 de julio de 2009, Región Lombardía). Como se ha dicho, por ejemplo, en la sentencia de la Corte constitucional italiana del 2 de diciembre de 2007 n. 432, el respeto de los derechos de los más débiles es un límite irrenunciable. Estos derechos deben ser protegidos independientemente, en el caso de los ciudadanos no comunitarios, de la legitimidad de su presencia en el país (véase Corte constitucional, 6 de octubre de 2006, n. 324).

Esto, como destaca la Corte constitucional,

especialmente si estos derechos están previstos en fuentes jurídicas supranacionales e internacionales, que son obligatorios como derecho interno (Corte constitucional, 7 de mayo de 2008, n. 148).

Los servicios sociales, en virtud del principio constitucional de la igualdad, por su propia naturaleza, no pueden tolerar ni distinciones basadas en la nacionalidad, ni determinados por tipos de residencia, excluyendo a las personas, que están más expuestas a las condiciones de necesidad (Corte constitucional, 9 de febrero de 2011, n. 40).

Además, en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana se opina, siempre en lo que se refiere a las prestaciones sociales, que no se considera discriminación razonable, la que se basa en consideraciones financieras, con el objetivo de reducir al mínimo la carga de las prestaciones públicas. Lo confirma la jurisprudencia mencionada anteriormente, que prevé que las prestaciones sociales sean independientes de las necesidades presupuestarias de la administración pública (Corte constitucional, orden. 227/2002, de 29 de mayo de 2002).

Los derechos a los servicios públicos, especialmente los sociales, tienen que ser considerados como derechos fundamentales, en cuanto están en la base del mismo ordenamiento jurídico.

En el derecho de la Unión europea, ellos desempeñan el papel de «un valor básico del derecho comunitario»⁽²²⁾ y forman parte esencial del concepto de ciudadanía de la Unión europea, y, por lo tanto, están reglados por fuentes comunitarias antes que nacionales.

Roberto Cippitani

⁽²²⁾ Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl, en el asunto del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de 17 de mayo de 2001, TNT Traco (C-340/99, en Rec. 2001, p. I-2568, punto 68).

Derechos y libertades

Bibliografía: CASTILLO, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, 2005; KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980.

1. Introducción. Cuando se haga referencia a los derechos y libertades hacemos directa alusión a la persona humana como su único titular. Los derechos y libertades existen porque existe una determinada realidad, la persona humana, más precisamente, la naturaleza humana, la cual conlleva una determinada dignidad. Por eso, se trata de una realidad ontológica que supone una serie de características y exigencias que no sólo no deben ser ignoradas por el Estado, sino que además éste debe reconocerlas y garantizar su protección y satisfacción en la sociedad que es donde existe la individualidad de las personas humanas⁽¹⁾.

2. Todo comenzó con la protección a la libertad individual. La histórica y celebre Carta Magna inglesa de 1215, el documento constitucional más antiguo del mundo, dispuso por primera vez que «ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado o proscrito, salvo por decisión judicial basada en la ley». Esta fórmula, antes que la libertad religiosa, se convirtió en la madre de todos los derechos fundamentales, la cual es conocida por la doctrina como «la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria». Una clausura básica en cualquier carta constitucional. Se trata del derecho fundamental originario, la raíz de la libertad, pues sin este derecho el hombre se encontraría permanentemente bajo amenaza; es decir, todo tipo de expresión o actividad de carácter espiritual, político, social o religiosa podría costarle su libertad personal porque sería cuestionada por el estado en cualquier momen-

to. Una dictadura, un gobierno totalitario, es decir, cuando se ostenta un poder sin límites constitucionales, es siempre sinónimo de terror aun cuando el ejercicio de gobierno sea moderado y con relativa administración de justicia. Los ciudadanos conducen sus vidas y las de sus familias con temor, sin dignidad humana, porque el estado no les garantiza lo básico: su libertad individual e integridad física. Por eso, la protección contra la detención arbitraria no sólo es histórica sino también materialmente «la madre de todos los derechos fundamentales»⁽²⁾.

La importancia histórica de Edward Coke, un juez inglés, para el desarrollo del Estado constitucional moderno, difícilmente puede exagerarse; pero su contribución más efectiva fue la ampliación de este principio fundamental a todos los ingleses libres. El Juez Coke realizó una interpretación histórica y lo dedujo directamente de la Carta Magna, siendo reconocido en la *Petition of Rights* de 1628, la cual tuvo dos efectos. El primero fue que el Rey no posee un derecho soberano para las detenciones arbitrarias y, el segundo, que se trata de un derecho que se puede invocar ante la judicatura. Por eso, que la fórmula de Coke sólo es una variación de lo dispuesto por la Carta Magna inglesa de 1215⁽³⁾.

El derecho fundamental a la protección contra la detención arbitraria fue nuevamente confirmado en el Habeas Corpus Act de 1679 y el pensamiento básico de Coke también desempeñó un papel muy importante en las discusiones sobre los *Agreements of the people* del siglo XVII (1647), las cuales fueron llevadas a Norteamérica por los inmigrantes ingleses siendo recogido este derecho en el texto de la Constitución estadounidense de 1787, concretamente en su quinta

⁽²⁾ Véase KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, pp. 208-209.

⁽³⁾ Véase KRIELE, *Introducción a la teoría*, cit., pp. 209-210.

⁽¹⁾ Véase CASTILLO, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, 2005, pp. 82-83.

enmienda⁽⁴⁾. Un hecho que años más tarde fue complementado con la llamada segunda difusión del movimiento constitucionalista, que tuvo como principales escenarios a Europa, Iberoamérica y las colonias británicas; las cuales respondieron al progreso de las ideas democráticas, liberales, representativas y emancipadoras.

3. Las novedades de la mentalidad dieciochesca. En la Europa continental del siglo XVIII la judicatura pasa a ser una institución pasiva, sometida a la ley como expresión de la voluntad popular y al tribunal de casación que garantiza la legalidad en la aplicación de la norma. Era una concepción legalista del mundo jurídico formado por leyes y jueces, donde los magistrados estaban sometidos a una rigidez normativa que restringía su capacidad de interpretación. La ley se aplica, no se interpreta. Después de la Revolución francesa de 1789 se difundieron las constituciones en Europa pero atribuyendo una escasa función a los jueces. Los magistrados no intervenían en asuntos constitucionales y las

cartas magnas no podían ser alegadas ante los tribunales.

En el siglo XIX, la mayoría de los rasgos de las constituciones iberoamericanas fueron más próximos a la influencia francesa que anglosajona. Por lo tanto, se difundió en Iberoamérica la imagen de la Judicatura francesa de finales del siglo XVIII. La jurisprudencia no era concebida como fuente del Derecho y también se prohibió a los jueces la facultad de interpretar las leyes; mientras que la Constitución norteamericana y su *Bill of Rights* era aplicado por la Judicatura en sus sentencias, la Constitución francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 era más bien un documento declarativo aunque, ideológicamente, el texto más influyente del mundo. En ese sentido, como dijo JELLINEK sobre la Constitución estadounidense de 1787: «sin América, sin las constituciones de los Estados tendríamos, tal vez, una filosofía de la libertad, pero jamás una legislación que garantiza la libertad»⁽⁵⁾.

Carlos Guillermo Hakansson Nieto

⁽⁴⁾ «Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado (...)».

⁽⁵⁾ Citado por KRIELE, *Introducción a la Teoría*, cit., p. 208.

Discapacidad

Bibliografía: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; COBREROS MENDAZONA, Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta, en *Rev. española de derecho constitucional* (n. 81, septiembre-diciembre), 2007, pp. 71-114; COMANDUCCI, *Igualdad liberal*, 1999, en www.palermo.edu/derecho/; RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, en *Rev. española de derecho constitucional* (n. 31, enero-abril), 1991, pp. 9-38.

1. Evolución de la definición. La expresión discapacidad ha tenido diversas definiciones

a lo largo de la historia, transitando en las últimas décadas desde un enfoque médico hasta uno biosicosocial⁽¹⁾.

En efecto, en el año 1980 la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), definía a la discapacidad como «toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la for-

⁽¹⁾ Definición elaborada con la colaboración de la educadora diferencial y Magister en Educación, Marcela Cisternas Vega.

ma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano».

Como se observa, el énfasis está puesto en la carencia de la persona, dándole una connotación negativa a su situación.

Treinta años después dicho concepto enfatiza el rol del ambiente como constitutivo de la noción de discapacidad, como complemento a la noción de déficit con que se caracteriza al sujeto. Siguiendo esta tendencia, en el art. 5 de la ley 20.422 se define la discapacidad como aquella condición que se genera producto de una o más deficiencias físicas, mentales o sensoriales, de carácter temporal o permanente, que se manifiesta al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, y que por tanto se ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Se puede destacar entonces que en esta nueva definición es la sociedad quien permite o dificulta a una persona con discapacidad desarrollar actividades de manera autónoma y participar activamente en su comunidad.

2. Clases de discapacidad. Atendiendo a la capacidad afectada, la discapacidad se clasifica en visual, auditiva, motora, mental y síquica. a) La discapacidad visual es la pérdida total de visión o la disminución moderada o severa de la capacidad visual por causa congénita o adquirida, que afecta a la agudeza y/o campo

visual y que requiere el uso de ayudas técnicas, tales como lentes, lupas, bastones, etc. para otorgar autonomía de desplazamiento y de percepción del mundo que rodea a la persona. b) La discapacidad auditiva es la disminución de la capacidad de oír por causa congénita o adquirida, que se genera como consecuencia de la inexistencia de pabellón auditivo o afectación de uno o ambos oídos, y que puede o no alterar la capacidad de habla. c) La discapacidad física o motora es aquella disminución moderada o severa de la capacidad motriz de una persona, por causa congénita o adquirida, sea en virtud de una enfermedad o accidente, y que consiste en la afectación de la función músculo esquelética del individuo. d) La discapacidad mental es aquella en la que se encuentra disminuido el coeficiente intelectual y/o las habilidades adaptativas, como consecuencia de una enfermedad congénita o adquirida, que requiere el uso de medicamentos de manera más o menos permanente para su estabilización. En general este tipo de discapacidad se presenta a partir de la adolescencia. e) La discapacidad orgánica o visceral consiste en la disminución de la función normal de uno o más órganos vitales del individuo en forma moderada o severa, que afecta el desenvolvimiento regular de la vida de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad.

Luis Iván Díaz García

Discriminación

Bibliografía: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; COBREROS MENDAZONA, *Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta*, en *Rev. española de derecho constitucional* (n. 81, septiembre-diciembre), 2007, pp. 71-114; COMANDUCCI, *Igualdad liberal*, 1999, en www.palermo.edu/derecho/; RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, en *Rev. española de derecho constitu-*

cional (n. 31, enero-abril), 1991, pp. 9-38.

1. Acepciones de la expresión discriminar. La expresión discriminar tiene tres acepciones. Una primera es neutral y es sinónimo de distinguir, de diferenciar, sin valorar esto como algo bueno o malo. La segunda es valorativa en sentido positivo y alude a una capacidad intelectual de distinguir entre productos de diversas calidades y elegir el

mejor entre ellos. La tercera es valorativa en sentido negativo y consiste en establecer una diferencia de trato injusta, arbitraria, carente de justificación, irracional o desproporcionada. Esta última es la significación habitual de la expresión en el ámbito jurídico.

2. Principio de no discriminación y principio de igualdad. Entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación existe una relación estrecha, aunque no son lo mismo. Por ello, una más adecuada comprensión del vocablo discriminación exige relacionarlo con el *principio de igualdad*.

2.1. El principio de igualdad. La formulación clásica del principio de igualdad corresponde a Aristóteles y expresa que la igualdad exige tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual. Esta definición está integrada por dos prescripciones. La primera exige tratar de la misma manera a lo igual, mientras la segunda exige tratar de diversa manera a lo desigual.

La primera parte de la formulación clásica del principio de igualdad, que genera el mandato de tratar de la misma manera a lo igual, se denomina *igualdad por equiparación*, pues se cumple con dicho mandato si se *equipara*. Equiparar, que en un sentido corriente alude a colocar en el mismo lugar, significa, en un sentido jurídico, otorgar el mismo tratamiento normativo, es decir, atribuir las mismas consecuencias jurídicas.

La segunda parte de la formulación clásica del principio de igualdad, que genera el mandato de tratar de diversa manera a lo desigual, se denomina *igualdad por diferenciación*, pues se cumple con dicho mandato si se *diferencia*. Diferenciar significa, en un sentido jurídico, otorgar diverso tratamiento normativo, es decir, atribuir diversas consecuencias jurídicas.

De este modo, y en síntesis, el principio de igualdad se cumple no sólo cuando se trata de la misma manera a lo igual, vulnerando la igualdad por equiparación, sino también cuando se trata de diversa manera a lo desigual, vulnerando la igualdad por diferenciación.

2.2. El principio de no discriminación como

contravención a la igualdad por equiparación. El principio de no discriminación prohíbe establecer diferencias de trato entre los iguales. De este modo, constituiría una aplicación de la primera parte del principio de igualdad (la igualdad por equiparación), pero bajo fórmula de prohibición. En efecto, mientras la primera parte del principio de igualdad exige tratar de la misma manera a lo igual, el principio de no discriminación prohíbe tratar de diversa manera a lo igual. En consecuencia, el principio de no discriminación constituiría una aplicación o explicación de la primera parte del principio de igualdad, pero bajo la modalidad de prohibición.

Sin embargo, en los últimos años algunos autores han comenzado a sostener que también existe discriminación cuando se trata de la misma manera a lo desigual. Es lo que se denomina discriminación por indiferenciación, aunque también se han empleado las expresiones «discriminación por indiscriminación» y «desigualdad por indiferenciación»⁽¹⁾. Sin embargo, en este caso no se trata del principio de no discriminación, sino de un principio que puede ser denominado de no discriminación por indiferenciación y que prohibiría tratar de la misma manera a lo desigual. Este principio de no discriminación por indiferenciación constituiría una aplicación o explicación de la segunda parte del principio de igualdad (la igualdad por diferenciación), pero bajo la modalidad de prohibición.

En síntesis, el principio de no discriminación no es lo mismo que el principio de igualdad, sino sólo una aplicación de la primera parte de este último desde la modalidad de prohibición. De este modo, la exigencia de tratar de la misma manera a lo igual y la prohibición de discriminar expresan una misma idea. En otras palabras, cuando se infringe la igualdad por equiparación se está vulnerando el principio de no discriminación.

No obstante, el principio de no discrimina-

⁽¹⁾ Ver COBREROS MENDAZONA, *Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta*, en *Rev. española de derecho constitucional* (n. 81, septiembre-diciembre), 2007, pp. 71-114.

ción no abarca la segunda parte del principio de igualdad. Cuando se vulnera este último, es decir, cuando se trata de la misma manera a lo desigual, la doctrina ha explicado que se ha incurrido en discriminación por indiferenciación. Sin embargo, en tal caso no se puede afirmar que se ha vulnerado el principio de no discriminación, porque no se han establecido diferencias de trato injustas o carentes de justificación, sino que precisamente ha faltado establecer una diferencia de trato.

3. El principio de igualdad en el Derecho Internacional. La igualdad y la no discriminación son principios fundamentales del Derecho internacional de los derechos humanos, según lo muestra su consagración en diversos instrumentos internacionales tanto universales⁽²⁾ como regionales⁽³⁾. Sin embargo, el que ha logrado mayor fortuna o prevalencia es el principio de no discriminación, es el que se desarrollará a continuación.

En el Derecho internacional de los derechos humanos tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han entendido por diferencia de trato toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que carece de criterios razonables y objetivos.

La prohibición de la discriminación se aplica en dos sentidos. Por una parte, para evitar diferencias de trato en el disfrute de derechos estatuidos por los instrumentos internacionales. En tal caso, los requisitos de una discriminación son tres: diferencia de trato, falta de criterios razonables y objetivos, y afectación en el disfrute de derechos estatuidos en tratados internacionales. Por otra parte, para evitar injustificadas diferencias de trato en

cualquier ámbito, sin referencia a otros derechos. En tal caso los requisitos de una discriminación son dos: diferencia de trato y falta de criterios razonables y objetivos. Así lo han establecido el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Corte Interamericana.

Las categorías sospechosas son ciertas propiedades⁽⁴⁾, características⁽⁵⁾, rasgos⁽⁶⁾ o condiciones⁽⁷⁾ predicables de las personas que en los hechos o en el Derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio⁽⁸⁾, como el sexo o la raza. Su importancia es que exigen una argumentación reforzada, pues son indiciarias de discriminación si se utilizan como criterio de distinción. No resulta posible sostener que la prohibición de discriminar se subordina a alguno de los demás derechos conferidos por el Derecho internacional. De hecho incluso se podría afirmar que se encuentra en un nivel preferente respecto de otros derechos si se considera que se trata de un principio de *ius cogens*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido de ma-

⁽⁴⁾ La expresión propiedades es utilizada en ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 384 ss.

⁽⁵⁾ El término características es empleada en COMANDUCCI, *Igualdad liberal*, 1999, (fecha de consulta: 7 de febrero de 2009), en www.palermo.edu/derecho/, p. 84 ss.

⁽⁶⁾ La palabra rasgos es utilizada en RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, en *Rev. española de derecho constitucional* (n. 31, enero-abril), 1991, pp. 9-38.

⁽⁷⁾ Las expresiones «condición» y «condición social» son las habitualmente empleadas en el Derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto ver, por ejemplo, el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artt. 2 y 26 del Pacto, el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y los artt. 1 y 24 de la Convención Americana.

⁽⁸⁾ En este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana ha explicado en la sentencia T-1258/08, de 15 de diciembre, párrafo 4.1.3, que a estas propiedades o condiciones se les ha dado el nombre en la doctrina constitucional contemporánea de «categorías sospechosas», porque han estado ligadas históricamente a prácticas discriminatorias. Ver *Henry Páez Guzmán v. Corte Constitucional y Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura*, rol T-1258/08 (2008).

⁽²⁾ Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 del Pacto, art. 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁽³⁾ Art. II de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y artt. 1 y 24 de la Convención Americana.

nera categórica que el principio de no discriminación «pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional». Precizando esta perspectiva, ha añadido que «es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico». Por ello, concluye, en la actualidad «no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental»⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Corte IDH (2003), párrafo 101. Similar doctrina se puede encontrar en Id. (2012), párrafo 79 y Id. (2010), párrafo 269.

De acuerdo con lo que se viene diciendo, el principio de igualdad se vulnera en dos casos. Primero, cuando se discrimina, es decir, cuando se trata de diversa manera a lo igual. Segundo, cuando se discrimina por indiferenciación, es decir, cuando se trata de la misma manera a lo desigual.

Luis Iván Díaz García

Dogmática jurídica global

Bibliografía: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, 1989; ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007; ARNAUD, *Entre modernidad y globalización*, Bogotá, 2000; BHAGWATI, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, Barcelona, 2005; BAUMAN, *La Globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006; BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, 1998; CAMPINS-ERITJA, *Proceso de integración en la Unión Europea*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996; CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México, 2003; CARBONELL, VÁZQUEZ (COORD.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, 2009; CÁMARA LAPUENTE (COORD.), *Derecho privado europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003; COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996; DÍAZ-AMBRONA BAJADI (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001; DOMINGO, *¿Qué es el derecho global?*, 2ª ed., The Global Law Collection, Pamplona, 2008; DOMINGO, SANTIVÁÑEZ, CAICEDO (COORD.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, 2006; FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; GARCÍA PICAZO, *La idea de Europa: historia, cultu-*

ra, política, Madrid, 2008; GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, 2010; IANNI, *Teorías de la globalización*, 7ª ed., México, 2006; ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, 5ª ed., Barcelona, 2000; JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002; LEZÉ, DE LA ROSA, ISLAS COLIN, *La Unión Europea*, México, 2010; LINDE PANIAGUA, MELLADO PRADO, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2003; LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, 2005; MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Madrid, 2005; MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en NISHIJIMA, SMITH (COORD.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, 1997, p. 37; MIDÓN, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Buenos Aires, 1998; PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México, 2008; PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000; PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra,

2007; RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008; SOROS, *Globalización*, Barcelona, 2002; STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, México, 2002; STIGLITZ, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, México, 2006; TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1992; VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 3 ss.; VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, 2003; ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, 2005.

1. Introducción e importancia del tema.

La integración jurídica y el nuevo derecho común constituyen uno de los temas más importantes para los juristas del siglo XXI. Son un nuevo paradigma que habrá de vertebrar a las ciencias jurídicas y de 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, oxigenando a la tradición jurídica occidental de un relativo anquilosamiento que se produjo a partir de su codificación nacionalista. Aunque la integración y el derecho común son fenómenos y expresiones característicos del pluralismo normativo de nuestro tiempo, constituyen también una versión contemporánea de la multiseccular tensión entre las fuerzas centrífugas del universalismo y las centrípetas del localismo. Las posibilidades que esta nueva metodología de matriz europea le ofrece a nuestra cultura jurídica, tanto en el hemisferio americano - donde empieza a perfilarse la posibilidad de la integración - como en el contexto de la conformación de un orden jurídico global, son realmente extraordinarias.

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⁾. En efecto,

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 regio-

nalidad y globalización. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; BHAGWATI, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, Editorial Arena, Barcelona, 2005; BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006; BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, 1998; CARBONELL, VÁZQUEZ (coord.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, ILSA, Bogotá, 2009; DOMINGO, *¿Qué es el derecho global?*, 2ª ed., *The Global Law Collection*, Pamplona, 2008; DOMINGO, SANTIVÁÑEZ, CAICEDO (coord.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, 2006; FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Madrid, 2010; IANNI, *Teorías de la globalización*, 7ª ed., México, 2006; KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002; SOROS, *Globalización*, Barcelona, 2002; STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, México, 2002; STIGLITZ, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, México, 2006; VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, 2003; ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, 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» (MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en NISHIJIMA, SMITH (coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, 1997, p. 37. Dichos bloques asumieron a su vez diversos niveles de compromiso respecto de la intensidad de su integración. Así, según diversos estudiosos, tenemos 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 Económi-

⁽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: ARNAUD, *Entre mo-*

nales no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino más bien al doble proceso de la «glocalización» (globalización + localismos)⁽³⁾. 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 sus mercados locales, pero también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

También se aprecia la importancia del derecho de la integración 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, pues ha desdibujado la «imagen piramidal» de un sistema legal territorialista, monista, siste-

mático 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 protagonismo 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. 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 propria*, es decir, entre el derecho supranacional, internacional, regional, estatal, local de las distintas sociedades vertebradas por la Unión Europea⁽⁵⁾. Dicho

ca Asia-Pacífico (APEC), la Asociación 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 desde luego por la Unión Europea. Cfr. MIDÓN, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, *passim*; y MOLS, *La integración regional*, cit., *passim*. Desde luego que la ubicación de los diversos esquemas de integración a la anterior tipología es objetable, sin embargo, ofrece un panorama general útil para quienes se acercan por primera vez al tema. Por otro lado, cabe destacar 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. Cfr. CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en DIAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, p. 3.

⁽⁴⁾ En general, véase a ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007 y a PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008.

⁽⁵⁾ Véase el libro pionero de 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 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 GROSSI, *De la codificación a la glo-*

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, destacando las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. La importancia del nuevo derecho común se encuentra: *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.

2. El origen: la arquitectura institucional europea (el proceso de integración y la estructura orgánica). El derecho de la integración surge y se ha desarrollado en su versión más acabada en el ámbito regional europeo⁽⁶⁾. El punto de partida de la integración

balización, cit. A partir de la sociología jurídica puede verse la exposición de BOAVENTURA DE SANTOS, *Sociología jurídica*, cit.

⁽⁶⁾ Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México 2008; *Id.*, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; *Id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, 2012. También en diversos ensayos consultable en mi página web académica: <http://works.bepress.com/>. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, cit.; ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, cit.; BORCHARDT, *El ABC del derecho comunitario*, 5ª ed., Luxemburgo, 2000; CAMPINS-ERITJA, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, 1996; DIAZ-AMBRONA BAJADI (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001; GARCÍA PICAZO, *La idea de Europa: historia, cultura, política*, Madrid, 2008; ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, 5ª ed., Barcelona, 2000; JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; LÉZE, DE LA ROSA, ISLAS COLIN, *La Unión Europea*, México, 2010; LINDE PANIAGUA, MELLADO PRADO, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2003; LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, 2005; MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Madrid, 2005; PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000; PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1992.

europea fue el Tratado de París de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). 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 (CEE) 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»⁽⁷⁾. Dicho proceso de conclusión, ampliación y profundización se tradujo a través de las décadas en: *a)* la consolidación de la naturaleza supranacional de las Comunidades, *b)* la conformación

⁽⁷⁾ ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, cit., p. 24.

de una ciudadanía europea, c) la ampliación de la Europa de los seis hasta convertirse 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 de integración; 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.

Por lo que hace los órganos comunitarios europeos, su estructuración y competencias - que han variado significativamente a lo largo de los años - se ha caracterizado, como

resultado del pragmatismo, por su condición ambigua, en ocasiones entrecruzada y muchas veces contradictoria, a pesar 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 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 organismos 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.

3. El desarrollo: el derecho comunitario y común europeo (noción, fuentes, principios y métodos). Considerando lo 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, tratan-

do de comprenderlo mejor, hay que observar que 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 sus fuentes, se suele distinguir entre el «derecho comunitario primario» y el «derecho 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, conocidas 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.

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. 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 viceversa, 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 «tradicción 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 europeos cuanto a los nacionales, dotando al derecho comunitario de un dinamismo dialéctico que ha propiciado, según la expresión de Von Bogdandy, la creación de un auténtico «espacio jurídico europeo» que conforma un nuevo *ius europaeum*⁽⁸⁾. Los principios generales comunes son pues el producto de un análisis

⁽⁸⁾ VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 3 ss.

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/Kozioł)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros⁽⁹⁾. 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⁽¹⁰⁾. 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 con-

trapeso 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. El destino: una nueva dogmática jurídica (derecho bisagra, mos americanus y mos global). 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⁽¹¹⁾. 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*⁽¹²⁾. 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 quirritario del periodo arcaico, o hacia la Alta Edad Media con los derechos germánicos y feudales⁽¹³⁾. Sin embargo, con posterioridad nos encontramos - como en los anteriores casos- un principio de superación de dicho localismo, que en la Edad Contemporánea ubicamos en la difusión de

⁽⁹⁾ En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996.

⁽¹⁰⁾ Cfr. SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008.

⁽¹¹⁾ Me he ocupado de este asunto en PAMPILLO BALIÑO, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005; y PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., *passim*.

⁽¹²⁾ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., p. 104 ss.

⁽¹³⁾ *Ídem*, p. 137 ss.

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⁽¹⁴⁾. El derecho de la integración y el nuevo derecho común se nos presentan así como bisagras dentro del contexto universalismo-localismos de la globalización, 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⁽¹⁵⁾.

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⁽¹⁶⁾, 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*⁽¹⁷⁾.

(14) *Idem*, p. 309 ss.

(15) Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana*, cit., *passim*; y Ib., *Hacia un nuevo ius commune americano*, cit., *passim*.

(16) En el ámbito americano pueden citarse, entre los más importantes esquemas de integración, los siguientes: la Asociación de Estados del Caribe (AEC), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Alianza Bolivariana para América (ALBA), la Comunidad Andina (CAN), la Comunidad y Mercado Común del Caribe (CARICOM), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC), la Comisión Económica para América Latina de la ONU (CEPAL), la Cumbre Iberoamericana (CI), la Organización de Estados Americanos (OEA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Sistema de Integración Centroamericano (SICA), los diversos tratados de libre comercio (TLCs) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Cfr. *idem*, *passim*.

(17) *Idem*, *passim*.

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.

Ciertamente, el derecho comunitario y común presentan una serie de características que revulsionan la manera de comprender el derecho, de fundamentar las ciencias jurídicas y de operar los ordenamientos jurídicos que nos heredó la tradición de la codificación-exégesis-y-positivismo-legalista-formalista y esas proyecciones generales, son precisamente virtudes propias de las dogmáticas jurídicas⁽¹⁸⁾. En efecto, según se expuso, a) se trata de ordenamientos jurídicos bisagra propios del nuevo pluralismo normativo, b) 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 representan como un conjunto de reglas que recorren los ámbitos tradicionales del derecho público, privado y social y que en cierta manera los vertebran y estructuran, d) se integran de manera precisamente 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 conformando un lugar de confluencia entre las familias jurídicas del *civil law* y del *common law*, g) por lo que toca al derecho comunitario, los principios que lo recorren

(18) Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., *passim*.

(primacía, efecto inmediato, aplicación directa, interpretación concurrente, competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, seguridad jurídica y responsabilidad) han conformado el mecanismo de recepción idóneo para un derecho común que se asimila e integra a los derechos propios, *h*) 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 del siglo XIX.

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 aquellas 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. Esperemos que en razón de sus características, contribuya a consolidar una sociedad más justa, más humana y más solidaria.

Juan Pablo Pampillo Baliño

Estado de derechos

Bibliografía: CAPELETTI, *Dimensiones de la justicia constitucional*, México, 2007; CARBONELL, GARCIA JARAMILLO, *El canon neoconstitucional*, Madrid, 2010; SEPULVEDA IGUÍÑIZ, *El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución, en supremacía constitucional*, México, 2009, p. 197 ss; SEPULVEDA IGUÍÑIZ, *Leyes orgánicas constitucionales. Hacia una nueva constitucionalidad para México*, México, 2006, Cap. IV; SEPULVEDA IGUÍÑIZ, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*, en *Rev. de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 2004; VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011.

El surgimiento del constitucionalismo como un movimiento de limitación efectiva al ejercicio del poder ha sufrido una transformación radical a partir de la segunda mitad del siglo XX, a partir del movimiento internacional de los derechos humanos.

Esto requiere una precisión, ya que si bien, desde el origen del constitucionalismo estu-

vieron presentes el reconocimiento y protección de los derechos humanos, esto se dio, en un inicio, bajo el amparo del más puro individualismo de aquellas épocas. Sin embargo, el reconocimiento de las libertades - individuales primero y sociales, después - fue característica esencial del movimiento constitucional.

Posteriormente, la estructura estatal y su sistema jurídico se apartaron de la defensa de los derechos humanos como su fin y objetivo e incluso se convirtieron en fuentes poderosas de violación de derechos humanos. Las grandes afrentas a derechos humanos cometidas durante las guerras mundiales o los genocidios de Estado (Alemania, Rusia, China y después en Latinoamérica, etc.) se han cometido al amparo del Derecho y por lo tanto se podría decir que han sido una obra del Estado Constitucional.

En ese sentido, el constitucionalismo perdió su origen y justificación a lo largo del siglo XX fundamentalmente. Prueba de ello fueron las grandes guerras y las ignominiosas

dictaduras de la segunda mitad de aquel siglo.

A través del movimiento de los derechos humanos, que puede ser calificado de una revolución, por sus alcances universales y por la fuerza de su transformación, como lo denomina Capelletti⁽¹⁾, se propició el reencuentro de los derechos humanos y el Estado. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los demás instrumentos internacionales en la materia han establecido la obligación para los Estados constitucionales de poner todos los medios para hacer valer estos derechos al interior de sus territorios.

Por eso se puede decir que este proceso fue una vuelta al origen del constitucionalismo y a los derechos humanos, por lo que podríamos llamarlo el reencuentro de los derechos Humanos y el Estado, lo cual se ha dado a través de un nuevo constitucionalismo⁽²⁾.

Sin embargo esto no se dio automáticamente ya que el desarrollo del movimiento de derechos humanos se verificó fundamentalmente en el ámbito internacional. Precisamente una de las críticas que se hacen al movimiento de los derechos humanos, es no haber logrado implantarse en el ámbito interno de los Estados.

Esta fue precisamente una de las preocupaciones abordadas en la Conferencia Mundial de Viena de 1993, en donde en su Declaración y Programa de Acción, se estableció que el mayor énfasis se debía dar en la implementación de los instrumentos internacionales en la legislación y políticas públicas internas⁽³⁾.

El elemento para lograr esta implementación y por ende un constitucionalismo de reconocimiento y protección a los derechos humanos es y debe ser la Constitución, es el eslabón para unir los derechos humanos

con el Estado. Esto ha llevado al surgimiento de una nueva tendencia en el derecho constitucional que es llamado por algunos *neoconstitucionalismo* o de diferentes maneras, como por ejemplo, *nueva constitucionalidad*.

El *neoconstitucionalismo* no es en sí mismo un término aceptado universalmente, sino que existen distintas opiniones sobre cómo llamar el nuevo movimiento del derecho constitucional y lo que en él se contiene.

Para algunos inclusive no es preciso hablar de *neoconstitucionalismo* sino de *neoconstitucionalismos* ya que no se trata - al menos hasta ahora - de un movimiento preciso e identificable en sus extremos, dentro de estos autores pueden citarse algunos como M. Carbonell y García Jaramillo⁽⁴⁾.

Independientemente de las diferencias de terminología, es claro que la nueva tendencia del Derecho Constitucional arroja un cambio - profundo - de tal magnitud que es necesario analizarlo cuidadosamente y darle su significado preciso. En ello radica - en buena medida - la nueva tendencia del derecho constitucional.

Otra manera de enmarcar esta tendencia renovadora del Derecho Constitucional es el llamado análisis de las nuevas tendencias de constitucionalidad. Esta diferenciación no es menor porque lo que pretende es subrayar la importancia de entender el fondo del movimiento constitucional, a través de mirar a la constitucionalidad, por encima de los aspectos formales de una Constitución. Constitucionalidad como un concepto que trasciende el ámbito Constitución formal, es un planteamiento que incluso supera la clásica distinción entre Constitución formal y material de Kelsen, o entre Constitución nominal o semántica y Constitución normativa de Lowenstein.

Las tendencias de la nueva constitucionalidad tienen muchas facetas que resaltar, dentro de ellas está por ejemplo, la faceta internacional del constitucionalismo que señala L. Ferrajoli, planteando una modifi-

(1) CAPELETTI, *Dimensiones de la justicia constitucional*, México 2007, p. 383 ss.

(2) SEPULVEDA IGUÍÑIZ, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*, en *Rev. de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 2004.

(3) Declaración y Programa de Acción De Viena: <http://www.unhchr.ch/>.

(4) CARBONELL, GARCÍA JARAMILLO, *El canon neoconstitucional*, Madrid, 2010.

cación de las fronteras y de la jerarquía de las normas, para dar pie a otro orden que sin duda se vuelve supranacional; o el llamado constitucionalismo judicial, que se ha transformado en un tópico propio de los sistemas de raigambre germánica, en donde la intervención del poder judicial, específicamente de los tribunales constitucionales, tiene la batuta de la definición del contenido constitucional; o el llamado constitucionalismo cooperativo, en el que se le asigna a la Constitución una tarea de incentivar la cooperación entre los actores - gubernamentales y sociales - para el logro de los fines comunes plasmados en la Constitución, entre otros enfoques que se han ido desarrollando en los últimos años para tratar de definir las tendencias del constitucionalismo moderno. Esta mención a distintos tipos de constitucionalismos, no pretende identificar ni escuelas, ni doctrinas, son simplemente tópicos bien fundamentados sobre las tendencias constitucionales, en donde cada uno aporta valiosos componentes de esta dinámica evolutiva a la que está sometido el constitucionalismo moderno.

En ese sentido puede mencionarse también al constitucionalismo integral o cultural, que puede derivarse de posturas como la de P. Haeberle o la de R. Guastini, en las que se resalta el valor social (más allá del político y el jurídico) que le corresponde a la Constitución. Esta posición, tiene la especial virtud de elevar la expectativa de impacto social que se le suele otorgar a la Constitución desde una posición más formalista, y por lo tanto impulsa a la creación de Constitución plagadas de principios y de valores, más que de reglas y normas estrictas⁽⁵⁾.

Hoy el valor de la Constitución debe responder a las necesidades sociales más apremiantes, como son la justicia, la igualdad social y económica y eso no se puede hacer desde la palestra meramente jurídico-formal. Convertir a la Constitución en un instrumento rector de la vida social es el nuevo

paradigma, en el que se reflejen las aspiraciones más auténticas de una sociedad organizada en Estado.

Uno de los aspectos que mayor impacto ha recibido debido a la evolución a la que estamos haciendo referencia, es la que se da en la relación entre el derecho internacional público y el derecho constitucional, ya que si bien ambos sistemas jurídicos siguen existiendo de manera autónoma, sus parámetros de relación se han modificado sustancialmente generando una nueva fisonomía constitucional. El surgimiento de nuevos fenómenos internacionales, como lo es el de la Unión Europea, pero como lo es también el de la incorporación del *corpus iuris* internacional a nivel constitucional interno o incluso por encima de él, suponen la necesidad de redefinir los términos de relación y de crear mecanismos de armonización fluida y eficaz.

Por ello, para avanzar en el desarrollo de un nuevo derecho público que responda a las circunstancias y a las expectativas normativas del siglo XXI, resulta imprescindible repensar esta relación y abordar las construcciones doctrinales desde una perspectiva crítica. Una de las consecuencias de esto es la superación del binomio «monismo-dualismo» que ya no es útil como concepto básico. En el plano doctrinal, es más factible concebir la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno acudiendo a las instituciones jurídicas de la interpretación conforme al derecho internacional público y del efecto directo de sus normas y obligaciones. Por lo tanto cabe preguntarse si la metáfora de la «pirámide jurídica» como representación estructural de las relaciones entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos jurídicos internos debe ser deconstruida (Von Bogdandy)⁽⁶⁾ en razón de la internacionalización del derecho constitucional.

Existe un amplio consenso acerca de que la apertura de los órdenes jurídicos nacionales

⁽⁵⁾ SEPULVEDA IGUINIZ, *Leyes orgánicas constitucionales. Hacia una nueva constitucionalidad para México*, México, 2006, Cap. IV.

⁽⁶⁾ VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 283 ss.

al derecho internacional crea un verdadero orden supranacional, particularmente en Europa, y que esto ha propiciado el inicio de un proceso de transformación del derecho constitucional nacional, así como de su propia ciencia. Es por esto, entre otras razones, por lo que muchos consideran que el derecho constitucional nacional ha entrado, de modo general, en una nueva fase.

Esta transformación es, por un lado, de naturaleza temática, en el sentido de que nuevas instituciones del derecho constitucional, como las cláusulas de integración por ejemplo, llegan a captar la atención de la ciencia del derecho constitucional, o en el sentido, de que doctrinas tradicionales como las relativas a la soberanía o la democracia son repensadas a la luz de las exigencias y estructuras del derecho internacional.

Tan segura como resulta la percepción de la transformación, son inciertos los diagnósticos acerca de qué es lo que específicamente está cambiando, las recomendaciones acerca de cómo se debe reaccionar y los pronósticos sobre la forma en la cual la materia se podría estabilizar nuevamente en el espacio jurídico.

En las descripciones nacionales existe una coincidencia acerca del desafío que tiene ante sí, la ciencia del derecho constitucional. Los diagnósticos precedentes permiten pronosticar que el derecho constitucional comparado ganará importancia en el ámbito jurídico y lo hará como parte integral del trabajo científico en el derecho constitucional.

Una de las últimas etapas identificadas en este proceso de renovación constitucional ha sido la redenominación del Estado Constitucional de Derecho, como el de un Estado Constitucional de Derechos. Esto ha sido recogido inclusive en algunos textos constitucionales recientes, como es el caso de la Constitución de Ecuador (2007), en el que la Constitución se autodefine como un Estado Constitucional de Derechos y, conforme a la literatura interpretativa que existe al respecto, el cambio es mucho más que el de una simple letra *s*, ya que conlleva una carga ideológica y doctrinal profunda.

De este cambio deben derivarse importantes cambios en el modo de operar de las normas constitucionales y en el enfoque de toda su interpretación.

El art. 1 de la Constitución de Ecuador señala: Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Definir un régimen constitucional como un régimen de derecho, significa mucho más allá que una simbólica mutación terminológica. Asumiendo que aún estamos en los albores del nacimiento de un nuevo concepto, que traerá consigo una serie de consecuencias que son de índole jurídico-práctica, hoy podemos identificar algunas de ellas que generan un nuevo dinamismo de la relación entre el Estado y la persona, definido por el reconocimiento de los derechos humanos.

El constitucionalismo, como movimiento universal del sistema jurídico, si bien no se identifica con el concepto de Estado de Derecho, sin embargo cabe diferenciar ambos debido en parte a que el concepto de Estado de Derecho ha tenido una evolución muy diferente en los distintos países, enfatizándose algunas de sus características. Como lo señala Cossío, en algunos casos ha sido la protección de los derechos individuales, en otros, el fortalecimiento de las capacidades de las instituciones encargadas de ejercer el poder, etc.

Con el cambio que se da de Estado de Derecho a Estado de Derechos, lo que sucede en realidad es que se abre una nueva etapa de evolución del primero, que tiene implicaciones de gran alcance para el sistema constitucional. El Estado de Derecho

moderno, para serlo verdaderamente, debe tener actualmente, como uno de sus resultados constantes, la protección efectiva de los derechos humanos de sus integrantes. Uno de los medios para lograrlo, entre otros, es el sistema constitucional.

De manera general, el cambio se puede encuadrar, de una manera general, en la redefinición de la Constitución como un texto cuyo objetivo final es la defensa de los derechos humanos, lo que obliga a interpretar todo su texto desde esta perspectiva. Esto trae, entre otras consecuencias fundamentales, el abandono de la tradicional distinción entre parte orgánica y parte dogmática de la Constitución, ya que conforme a este criterio toda la Constitución está orientada a la defensa de los derechos fundamentales y por lo tanto la anterior distinción resulta artificial.

Otras consecuencias que se derivan de este enfoque integral de la Constitución, son por ejemplo, la incorporación constitucional de principios como el principio pro persona o el de interpretación conforme.

Un último concepto a referir en esta evolución del constitucionalismo moderno, y que deriva del concepto de Estado de Derechos, es el de *bloque de constitucionalidad*, como sustitutivo del término formal de Constitución circunscrito al texto escrito. Este bloque constitucional implica la aceptación de otras fuentes del orden constitucional por encima del texto escrito. Tales fuentes pueden ser varias, pero fundamentalmente se traduce en la incorporación de los tratados internacionales al orden constitucional, esto en el ámbito de los derechos humanos.

Se trata de una de las aportaciones del derecho constitucional moderno conforme a la

cual, se sustituye el concepto formalista de Constitución, como un texto cerrado y hermético, por un término abierto e incluyente en el que diversas normas se interrelacionan y participan en torno a un objetivo: el reconocimiento y protección de derechos.

Este concepto que ha sido explorado por la doctrina en distintos países, termina con la discusión sobre la supuesta *supraconstitucionalidad de los tratados*, ya que no se trata de normas de distinta jerarquía, sino de una complementariedad entre disposiciones jurídicas del mismo rango.

Una de las razones que ha llevado a esta modificación es precisamente la incorporación de normas ajenas al texto constitucional pero que adquieren su mismo rango y valor, como son las normas de los tratados internacionales con valor universal (o regional). Esta incorporación teje una nueva relación del orden constitucional con el internacional y obliga a tener una nueva concepción del principio de supremacía constitucional.

Lo anterior no significa que este principio que ha sido base de la teoría constitucional desde sus orígenes deje de ser vigente, pero es evidente que no puede ser entendida de la misma manera. Bajo el nuevo enfoque que supone el Estado de Derechos debe cambiar el significado y alcances de la supremacía constitucional⁽⁷⁾.

Cabe decir finalmente que el hecho de que se haya dado esta evolución no debe entenderse como un debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho, sino como una forma de fortalecerse a través de precisar su sentido, que como se dice líneas arriba, esta en su justificación originaria.

Ricardo Jesús Sepúlveda Iguíniz

⁽⁷⁾ SEPULVEDA IGUÍNIZ, *El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución, en supremacía constitucional*, México, 2009, p. 197 ss.

Estándares internacionales de derechos humanos

Bibliografía: ÁLVAREZ LEDESMA, *Los conceptos jurídicos fundamentales como el juego del lenguaje del derecho*, en TOMASINI BASSOLS (coord.), *Wittgenstein en Español III*, Xalapa, 2012; ÁLVAREZ LEDESMA, *Introducción al derecho*, 2ª ed., Serie Jurídica, México, 2010; ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, México, 1998; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992; CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1976; FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1987; FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008; GROS ESPIELL, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, 1988; NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987; NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, 1986; PERIS, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, 1976; SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, USA, 1992; VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2006.

Uno de los temas más controvertidos en materia de derechos humanos es el relativo a su universalidad y a las posibilidades reales de su reconocimiento, cumplimiento y respeto de manera global, dadas las diferencias de culturas, sistemas de valores y los heterogéneos niveles de desarrollo de cada país.

Una primera crítica proviene del multiculturalismo, al señalar que el concepto de derechos humanos es un concepto occidental, inmerso en el marco de las culturas de origen judeo-cristiano liberales, que no corresponde y difícilmente encaja en otras culturas como las orientales, las musulmanas o las de los pueblos autóctonos que han mantenido vivos sus sistemas culturales.

Sin embargo, la realidad en este tema nos ha mostrado que, en los hechos, los derechos humanos son hoy una institución jurídica de universal aceptación, si no en su formulación en el derecho positivo, sí al menos en relación con los valores fundamentales en que se apoyan y a los que desarrollan, los cuales si bien tal vez no pueden ser calificados de

forma absoluta como universales, si son al menos universalizables, esto es, susceptible de ser reconocidos y aceptados de manera generalizada en todos los países y culturas.

Las diferencias culturales existen, pero también existe una base o sustrato común de humanidad, que nos permite suponer que lo bueno y valioso para un grupo de seres humanos, lo es - o puede serlo - también para los demás, en especial cuando nos referimos a bienes o valores básicos o fundamentales, como la vida, la igualdad, la libertad, la salud, la satisfacción de necesidades básicas, etcétera.

Sobre esa base la universalidad de los derechos humanos es una realidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas es considerada como parte del *ius cogens* internacional, e incluso algunos tratados han sido expresamente suscritos y ratificados por la casi totalidad de los estados, como es notorio en el caso de los dos pactos base del sistema de Naciones Unidas y muy especialmente de la Convención sobre Derechos del Niño.

Por otra parte, es también un hecho que en todos los países sus respectivas constituciones aluden a los derechos humanos, los reconocen y regulan; aunque no podamos hablar de unanimidad en los catálogos de derechos reconocidos, debido precisamente a la heterogeneidad de culturas y desarrollo de los países.

Así, podemos afirmar que la universalidad de los derechos humanos hoy día es un hecho constatable, conceptualizado como uno de los principios básicos de los derechos humanos, además de ser un requerimiento del derecho internacional; por lo que ningún país puede pretender interactuar en la comunidad internacional sin contar con el cumplimiento de al menos unos estándares mínimos respecto del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, el hecho de la presencia de los

derechos humanos en todos los países y ámbitos no anula la diversidad cultural existente entre las distintas regiones y estados, ni el hecho de que los derechos, al igual que los seres humanos, se encuentren afectados por la historicidad; esto es, que su alcance, contenido y posibilidades de desarrollo estarán afectados por las circunstancias y condiciones de vida en cada país, entre las que se incluyen por supuesto aspectos culturales e incluso religiosos, los que tiene una incidencia ineludible en el desarrollo del derecho positivo.

Es ante esta situación que, con la finalidad de que la diversidad cultural y de niveles de desarrollo no se conviertan en obstáculos para el respeto a los derechos humanos o justificantes para su incumplimiento y violación, se busca la construcción estándares relacionados con el contenido y cumplimiento de los derechos, que parten de la conceptualización de contenidos mínimos que deben ser satisfechos para que pueda entenderse que los derechos son adecuadamente reconocidos y respetados.

La construcción de estándares está así directamente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los estados en relación con los derechos humanos.

Es evidente, por ejemplo, que los derechos sociales y culturales y en general los vinculados con el Estado de bienestar, implican necesariamente una carga económica para los países, además de un desarrollo institucional, por lo que lógicamente no podrán ser atendidos y satisfechos de la misma manera en países desarrollados con economías sanas, que en países en desarrollo o abiertamente pobres con economías de subsistencia; por eso es importante que se tenga claridad respecto de cuáles son las acciones mínimas que los estados deben cumplir para que pueda considerarse que están cumpliendo con sus obligaciones internacionales, derivadas de los tratados en materia de derechos humanos. Esto fue expresamente previsto respecto de estos derechos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993.

Esta situación que resulta tan evidente en materia de derechos de carácter social se presenta también en los derechos individuales y políticos, o de primera generación, aunque no sean tan evidentes las diferencias que dificultan su cumplimiento; sin embargo es claro que, por ejemplo, la seguridad pública o los derechos de participación en la vida democrática requieren niveles de desarrollo institucional de los estados, además por supuesto de una base cultural.

Por otra parte, los tratados mismos no contienen un desarrollo detallado del contenido de los derechos ni de las acciones para darles cumplimiento, pues su vocación universal los obliga a consagrar fórmulas y descripciones amplias y generales que puedan ser aceptadas por todos los países, por lo que ellos apenas constituyen un primer elemento para la identificación de los estándares internacionales de derechos humanos, y puede afirmarse que por sí solos no resultan suficientes para lograr el disfrute de los derechos humanos.

Así, puede afirmarse, como lo ha hecho expresamente - entre otros - la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos «está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados», que incluye además de los tratados y convenios otros documentos como las declaraciones, principios, recomendaciones, observaciones, etcétera, además por supuesto de la jurisprudencia producida por los tribunales internacionales. Ese conjunto de normas que no corresponden en sentido estricto a tratados conforman lo que se conoce como el *soft law*, que si bien no tiene la obligatoriedad de los tratados si alcanza una obligatoriedad moral y política, especialmente fundada en la idea general de que los estados al suscribir un tratado asumen la obligación de realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a su contenido, y es en estos documentos en los que se han fijado los estándares para cada uno de los derechos, de manera que se convierten en un elemento fundamental para la incorporación del derecho internacio-

nal de los derechos humanos en el derecho interno de acuerdo con los estándares internacionales.

De la misma manera los estándares internacionales son de gran importancia y utilidad para la definición y ejecución de políticas públicas en cada país, además de constituir un apoyo fundamental para que los jueces realicen un adecuado control convencional, al aplicar los tratados internacionales, así como para que puedan realizar en su actividad cotidiana una interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos del derecho interno.

Un problema con los estándares internacionales es que no existe un catálogo de éstos, sino que se trata de una materia viva y dinámica que se va construyendo y desarrollando día con día por los distintos organismos internacionales, conforme van surgiendo casos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a situaciones concretas, aunque es una realidad que en algunos casos se han realizado esfuerzos de codificación de esos estándares que están reflejados en documentos que son verdaderas guías para los países en el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Es el caso, por ejemplo, de los principios y reglas aprobados bajo el auspicio de Naciones Unidas o sus organismos principales, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley o los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Lo mismo que las observaciones y recomendaciones generales de los órganos creados en tratados de derechos humanos, que incluso han sido compiladas por las propias Naciones Unidas, incluyendo las de los comités de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Humanos, para la Eliminación de la Discriminación Racial, para la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer, contra la Tortura y de los Derechos del Niño.

Igualmente importantes son las observaciones de las misiones específicas de observadores ya sea sobre la situación en países concretos como de los relatores especiales sobre una materia específica, pues en todos los casos se trata de documentos que establecen claramente qué acciones son las mínimas que los estados deben de realizar para que pueda considerarse que cumplen con sus obligaciones internacionales en materia de derechos.

Como ya señalamos, es una realidad que éste tipo de documentos no tiene la obligatoriedad de los tratados y convenios, y su incumplimiento no es causa de responsabilidad internacional inmediata para los estados; sin embargo, como señalamos ya, es evidente que existe una obligatoriedad moral y política para los estados de realizar las acciones y desarrollar las normas y políticas que les permitan estar en condiciones de garantizar y respetar los derechos humanos y cumplir con sus obligaciones internacionales.

Igualmente se discute en la doctrina sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales, o de las opiniones consultivas en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde nuestro punto de vista es claro que lo resuelto en una sentencia es obligatorio para las partes, pero creemos que de ninguna manera puede afirmarse que las sentencias sean obligatorias para los estados no involucrados en el asunto, pues la obligación en el derecho internacional requiere del pacto.

Ahora bien, lo anterior no es obstáculo ni se contradice con la importancia que esa jurisprudencia tiene en la formación de los estándares, pues ahí el legítimo interprete de la norma obligatoria precisa la interpretación de la misma que se corresponde con la forma adecuada de consagrar, respetar y proteger los derechos humanos.

Por otra parte, y desde un sentido práctico, los estados saben que cuando se enfrenten a la revisión de sus informes en los distintos organismos sobre el cumplimiento de los derechos humanos, o cuando deban litigar un

asunto por supuestas violaciones ante un tribunal internacional, los criterios y estándares que habrán de aplicarse son los fijados por esos organismos y tribunales internacionales, por lo que resulta lógico que busquen adecuar su derecho interno y sus políticas públicas a esos estándares.

Finalmente, debe señalarse que buena parte de la doctrina considera también como un elemento importante para la definición de estándares e incluso como parte de ellos a los principios bajo los que son concebidos los

derechos humanos en el ámbito internacional, como son los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, además por supuesto del principio pro persona. Lo mismo que la obligación general que tienen todos los estados de respeto a los derechos humanos, que incluye las obligaciones de prevención, investigación de las violaciones, sanción de los responsables y reparación.

Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri

Extradición

Bibliografía: OLANO GARCÍA, *Constitución política de Colombia - Concordada*, 8ª ed., Bogotá, D.C., 2011; OLANO VALDERRAMA, OLANO GARCÍA, *Derecho constitucional general e instituciones políticas. Estado social de derecho*, 3ª ed., Bogotá, D.C., 2000.

La Extradición es «un acto mediante el cual un Estado solicita, ofrece o decide la entrega de un delincuente a otro Estado interesado para los efectos del juicio penal o la ejecución de una sentencia condenatoria contra él proferida».

También se ha dicho, que es el acto de derecho internacional mediante el cual un Estado solicita a otro la entrega de un delincuente refugiado en su territorio para juzgarlo o para ejecutar la pena o la medida de seguridad ya impuestas, siendo competente para ello. Se denomina «Estado Requiriente» aquel que demanda la entrega del sujeto y «Estado Requerido» aquel al que se solicita la entrega. Consiste según el Tratado de Derecho Internacional Público, vol. II, p. 268, de Oppenheim: «en la entrega de un acusado o convicto al Estado en cuyo territorio se le acusa de haber cometido o ha sido declarado reo de un delito por el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto delincuente». El fundamento de esta figura, está en la necesidad de reprimir los delitos cuando el

delincuente, para asegurar la impunidad, se traslada a territorio nacional diferente de aquel donde cometió el ilícito.

El primer tratado de extradición que se conoce, data del año 1278 antes de Cristo, celebrado entre Ramses II, faraón egipcio, y Khattusil II, rey de los chiitas. En la inscripción hay un artículo que consigna: «Si alguien desertara de Egipto y llegara al país de los chiitas, el rey de los chiitas no deberá detenerlo en su país sino devolverlo al país de Ramses. Con los fugitivos se devolverán también todos sus bienes y hombres. Si del país egipcio huyeron uno, dos o tres o más hombres del país de los chiitas, deberán ser devueltos completamente intactos. No hay que ajusticiarlos, ni dañar sus hijos, que también sus bocas o sus pies, como señala Luis Carlos Zárate».

Más adelante, en Grecia se dio la primera contradicción entre el asilo y la extradición, pues cualquiera, delincuente o perseguido político, podía acogerse a un templo y gozar allí de una cierta inmunidad. Quien violase dicha protección estaba sujeto a maldición. Recordemos la de los alcmeónidas que no dudaron en proceder en Atenas en contra de los partidarios de Cilón. Curtius lo narra así: «se precipitaron los arcontes por la puerta grande que se hallaba abierta, y encontraron

a los sitiados, pálidos por el hambre, sentados al pie de los altares. Los pritanos de las naucrarias los convencieron para que abandonasen aquel asilo, prometiéndoles que se respetaría la vida; pero apenas abandonaron los altares se precipitaron sobre ellos los hombres armados ocultos para el efecto, e hicieron una horrorosa matanza». «Inclusive hubo quienes se ataron con largas cuerdas a la estatua de Atenea para reforzar la protección de su diosa, pero allí también fueron ejecutados, al pie de los altares de las Erinias. Se aseguró que las cuerdas se rompieron, pues los dioses no quisieron tener ningún vínculo con los sacrílegos. Esto trajo nueva discordia y los atenienses creyeron mancillados sus sacros lugares, en especial por una de las más ilustres familias, la de los almeónidas, la cual arrastraría el baldón de esa maldición, generación tras generación».

El episodio se transcribe con algún detalle porque él muestra la confusión que durante mucho tiempo hubo entre asilo y extradición. Pero, en la medida en que evolucionó el derecho, la extradición fue tomando cuerpo. En el año 1360, se firmó uno de los primeros tratados de extradición, entre los reyes de España y Portugal, sobre la entrega recíproca de los caballeros condenados a muerte y refugiados en ambos reinos.

El 4 de mayo del año 1376, se celebró un tratado entre los reinos de Francia y la Casa de Saboya, en el cual se consideraba nefasto que quedase el tribunal o los actos delictivos sin el correspondiente castigo, puesto que ello afectaba la justicia interna de los países, ya que para salvarse de la ley, sólo era necesario pasar la frontera del país de donde se había cometido el delito.

En la época de las monarquías absolutas, el tema de la extradición se contrajo a los asuntos políticos, a la entrega de los súbditos que podrían ser un peligro para la estabilidad de dichos gobernantes. Así se originó a dicho estatuto alguna antipatía, pues se dijo que la extradición era un instrumento de poder mal concebido.

En 1499, los Reyes Católicos pactaron otro tratado con Portugal sobre la entrega de delincuentes fugitivos que hubiesen matado

con ballesta, o que hubiesen realizado actos delictivos para apoderarse de dinero, como los salteadores y ladrones de caminos.

Ya para el siglo XVIII, con base en el incipiente desarrollo del derecho internacional, se multiplicaron los tratados sobre esta materia, destacándose el suscrito en 1765 entre Luis XV de Francia y Carlos III de España, pues en éste se consignó la entrega de los posibles culpables de actos de delincuencia común de carácter grave, aunque se mantuvo allí la extradición por motivos políticos. Más adelante, el firmado entre Suiza y Francia el 19 de agosto de 1768 para delitos de asesinato, envenenamiento, incendios, falsedad en actos públicos y comerciales, fabricación de moneda falsa, hurto violento y bancarrota fraudulenta.

En el siglo XIX, la extradición comenzó a hacerse más efectiva después de la insinuación que sobre el particular hiciera el tratado de Amiens, celebrado el 27 de marzo de 1802 entre la Gran Bretaña, Francia, España y la República de Bavaria, para la entrega de personas acusadas de homicidio, falsedad y bancarrota fraudulenta.

La extradición, según el Embajador Enrique Gaviria Liévano, nace como consecuencia de dos fenómenos: «Que un Estado no esté interesado en castigar a un delincuente que se refugie en su territorio, pero que sin embargo presta su colaboración para la represión de la delincuencia en general. Pero puede tratarse de lo contrario: que el Estado donde se cometió el delito tenga interés en castigar al delincuente. La extradición es por tanto el más claro ejemplo de la colaboración internacional».

Las formas de extradición pueden ser activas o pasivas. Activas respecto del Estado que solicita la entrega del delincuente, y pasiva respecto del Estado que la niega o concede. Tradicionalmente, la extradición se concede con la previa solicitud de las autoridades de otro Estado.

La extradición sólo se puede basar en tratados bilaterales o multilaterales entre Estados y, en virtud de ellos, un Estado requerido puede entregar al Estado reclamante a un delincuente.

Argentina, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Panamá y la República Dominicana y, con reservas Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, México y los Estados Unidos, ha ratificado y suscrito de Convención sobre Extradición, en el seno de la Conferencia Internacional de Montevideo, de 1933, por medio de la cual, los Estados signatarios de la Convención sobre Extradición, se obligaron a entregar a cualquiera de los otros Estados que los requiera, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que concurren las siguientes circunstancias: «a. Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se le imputa al individuo reclamado. b. Que el hecho por el cual se reclama la extradición, tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido».

Igualmente, como lo cita Gaviria Liévano, la costumbre internacional trae algunas modalidades para la aplicación de la extradición:

1) Que la extradición esté reglamentada generalmente por tratados internacionales (bilaterales o multilaterales), y solo al no existir instrumentos de esta naturaleza se aplican las leyes nacionales. 2) Los delitos que dan lugar a la extradición deben ser señalados expresamente en el tratado respectivo y deben tener una categoría igual o equivalente en el Estado que la solicite o la ofrezca y en el que la otorga o niega. 3) Se aplica el principio de la reciprocidad internacional, tanto en relación con los tratados específicos sobre extradición, como en la aplicación de la ley nacional a falta de aquellos. 4) La extradición sólo se aplica en relación con delitos comunes y no políticos. Pues para estos últimos existe el «asilo territorial» y el asilo diplomático o político. e. Por regla general la extradición no se concede en relación con sus propios nacionales.

Hernán Alejandro Olano García

Facultad de investigación

Bibliografía: CARPIZO, *Principales diferencias entre el ombudsman español y el mexicano*, en *Cuestiones constitucionales*, n. 10, enero-junio de 2004, p. 10; GARCÍA RAMÍREZ, *Nueva regulación constitucional en derechos humanos*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, n. 31, 2011, p. 839; GALVÁN RIVERA, *Facultad indagatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en FERRER MAC-GREGOR (COORD.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003, t. II; MARTÍNEZ BULLE GOYRI, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLIV, n. 130, enero-abril de 2011, p. 421.

Con motivo de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la facultad que tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación para

investigar hechos que constituyeran violaciones graves de derechos humanos se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (art. 102, apartado B, párrafo décimo primero, de la Constitución Federal). Uno de los motivos de esa reforma fue que no se trataba de una facultad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que no era acorde a su naturaleza y funciones de Tribunal Constitucional. Además, no existía un marco jurídico para el ejercicio de esa facultad investigadora y los resultados de la misma constituían un simple informe sin consecuencias jurídicas, lo que generaba descontento e inconformidad en la sociedad. Por otra parte, en la década de los 90's cuando se crearon Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en diversos países, las cuales fueron inspiradas en los Principios

de París, que es como se conoce al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, elaborados en el Primer Taller Internacional de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrado en dicha ciudad en octubre de 1991. En dichos principios se señalan las dos funciones primordiales que constituyen la piedra angular del desempeño de las instituciones defensoras de derechos humanos a saber: a) Consultiva y b) Cuasi jurisdiccionales.

Por lo que hace a la función cuasi jurisdiccional, ésta consiste en la posibilidad de recibir y examinar quejas sobre actos violatorios de derechos humanos, con el fin de investigar los hechos que motivaron la queja y, en su caso, emitir recomendaciones dirigidas a la autoridad a la que se imputan tales actos, con el propósito de que los subsane o que corrija su actuación.

En el caso de México, el 4 de septiembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (LOPDC), en cuya Exposición de Motivos se destacó la necesidad de contar en nuestro país con un *Ombudsman* en materia tributaria, similar a los existentes en los países anglosajones, que defendiera a los pagadores de impuestos contra una arbitrariedad, o contra un exceso de la autoridad. Este *Ombudsman* fiscal, como cualquier otro organismo defensor de derechos humanos, tiene facultades para realizar investigaciones en caso de violación a los derechos fundamentales de los contribuyentes, en términos de los arts. 4 y 5, fracciones III y IX, de la LOPDC, lo que ratifica su posición como un organismo de protección no jurisdiccional de derechos fundamentales.

Estas facultades de investigación se ejercen en el procedimiento de queja como fuera de él; en ejercicio de esas facultades, la Prodecon podrá, en términos del art. 20 de la LOPDC, solicitar un informe a la autoridad involucrada, así como la documentación adicional que estime necesaria, además de «efectuar todas las demás acciones que con-

forme a derecho juzgue convenientes para el mejor conocimiento y acreditamiento del asunto». Dicha facultad del organismo no jurisdiccional de protección de derechos, se contrasta con la facultad para mejor proveer que es típica de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, esta última sólo procede, de oficio, pero a discreción del juez, estando limitada desde luego a las cuestiones específicamente planteadas por las partes, mientras que la facultad del defensor no jurisdiccional puede incluso abarcar la investigación de nuevas violaciones que sin haber sido denunciadas por las partes sean del conocimiento del defensor.

Es de resaltarse que conforme al art. 4 de la LOPDC, las autoridades fiscales federales y servidores públicos de cualquiera de los tres niveles de gobierno (federal, estatal o municipal), están obligados a atender y enviar puntual y oportunamente, la información que les requiera el organismo y la que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos que se investigan; so pena de ser sancionados en los términos que establece dicha ley; el incumplimiento de esta obligación, dará lugar a la responsabilidad administrativa que derive de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, así como a la posible imposición de sanciones pecuniarias.

En el caso de que se compruebe que las autoridades o servidores han violado los derechos del contribuyente quejoso, al haber incurrido en actos u omisiones ilegales, la recomendación que se emita señalará a las autoridades involucradas, las prácticas en que hubieren incurrido y propondrá, en su caso, la adopción de las medidas correctivas necesarias, además de denunciar ante las autoridades competentes la posible comisión de delitos y de actos que puedan dar lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades responsables.

Las recomendaciones son públicas y no tienen carácter imperativo o vinculatorio para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigen, por lo que, por sí mismas, no podrán anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se

hubiese presentado la queja o reclamación que les dio origen. Tampoco procede algún recurso o medio de defensa en contra de las recomendaciones. No obstante lo anterior, la fuerza de una recomendación está en la autonomía y en la autoridad moral del *Ombudsman* de los pagadores de impuestos que la emite, así como en el costo político que representa para la autoridad responsable no aceptarla al hacerse públicas las vio-

laciones correspondientes. En el caso de las recomendaciones que son aceptadas por las autoridades fiscales se da un seguimiento a su cumplimiento, pues éstas quedan obligadas a entregar, dentro de los diez días hábiles siguientes, las pruebas que acrediten que han cumplido con la recomendación de que se trate.

Diana Rosalía Bernal Ladrón de Guevara

Familia (en derecho internacional y europeo)

Bibliografía: BAINHAM (edic.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2001; BELEMBAGO, *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, Nueva York, 1999; CALAIS-AULROY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites affiches. La Loi*, 2000, n. 60, pp. 4-5; COUSSIRAT-COUSTERE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, pp. 281-307; DOMINGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEL*, 2006, n. 12, pp. 1-24; DYER, *The Internationalization of Family Law*, en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30, p. 625; FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 3, pp. 265-274; HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985; LEVINET, *La revendication transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Rev. trim. des droits de l'homme*, 39, 1999, pp. 637-672; LIDDY, *Article 8: the pace of change*, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 5, n. 3, pp. 397-416; LOWE y GILLIAN (eds.), *Families across Frontiers*, La Haya, 1996; NAISMITH, *Private and family life, home and correspondence*, en SALVIA y VILLIGER (eds.), *The birth of European human rights law. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, 1998, Baden-Baden, pp. 141-164; SANCHEZ MARTINEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Madrid, 2010; SANZ CABALLERO, *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*,

2003, n. 8, pp. 14-13; SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006; SANZ CABALLERO, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en MARTÍNEZ SOSPEDRA (edic.), *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, RGD, Valencia, 2003, pp. 37-67.

1. Definición. La familia es el grupo de identidad y pertenencia en el que habitualmente nace, crece y se forma el individuo. Es la estructura básica de la sociedad por que es la célula fundamental de crecimiento, socialización, satisfacción de necesidades comunes, solidaridad intergeneracional y sostén mutuo. La familia es el primer espacio de desarrollo personal y de integración social, transmite cultura y valores, previene riesgos, procura cuidados a sus miembros, alivia situaciones de dependencia y/o vulnerabilidad y constituye la primera escuela de los niños. Por todo ello la familia es considerada no sólo como una institución fiable sino incluso como la primera institución social, definida esta última como estructura de normas donde se fija y mantiene un juego de roles sociales. Se trata del eje de procreación y socialización de nuevas generaciones. La familia puede ser entendida de dos formas. En primer lugar, en sentido amplio, como grupo de personas unidas por vínculos de parentesco (de sangre o adopción), sin

necesidad de que compartan el hogar. Pero lo más habitual es entenderla en sentido estricto como familia nuclear o núcleo social primario. En este último sentido, familia sería aquel grupo humano formado por los individuos que tienen vínculos sociales más fuertes, esto es, una pareja (casada o no) y sus hijos menores de edad, con exclusión del resto de parientes.

La familia es insustituible como institución de toda sociedad y por esta razón su regulación se produce de modo mayoritario en el interior de los Estados. La normativa nacional constituye el grueso de la regulación de la institución familiar. El derecho internacional público se ocupa de la familia través de la búsqueda de un consenso interestatal sobre aspectos básicos de la misma que permitan alcanzar una cota de bienestar familiar adecuado dentro de los Estados. Cumple únicamente las funciones de establecer límites que eviten los abusos de los Estados y de promover políticas que la ayuden a cumplir las funciones que tiene atribuidas en la sociedad. En este sentido, en el plano internacional es en el seno de las organizaciones internacionales, como medio de cooperación institucionalizada y permanente de los Estados, donde de modo más profundo y permanente se canalizan los esfuerzos para promover la estabilidad del núcleo familiar y garantizar su desarrollo armonioso. Son varias las organizaciones internacionales que actúan y adoptan resoluciones que afectan a la familia. Algunas veces, esas resoluciones suponen un complemento de las políticas nacionales. Otras, obligan a las autoridades nacionales. Aunque hoy día las políticas de familia continúan siendo campo de competencia fundamentalmente estatal (ya que la protección de la familia se articula primeramente sobre el derecho interno de los Estados, que es el que proporciona la mayoría de las normas de derecho material aplicables) no obstante, las exigencias que se pueden ver impuestas los Estados por participar en organizaciones internacionales son relevantes porque sirven para homogeneizar el tratamiento de la materia y evitar excesivas incompatibilidades y distorsiones entre

sus legislaciones. Pero pocas organizaciones internacionales se ocupan de la familia de modo general. La mayoría de ellas huyen de definirla, dando por hecho su composición y funciones. Sin embargo, la familia acusa los cambios sociales, políticos, económicos, culturales, morales, religiosos, etc., y en este sentido, es también una institución que es producto de la historia. La evolución que ha sufrido sobre todo en las últimas décadas hace que el derecho internacional público evite, hoy más que nunca, definir lo que es la institución familiar, su naturaleza jurídica, quiénes la componen, el sexo de los miembros que la fundan, etc., puesto que cada vez parece más permeable⁽¹⁾.

Al hablar de la protección de la familia en el marco internacional no se puede olvidar que, junto a la visión universalista que aportan las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, también está la labor, muchas veces más progresista, emprendida por instituciones internacionales de ámbito regional. De las organizaciones internacionales entre cuyas funciones se incluye la protección de la familia destaca, en el ámbito universal, la Organización de Naciones Unidas y, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa. Ni en la Carta de Naciones Unidas ni en el Estatuto del Consejo de Europa se menciona expresamente y como tal esta misión. Sin embargo, ambas son organizaciones internacionales con fines generales en cuyos tratados constitutivos sí que se incluyen los objetivos de promover la cooperación internacional entre sus respectivos Estados miembros a fin de procurar el bienestar de sus pueblos y su desarrollo. En este sentido, dentro del mandato tanto de las Naciones Unidas como del Consejo de Europa entraría - y así lo han entendido ambas organizaciones -, la promoción y protección de políticas en favor de la familia, puesto que nada contribuye más al bienestar de los pueblos que procurar el bienestar de las familias que hay en su seno.

⁽¹⁾ CALAIS-AULOY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites affiches. La loi*, 2000, n. 60, pp. 4-5; y HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985, *passim*.

Conviene tener en cuenta que pese a que en los actos adoptados por estas organizaciones internacionales no se suele mencionar a la familia, ésta sale favorecida y reforzada cuando el acto aprobado por la organización atiende los derechos de sus miembros más vulnerables (personas con discapacidad, ancianos, niños). Igualmente, la situación familiar subyace en muchas resoluciones en las que se intentan paliar ciertos abusos, proteger a la persona frente a ciertos riesgos o establecer un mínimo de normas con respecto a temas como el alivio de la pobreza o la crisis económica, la vida carcelaria, la justicia de menores, el tráfico de niños, la violencia contra la mujer, la delincuencia juvenil o los inmigrantes. Asimismo, la familia es el tema recurrente en toda norma o acto aprobado en el seno de órganos de instituciones internacionales en los que se intenta promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo y, en concreto, el derecho a una vivienda digna, el derecho a una alimentación adecuada o el derecho a la educación. Todo esto hay que tenerlo en cuenta a la hora de buscar y analizar la documentación internacional que afecte a la familia⁽²⁾.

La institución familiar ha sufrido transformaciones con respecto al modelo tradicional definido por la unión estable de un padre y una madre (habitualmente casados) con sus hijos comunes. Lo que no han variado son las funciones o tareas que tiene asignada en la sociedad. La familia como constitución de una pareja sexual y de filiación intergeneracional ha ido adaptándose, entre otros, por cambios ideológicos sobre la distribución de roles entre sus miembros y por cambios demográficos relativos al tamaño y a la estructura de la misma. Antiguamente, la familia destacaba por su homogeneidad. Ahora encontramos más heterogeneidad. La familia es un fenómeno universal pero ya no hay un modelo universal de familia. Las relaciones en su seno han pasado de ser relaciones a perpetuidad a ser más temporales; de ordenarse jerárquicamente a ser más

igualitarias; de constituirse formalmente (a través del matrimonio de los padres) a aceptarse formas de afectividad y vida en común de hecho; de basarse en la heterosexualidad de quienes fundan la familia a aceptarse en algunos lugares los hogares homoparentales⁽³⁾. La generalidad del modelo familiar se ha ido quebrando dentro de los ordenamientos internos. Hoy día convive el modelo de familia tradicional, que es regulado por los ordenamientos internos, con otras formas desreguladas de convivencia y afecto que cada vez se ven menos estigmatizadas y que se han convertido en auténtica alternativa y reto al modelo de vida familiar matrimonial y heterosexual definida por sus fines, como soporte necesario para la supervivencia y continuidad de la comunidad y como garantía de un recambio generacional ordenado⁽⁴⁾. Entre las alternativas que se convierten en nuevas opciones de vida destacan las uniones de hecho, las familias monoparentales, las uniones homosexuales, las familias reconstituidas que forman divorciados con hijos de sus matrimonios anteriores, etc. Los avances tecnológicos y biomédicos, la emigración, la sociedad de consumo, la cultura democrática, la libertad sexual, el mercado laboral flexible o el multiculturalismo han contribuido a la diversificación de las alternativas familiares. El riesgo actual es que se perciba más como una forma de desarrollo personal, como una opción de vida basada en la libertad o como una mera realidad social que como una auténtica institución social definida por sus fines (sostén mutuo, procreación y socialización de nuevas generaciones) con responsabilidades en la comunidad.

2. La protección de la familia en las Naciones Unidas. 2.1. Reconocimiento de la institución familiar. Lo primero que cabe señalar del concepto de familia en el ámbito

⁽²⁾ SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, p. 29.

⁽³⁾ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Madrid, 2010.

⁽⁴⁾ DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEI*, 2006, n. 12, pp. 1-24, y p. 3.

de Naciones Unidas es que no se maneja un contenido único para el término⁽⁵⁾. La ONU aúna en su seno Estados de todas las civilizaciones, lo cual la caracteriza por su heterogeneidad. La consecuencia que se deriva de la pluralidad en la composición de esta organización es la amplitud, generosidad y falta de límites del concepto de familia que maneja. La ONU evita circunscribir el concepto a un modelo determinado y no ha proporcionado una definición oficial del término familia. Por el contrario, se abre y acepta estructuras familiares no tradicionales (familias monoparentales, las cuales van en aumento con el incremento de madres solteras y divorcios; familias intergeneracionales, cada vez más frecuentes en los países desarrollados dada la baja tasa de mortalidad; familias con hijo único, en regímenes antinatalistas como el chino⁽⁶⁾; o familias formadas por los abuelos y sus nietos, cada vez más frecuentes en Estados africanos debido a la plaga del SIDA⁽⁷⁾).

Es cierto que en algún documento se trasluce la idea de familia nuclear - como estructura con dos padres y uno o más hijos - pero esto no es lo habitual⁽⁸⁾. Por lo general, los documentos, convenios o resoluciones del ámbito de las Naciones Unidas más que hablar de lo que es o no es esta institución suelen dar por hecho que el público sabe qué

es y prefieren fijarse en la cuestión de cómo protegerla, cómo lograr acuerdos entre los Estados y puntos de contacto con el objetivo de alcanzar compromisos para lograr su estabilidad y bienestar. En conclusión, existe bastante tolerancia en Naciones Unidas sobre el concepto de familia. En lugar de una «familia modelo» se suele tomar como referencia «modelos de familia». No existe un enfoque unidireccional ni una definición estricta de la institución. La justificación para ello es que, de otro modo, se correría el riesgo de prejuzgar alguna situación, excluyéndola del ámbito de las relaciones familiares y dejándola sin protección. De hecho, cualquier intento emprendido por la ONU con el fin de lograr un consenso sobre la definición y la terminología aplicable a la familia o los hogares familiares se ha saldado siempre en un absoluto fracaso⁽⁹⁾.

2.2. Interpretación de la institución familiar por los órganos de las Naciones Unidas. UNICEF afirma que la familia es una institución cambiante y diversa, cuya forma ha variado mucho a lo largo de la historia dependiendo de las distintas culturas. Lo importante es que, independientemente de la forma que adopte, constituye el núcleo mínimo de cualquier sociedad y en ella se tejen las redes básicas de la solidaridad, el aprendizaje, la economía y las relaciones inter-personales, amén de ser el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, especialmente de los niños⁽¹⁰⁾.

En el ámbito de las Naciones Unidas, se toma como documento de referencia la *Declaración Universal de Derechos Humanos* adoptada por la Asamblea General en su resolución 217A (III) de 10 de Diciembre de 1948. La relación familiar se deja ver en los

⁽⁵⁾ DYER, *The Internationalization of Family Law*, en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30, p. 625; LOWE y GILLIAN (eds.), *Families across Frontiers*, La Haya, 1996; BELEMBAGO, *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, Nueva York, 1999; BAINHAM (edic.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2001.

⁽⁶⁾ Si bien NU condena las prácticas antinatalistas impuestas por el Estado, no obstante respeta y protege a las familias que surgen de este tipo de regímenes.

⁽⁷⁾ En África la tasa de SIDA es tan alta que alcanza dimensiones de pandemia y obliga a muchos ancianos a recoger en su hogar a los nietos de varios hijos a medida que éstos van muriendo.

⁽⁸⁾ Por ejemplo el art. 44.2 del Convenio sobre los trabajadores migrantes y sus familiares, describe a la familia como dos cónyuges casados o dos personas que tengan una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzcan efectos equivalentes al matrimonio junto con sus hijos solteros menores de edad a su cargo.

⁽⁹⁾ Véase el punto 4 del Informe del Secretario General de las NU al ECOSOC sobre las Actividades Complementarias del Año Internacional de la Familia (E/CN.5/2001/1). Además, la Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Pekín en 1995 estuvo cerca del fracaso por la incapacidad de los estados miembros de las Naciones Unidas de consensuar una definición sobre la familia.

⁽¹⁰⁾ UNICEF-ESPAÑA: «Las familias, en el centro de las políticas públicas», en *Noticias de Unicef*, 2004, febrero, n. 186, p.10.

siguientes arts. de la Declaración: art. 12 sobre la vida privada y familiar; art. 16 sobre el derecho a contraer matrimonio, el derecho a fundar una familia y la igualdad de derechos entre los cónyuges (y cuyo párrafo tercero incluso elogia el valor de la familia en la sociedad); el art. 23 sobre el derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a él y su familia una vida digna; el art. 25 sobre el derecho a un nivel de vida adecuado para toda persona y su familia que les asegure su salud, bienestar, alimento, vivienda, vestido, servicios sociales y derechos en caso de desempleo, vejez o viudedad, así como, en su tercer párrafo, la protección de la maternidad y la infancia; y por último, el art. 26.3 sobre el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos. Estos arts. dispersos a lo largo de la Declaración compendian los aspectos que resultan clave en la protección de la familia y que van a servir de modelo y referente a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a la hora de adoptar otros actos (sean convenios o resoluciones) en la materia. De todos ellos, destaca lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 16 porque en él se define a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado sin que, sin embargo, se haga referencia alguna a su eventual composición.

Obviamente, en 1948 cuando se redactó la Declaración Universal se tuvo en mente la familia tradicional, el matrimonio clásico y la concepción natural de los hijos. Ciertamente, la idea de la familia tradicional o nuclear se sigue trasluciendo en algunas resoluciones actuales de los órganos de la ONU. Entre ellas, la resolución de la Asamblea General titulada *Preparativos y celebración del 20 aniversario el Año Internacional de la familia*, en la que se reconoce el principio de que ambos padres comparten la responsabilidad de la educación y el desarrollo de los hijos⁽¹¹⁾. Sin embargo, otras resoluciones posteriores tanto de la Asamblea General como del Consejo Económico y Social de la ONU dejan ver la

apertura y tolerancia de la organización hacia otras formas familiares diferentes. Entre ellas, la Resolución del Consejo Económico y Social denominada *La Familia*, en la que se reconoce «la diversidad cada vez mayor que se observa en las formas de la institución de la familia»⁽¹²⁾ o la titulada *Función de la familia en el proceso de desarrollo*, en la que se reconoce que «la institución de la familia adopta muchas formas y está experimentando importantes transformaciones en el proceso de desarrollo social». El reconocimiento de modos poliformes de vida de tipo familiar no obsta a que este órgano se muestre también «inquieto por las repercusiones de los cambios en la trama social y las relaciones de solidaridad»⁽¹³⁾.

Tanto el art. 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966 como el art. 44 del Convenio sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 18 de Diciembre de 1990 definen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a protección por parte de la sociedad y el Estado. En la misma línea, el Preámbulo del Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 lo califica como el grupo fundamental de la sociedad así como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todas las personas, y en particular, de los niños. La *Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios* la define como unidad central encargada de la integración social primaria del niño⁽¹⁴⁾. En el mismo sentido se pronuncian las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*⁽¹⁵⁾.

Junto a estas recomendaciones conviene ci-

⁽¹²⁾ Res. ECOSOC E/RES/1985/29 de 29 de mayo de 1985.

⁽¹³⁾ Res. ECOSOC E/1983/83/23 de 26 de mayo de 1983.

⁽¹⁴⁾ Resolución 2018 (XX) de la AGNU de 1 de noviembre de 1965.

⁽¹⁵⁾ Resolución 45/112 de la AGNU de 14 de diciembre de 1990.

⁽¹¹⁾ Res. AGNU A/RES/66/126 de 19 de diciembre de 2011.

tar las que han sido emitidas por los órganos de aplicación creados por algunos convenios auspiciados por la ONU. En este sentido, conviene destacar varios documentos. En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobó la Observación General n. 19. En ella afirma que la tutela de la familia exige el reconocimiento de diferentes tipos de organización familiar, razón por la que estima difícil dar una definición uniforme del concepto. Asimismo, añade que si un grupo de personas es considerado como familia a efectos de la legislación interna de un Estado, deberá ser objeto de protección en virtud del art. 23 de ese Pacto. En esta misma Observación cita expresamente como familias las familias monoparentales y las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos.

En segundo lugar, la Recomendación n. 1 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de 4 de Febrero de 1994, órgano creado por el convenio del mismo nombre, reconoce la disparidad del término familia, razón por la cual en absoluto debe ser circunscrito o limitado por Naciones Unidas. En el párrafo 13 de la citada Recomendación, se aclara que la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro e incluso de una región a otra de un mismo Estado. Pero cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, la costumbre o la tradición del país, el tratamiento de la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas. La misma recomendación reconoce que pueden surgir familias de matrimonios polígamos, aunque condena este tipo de práctica. El Comité, pese a declarar sin ambages que el matrimonio polígamo infringe la necesaria igualdad entre hombre y mujer así como que puede tener consecuencias emocionales y financieras graves, sin embargo protege a las familias que se deriven de este tipo de situación.

En la misma línea, la Observación General n. 5 sobre las personas con discapacidad

adoptada por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 9 de Diciembre de 1994, establece en su párrafo 30 la necesidad de proteger a la familia, indicando que este término debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres sociales apropiadas. En esta Observación se dice que debe velarse para que las leyes, prácticas y políticas sociales no impidan la realización de los derechos de esta institución. Por último, la Observación General n. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada del mismo Comité, emitida el día 12 de Mayo de 1999, clarifica que cuando hablamos de la familia, ello no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicación del concepto a los individuos y hogares dirigidos por mujeres. Así el Comité afirma que pueden existir familias sin la figura clásica de un cabeza de familia paterno⁽¹⁶⁾. Sin embargo, la mejor prueba de la tolerancia que muestra la ONU hacia formas de vida familiar no tradicionales se encuentra en la propia política administrativa que aplica esta organización. En 2004 el Secretario General de la ONU aprobó su Boletín sobre *Family status for purposes of United Nations entitlements*, en el que deja entrever su decisión de aceptar la diversidad cultural, social y religiosa que predica la organización en su política de personal, al admitir que los asuntos sobre el status personal del funcionariado de la organización se determinen de acuerdo con la ley de nacionalidad de tal funcionario. De esa forma, si el matrimonio (u otro tipo de unión) de un funcionario se celebra válidamente según el Derecho del Estado del que

⁽¹⁶⁾ No obstante, desgraciadamente, éste aún constituye un objetivo a conseguir en otros lugares del mundo como en Afganistán, en el que hasta hace poco el régimen político dirigido por los talibanes prohibía salir del hogar a las mujeres si no era acompañadas por un varón adulto de la familia. Del mismo modo, sólo les estaba permitido acceder al trabajo a los hombres. Todo ello condena a la miseria y al hambre los hogares formados por una viuda y sus hijos menores de edad. Estas prácticas se reproducen con mayor o menor intensidad en otras partes del mundo hoy día.

es nacional, dicho matrimonio o unión será reconocido por la ONU a efectos de otorgar los pertinentes derechos laborales a esa persona. De ese modo, el órgano administrativo de Naciones Unidas aceptaría nuevas formas familiares (parejas registradas, matrimonio homosexual) cuando la legislación del país del que provenga su funcionario acepte ese tipo de situación⁽¹⁷⁾, mientras que seguiría considerando como soltero al funcionario cuyo Estado de origen no reconozca status legal a su convivencia.

3. La protección de la familia en el Consejo de Europa. 3.1. Protección de la institución familiar.

En el marco del Consejo de Europa, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, se refieren a la familia. El primero lo hace en sus arts. 8 (protección de la vida privada y familiar) y 12 (sobre el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia). La segunda lo hace en sus arts. 4 (derecho del trabajador a una remuneración suficiente que le asegure a él y su familia un nivel de vida decoroso), 16 (que define a la familia como célula fundamental de la sociedad, razón por la cual tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica), art. 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 27 (derecho a la conciliación profesional y familiar).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuya jurisprudencia ha servido para interpretar el articulado del Convenio. En su jurisprudencia se comprueba cómo, pese a que la familia que se protegía originalmente en el Convenio era la familia clásica - basada en la heterosexualidad biológica de los cónyuges casados más sus hijos naturales -, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento «vivo», que debe ser interpretado a la luz del momento histórico en el que deba ser inter-

pretado, razón por la cual se ha ido ampliando paulatinamente el concepto de lo que es familia y de cómo se puede fundar una familia en Europa.

3.2. Interpretación de la institución familiar por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH no nos llega a dar una definición teórica de lo que la familia significa, aunque sí va proporcionando datos sobre qué cabe incluir dentro de este concepto y qué no. Y de esos datos que nos va proporcionando, se comprueba una evolución del TEDH que acaba reflejando los cambios de la sociedad europea, una adaptación del art. 8 y del art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la realidad social de cada momento⁽¹⁸⁾. La indeterminación del Convenio, cuyos redactores optaron por no definir el término familia, es lo que precisamente ha facilitado que el órgano de control del Convenio haya podido aplicar su protección a un elevado número de situaciones demostrando la «plasticidad» de este instrumento jurídico⁽¹⁹⁾. El TEDH ha reconocido tradicionalmente un amplio margen de apreciación a los Estados en relación al derecho de familia. Sin embargo, a medida que va encontrando un consenso mayor entre los Estados miembros del Consejo de Europa en alguna cuestión jurídica relativa a la protección de la familia, va considerado que el margen de apreciación se ve limitado. Así,

⁽¹⁸⁾ Sobrecómo la jurisprudencia sobre la familia se va adaptando a cada momento histórico, véase: LIDDY, *Article 8: the pace of change*, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, vol. 5, n. 3, pp. 397-416; FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, en *European Human Rights Law Review*, 1997, n. 3, pp. 265-274; NAISMITH, *Private and family life, home and correspondence*, en *The birth of European human rights law. Liber amicorum Carl Aage Norgaard*, 1998, SALVIA y VILLIGER (edic.), Baden-Baden, pp. 141-164; SANZ CABALLERO, *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*, 2003, n. 8, p. 14-3; SANZ CABALLERO, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en MARTÍNEZ SOSPEDRA (edic.), *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, RGD, Valencia, 2003, pp. 37-67.

⁽¹⁹⁾ COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, pp. 281-307.

⁽¹⁷⁾ ST/SGB/2004/4 de 29 de enero de 2004 y ST/SGB/2004/13 de 24 de septiembre de 2004.

en sucesivas demandas contra los Estados partes del CEDH y en las que se alegaba la violación de los arts. 8 o 12 del Convenio, el TEDH ha afirmado que la madre soltera y su hijo constituyen familia desde el mismo momento del nacimiento del segundo⁽²⁰⁾. El mismo Tribunal atribuye vida familiar a una pareja estable en la que la mujer sea inseminada artificialmente de común acuerdo entre los dos miembros de la pareja⁽²¹⁾. También ha admitido que el derecho a fundar una familia no puede ser interpretado en el sentido de que sólo puedan contraer matrimonio personas con capacidad para procrear o personas que mantengan relaciones sexuales de tipo tradicional. Ha aceptado que pueda constituir vida familiar una unión de hecho estable con o sin hijos⁽²²⁾. Ha aceptado que se pueda fundar una familia con hijos concebidos de forma no natural y, por supuesto, con hijos adoptados⁽²³⁾. También ha reconocido que para contraer matrimonio no constituye una condición *sine qua non* ni la capacidad física para procrear ni tampoco la posibilidad física de mantener relaciones sexuales⁽²⁴⁾. Y ha reconocido el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia de una persona transexual con otra de su mismo sexo biológico pero distinto sexo aparente⁽²⁵⁾. Últimamente ha aceptado que pueda existir vida familiar entre los miembros de una pareja homosexual, pero sin que por ello se pueda exigir a los Estados partes del Convenio que tengan

que aceptar el matrimonio homosexual⁽²⁶⁾. El TEDH ha entendido que así como a día de hoy existe en Europa un consenso muy extenso para aceptar el matrimonio de transexuales, no ocurre lo mismo con el de homosexuales. Sólo 6 de los 47 Estados partes del CEDH aceptan el matrimonio de personas del mismo sexo y, por ello, hay razones para preservar la institución del matrimonio tal como aparece en el art. 12 CEDH, como la unión entre un hombre y una mujer. Sin perjuicio de que algún Estado pueda ir más allá de esta lectura, tampoco se puede obligar a los demás a cambiar su legislación a fin de aceptar el matrimonio homosexual. De este modo, el TEDH diferencia entre la transexualidad y la homosexualidad como fenómenos radicalmente diferentes y opta por una interpretación del art. 12 del CEDH que asimila el transexual a una persona heterosexual en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.

4. Conclusiones. Aunque se trata de una institución que a lo largo de siglos e incluso milenios ha mostrado su fortaleza, la familia adolece en estos momentos de cierta fragilidad. La crisis actual de la familia se deriva del hecho, por un lado, de que se rehúya definir el concepto y, por otro, que sea considerada más como una comunidad de afecto que como institución que personifica la garantía de la estabilidad social y de un ordenado recambio generacional. En este escenario, el derecho internacional público parece también optar por la permeabilidad del concepto y por la admisión de formas familiares no tradicionales, muchas de ellas antaño estigmatizadas y/o algunas otras derivadas de avances biomédicos impensables hasta hace poco.

Susana Sanz Caballero

⁽²⁰⁾ Tribunal CEDH, *Marckx v. Bélgica*, en *E.Ct.H.R.*, 13 junio 1979.

⁽²¹⁾ LEVINET, *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Rev. trim. droits de l'homme*, 39, 1999, pp. 637-672, y p. 648.

⁽²²⁾ Tribunal CEDH, *Saucedo Gómez v. España*, en *E.Ct.H.R.*, n. 37784/97, 8 julio 1998.

⁽²³⁾ Tribunal CEDH, *Rieme v. Suecia*, en *E.Ct.H.R.*, 22 abril 1992, Serie A, n. 226-B.

⁽²⁴⁾ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de marzo de 1979 al asunto *Van Oostervijk*, cit., párrafo 59.

⁽²⁵⁾ Tribunal CEDH, *Goodwin v. Reino Unido*, en *E.Ct.H.R.*, 11 julio 2002. Véase SANZ CABALLERO, *A propósito de las sentencias Goodwin ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Rev. española de derecho internacional*, LV, 2003, pp. 307-315.

⁽²⁶⁾ Tribunal CEDH, *Schalk&Kopf v. Austria*, en *E.Ct.H.R.*, n. 30141/04, 24 junio 2010.

Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)

Bibliografía: BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 288; MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in BONELLI (coord.), *Saggi del Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1993, p. 8 ss.; PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 511 ss.; PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en PALAZZO y PIERETTI (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Perugia-Roma, 2011, p. 71 ss.

1. La fragmentación de la noción de familia. La noción de familia y de las relaciones familiares en el Derecho de la Unión europea. En el Derecho de la Unión no se tienen en cuenta sólo los aspectos comerciales o económicos de las situaciones jurídicas subjetivas de las personas.

En particular el Derecho comunitario tiene como competencia la de reglamentar algunos aspectos de las relaciones jurídicas familiares.

Desde el punto de vista de la competencia comunitaria, la cuestión del derecho de familia es parte de la política de cooperación judicial en materia civil (art. 81 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante «TFUE»).

El poder legislativo de la Unión en este ámbito se basa en un procedimiento específico que requiere la unanimidad en el Consejo, previa consultación del Parlamento Europeo (art. 81, apartado 3, TFUE; a pesar de que se aplique el procedimiento legislativo ordinario).

El Derecho comunitario garantiza la protección de las relaciones familiares, especialmente en la Carta de los Derechos Fundamentales.

En particular, el art. 7 de la Carta protege el derecho del individuo a la vida familiar, es decir, el entorno en el que se realiza la persona, con una visión muy similar a la del art. 2 de la Constitución italiana.

El art. 33 establece que «Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social» y el art. 34 prevé la obligación de la administración pública para prestar servicios sociales de apoyo a la maternidad.

Además el art. 9 garantiza el derecho a casarse y fundar una familia cuyo ejercicio está sujeto a las leyes nacionales.

Como el art. 29 de la Constitución de Italia, la Carta documento considera un derecho fundamental el de formar una familia basada en el matrimonio.

La Carta pone en el centro de la disciplina de las relaciones familiares al niño (al menor) y su derecho «a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar» (art. 24, apartado 1) y el derecho a las relaciones afectivas con sus padres (véase apartado 3 de la disposición).

2. Críticas al enfoque comunitario.

Algunos Autores han criticado la representación que se hace en la Carta. En particular Busnelli opina que la Carta de manera ambigua desde el punto de vista de los principios, promete libertad y solidaridad, pero bajo el aspecto de las reglas prevé individualismo y liberalismo⁽¹⁾.

La consecuencia sería la de destruir las tradiciones más radicadas en Europa, como: la familia como formación social; la heterosexualidad del matrimonio; el derecho de tener dos padres; la falta de disponibilidad de vida humana.

En particular Busnelli afirma que el Derecho comunitario conduce a una «desarticulación de la familia». La imagen de la familia se «fragmenta» de esta manera en «una pluralidad de perfiles individuales».

Entonces se trataría de protección de la familia, pero una protección «de afuera», que

⁽¹⁾ BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 288.

no va más allá de «la legal, económica y social»⁽²⁾.

Desde esta perspectiva el silencio cae sobre el nivel ético y el de la responsabilidad de la persona dentro de la familia, que, como afirmaba Carbonnier, es «el primer pilar del sistema jurídico»⁽³⁾.

3. Importancia de la familia en la Carta de los Derechos Fundamentales. Esta negación del papel de la familia y de los deberes de sus miembros, que se realizaría en el Derecho comunitaria, no parece real.

El Derecho de la UE y su desarrollo jurisprudencial en el Tribunal de Justicia parece, sin embargo, hacer hincapié en las relaciones familiares.

El art. 7 de la Carta exige el respeto del derecho del individuo pero en el contexto de vida familiar. Es decir, en dicha disposición se destaca como el ambiente familiar es el ámbito necesario para la realización de la persona.

El art. 9 de la Carta también garantiza el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia cuyo ejercicio está sujeto a las leyes nacionales, en esencia, establece las bases de la familia fundada en el matrimonio como una comunidad.

Lo que no significa quitar la protección a las uniones distintas a la del matrimonio.

La jurisprudencia de la Corte no considera discriminatoria la protección preferencial de la relación matrimonial⁽⁴⁾.

El juez de Luxemburgo (el Tribunal de justicia) se sitúa en una perspectiva diferente a la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁽⁵⁾.

⁽²⁾ *Ídem.*

⁽³⁾ *Ídem.*

⁽⁴⁾ Tribunal de justicia, 31 de mayo de 2001, e C-122/99 P y C-125/99 P, *D. e Reino de Suecia v. Consejo de la Unión Europea*, en *Rec.* 2001, p. I-04319, punto 39, donde se afirma que: «resulta que la equiparación, por lo demás incompleta, de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no puede tener por consecuencia, mediante una mera interpretación, que se incluya en el concepto estatutario de «funcionario casado» a personas sometidas a una normativa distinta a la que se aplica al matrimonio».

⁽⁵⁾ Como opina el Abogado general Mischo en las

La protección de la familia, del respeto a la vida familiar y del derecho a contraer matrimonio, son considerados como valores fundamentales de la integración europea, que debe guiar la interpretación del Derecho comunitario y de los Derechos nacionales⁽⁶⁾. Sin embargo la legislación comunitaria carece de una reglamentación explícita de los deberes de los esposos, de los padres y de los hijos (véase por ejemplo los arts. 315 y los siguientes del *Codice civile*; los arts. 371 y los siguientes del *Code civil* francés; los párrafos 1626 y los siguientes del BGB).

El reenvío de la Carta a los derechos civiles de los Estados miembros afirma la aceptación de la idea de una familia-comunidad diferente a la tradicional.

La nueva familia tiene la característica de ser una comunidad mononuclear, sin embargo puede ser modificada por el efecto de matrimonios posteriores y por el nacimiento de hijos fuera del matrimonio.

Esta idea de una familia, formada en la sociedad europea en la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, no ha perdido su carácter esencial de comunidad como base de la sociedad.

Entonces, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los derechos de los miembros de la familia no están sometidos a la unidad formal de la familia, sino que se reconocen con un enfoque hacia la protección de las personas vulnerables que necesitan de la solidaridad.

Las fuentes citadas por los jueces de Luxemburgo no son sólo el derecho positivo de la Unión Europea y/o de los Estados Miembros, sino también las tradiciones culturales judeo-cristianas a las cuales se refiere el Tratado de la Unión Europea (véase el primer apartado del Preámbulo y el art. 6, apartado 3 del Tratado Unión Europea, sucesivamente «TUE»).

La referencia a las tradiciones culturales y

conclusiones de las causas citadas.

⁽⁶⁾ Véase las argumentaciones en Tribunal de justicia, 4 de marzo de 2010, C-578/08, *Rhimou Chakroun v. Minister van Buitenlandse Zaken*, en *Rec.* 2010, p. I-1839.

jurídicas se hace evidente especialmente en las sentencias del Tribunal de Justicia de los años dos mil.

4. La protección de la familia en la jurisprudencia comunitaria. Un caso particularmente interesante es el decidido en la sentencia *Baumbast y R* de 17 de septiembre de 2002⁽⁷⁾.

El caso se origina en la petición de interpretación prejudicial del *Immigration Appeal Tribunal* la autoridad competente del Reino Unido para decidir, en segunda instancia, las controversias relativas a la inmigración. La cuestión se refería a la interpretación de los arts. 12 y 18 del reglamento n. 1612/68 del Consejo del 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores.

La Corte decidió, con referencia a la interpretación del art. 12 del reglamento, que los hijos de un ciudadano de la Unión, establecidos en otro Estado miembro, donde reside uno de sus padres, tienen también el derecho de residencia en el mismo Estado.

El Tribunal señaló que dicho derecho, el de los hijos, no estaba afectado por el hecho de que el matrimonio de los padres hubiera terminado con el divorcio; y que sólo uno de los padres era un ciudadano de la Unión, ni por el hecho de que ya no fuese un trabajador migrante, ni tampoco que los niños no fueran ciudadanos de la Unión Europea.

Pero lo más importante para el orden cultural que nos interesa es la aclaración del Tribunal de que «esta disposición debe interpretarse en el sentido de que permite al progenitor tener efectivamente la custodia de dichos hijos, independientemente de su nacionalidad, y residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho el [de residir]» (punto 64).

Además, el Tribunal destacó el efecto directo del art. 18, párrafo 1, del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente art. 21 TFUE), que establece que «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Las limitaciones son admisibles

solo «respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario y de conformidad con los principios generales de éste, en particular, el principio de proporcionalidad» (punto 91 de la sentencia *Baumbast y R*).

Otra decisión del Tribunal que se refiere a la protección de la familia, es el caso *MRAX v. Bélgica* del 25 de julio de 2002⁽⁸⁾.

La petición del juez nacional se refería a la interpretación de la directiva del Consejo, del 15 de octubre de 1968, n. 68/360/CEE (arts. 3 y 4) con respecto a la supresión de las restricciones de la libertad de circulación y de residencia dentro de la Unión para los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias.

Una vez más, el Tribunal ha aclarado la intención del legislador comunitario de proteger la vida familiar y la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad de la limitación de la libertad de movimiento.

El Tribunal señaló que deben interpretarse a la luz del principio de proporcionalidad las normas establecidas en la directiva 68/360 y en la directiva del Consejo del 21 de mayo de 1973 n. 73/148/CEE (art. 3), que se refieren a las libertades de circulación en materia de servicios, y también a las disposiciones del reglamento (CE) del Consejo de 25 de septiembre 1995 n. 2317 relativa a los países terceros cuyos ciudadanos deben tener un visado para el cruce de las fronteras de la Unión Europea.

De ese Reglamento el Tribunal deduce que: «un Estado miembro no puede denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los arts. 10 de la directiva 68/360 y 8 de la directiva 73/148» (punto 62).

⁽⁷⁾ C-413/99, en Rec. 2002, p. I-7091.

⁽⁸⁾ Caso C-459/99, en Rec. 2002, p. I-6591.

No es admisible, por lo tanto, denegar el permiso de residencia o expulsar a una persona, si se dan dichas pruebas.

Es también de los años dos mil, el caso *Carpenter* contra *Secretary of State for the Home Department* del 11 de julio de 2002⁽⁹⁾. El juez nacional (una vez más el *Immigration Appeal Tribunal*) manifestó al Tribunal de Justicia cómo tenían que interpretarse no sólo ciertas normas de derecho derivado en materia de libre circulación, especialmente la directiva 73/148, sino también el art. 49 del Tratado CE (actualmente art. 56 TFUE).

Dicha norma establece la prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario.

El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión, estableciendo que el art. 49 debe leerse «a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar».

Entonces dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese Estado, que presta servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, no puede negar el derecho a residir en su territorio al cónyuge de dicho prestador, incluso si fuera un nacional de un tercer País.

De hecho, aunque la sede de la empresa del esposo de la solicitante (una ciudadana de un tercer país que se ocupa de los hijos de su marido, que nacieron de un matrimonio anterior) estaba en el Reino Unido, a la situación se le tenía que aplicar la normativa comunitaria, porque los servicios en cuestión se aplicaron a los beneficiarios en otros Estados miembros (párrafos 29-31).

El Tribunal propuso una interpretación de la directiva 73/148 según la cual el legislador tiene el objetivo de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por los Tratados. Para la Corte, en la sentencia *Carpenter*, la

participación efectiva de la mujer en la vida familiar y su comportamiento, fueron factores que mostraron que no había peligro para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, a pesar de que hubo violación de las regulaciones en materia de inmigración. La jurisprudencia comunitaria reconoce por lo tanto una idea nueva en las relaciones familiares. La familia ya no es pertenencia orgánica y formal, sino un conjunto de relaciones interpersonales basadas en el *affectio* finalizadas a la protección de las personas dentro de la comunidad familiar.

5. «Paidocentrismo» y protección de los sujetos vulnerables. La necesidad de la protección de las personas vulnerables es muy importante, y se halla presente en las fuentes legales de la Unión Europea.

De hecho, la legislación de la Unión considera el principio de solidaridad, entendido como la protección de las personas desfavorecidas (art. 3, párrafo 3, TUE), como uno de los valores fundamentales de la integración europea (véase el art. 2 TUE)

La Carta de los Derechos Fundamentales también ha puesto de relieve los derechos de las personas con condición de debilidad potencial como las mujeres, los no ciudadanos de la Unión (véase el art. 15 sobre las condiciones de trabajo), los hijos (art. 24), las personas mayores (art. 25), las personas con discapacidad (art. 26).

A las personas débiles no se les protege sólo su independencia, sino también su participación en la vida social y familiar en particular. La protección de los sujetos vulnerables ha alcanzado el más alto nivel en relación con los menores. De hecho el ordenamiento jurídico se puede considerar como «paidocéntrico»⁽¹⁰⁾.

El Derecho comunitario marca la superación de la idea de que la protección de los niños (y las personas vulnerables en general) constituye el ejercicio de un poder.

En particular los padres no poseen poder, sino «responsabilidad parental», que se defi-

⁽⁹⁾ Caso C-60/00, en *Rec.* 2002, p. I-6279.

⁽¹⁰⁾ PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 511 ss.

ne (véase el reglamento (CE) n. 2201/2003) como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o con los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita» (art. 2, n. 7).

Ante este conjunto de responsabilidades de los padres y, en todo caso de aquellos que son responsables de la protección de los menores, están los derechos, poco destacados en las constituciones nacionales.

A los niños, a las personas débiles, se les reconoce «nuevos derechos», además de los más tradicionales como el derecho a la educación y al mantenimiento.

El Derecho de la Unión habla de la libertad de pensamiento y del derecho del niño de ser escuchado (art. 24, apartado 1, Carta de los Derechos Fundamentales), el derecho a la libre circulación (véase por ejemplo, el art. 165 TFUE), el derecho «derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses» (art. 24, apartados 3, Carta de los Derechos Fundamentales).

Dicho derecho, reafirma la protección del niño, pero dentro de un contexto familiar.

6. Los principios de derecho europeo de la familia. El examen anterior permite ver la relevancia que las relaciones familiares tienen en el Derecho de la Unión en Europa.

Lo que deriva de las fuentes comunitarias no es la desaparición de la familia, sino la aparición de nuevas familias mononucleares, más flexibles que en el pasado.

Además, y es la cuestión central que no puede ser olvidada, las libertades garantizadas por la Unión Europea han aumentado considerablemente las relaciones familiares entre los nacionales de los Estados miembros.

Por eso, la legislación europea de la familia destaca el papel del principio de solidaridad y está dirigida a la protección de las personas vulnerables, entre ellos especialmente los niños.

De hecho se trata de crear la seguridad de los valores fundamentales en un marco de relaciones personales inter-europeas aún más complejas.

La legislación comunitaria se ocupa hasta hoy sólo de algunos aspectos de las relaciones familiares, como el divorcio (véase el reglamento n. 1347/2000, llamado «Bruxelles II») o la responsabilidad parental sobre los hijos de un matrimonio o unión libre (véase el ya citado reglamento (CE) n. 2201/2003). Pero, sobre todo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se interesa por las relaciones familiares en todos aquellos múltiples casos en los cuales la libre circulación impacta en las situaciones personales⁽¹¹⁾. Estos temas son objeto de abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lo anterior se les ofreció sólo como algunos ejemplos.

Entonces el campo del derecho comunitario de familia va ampliándose.

Más de una fragmentación de la familia, observado por Busnelli, se debe hablar de la fragmentación de la disciplina.

Pero el mismo enfoque fragmentario se puede encontrar en otras áreas del Derecho civil comunitario, como alegan los mismos documentos de la Unión Europea, por ejemplo en lo que se refiere al derecho de contratos⁽¹²⁾.

Esa fragmentación no puede impedir un trabajo de reconstrucción, aunque sea más difícil que en otros campos como el de los contratos.

Por cierto, en este sector se armonizan intervenciones más difíciles dentro de un panorama caracterizado por las mismas tradiciones y debates nacionales.

Sin embargo, las diferencias nacionales no impiden la comparación y los modelos de circulación, y no sólo en los últimos tiempos: se piense en las reformas de las leyes

⁽¹¹⁾ Véase la voz «Nombre y apellido», por S. Stefaneli, en este Diccionario Analítico.

⁽¹²⁾ Entre otros documentos de la Comisión europea, véase Comunicación sobre el derecho contractual, en D.O. 13 de septiembre de 2001, n. 255, p. 1 y la Comunicación, *Mayor coherencia en el derecho europeo de los contratos: un plan de acción*, COM (2003) 68 del 12 de febrero de 2003.

europas de la familia de los años 70 del siglo pasado.

Entonces actualmente se hace posible identificar principios que sirven como base para la interpretación y para la evolución del ordenamiento jurídico comunitario.

Experiencias como la «Comisión sobre

el Derecho Europeo de Familia» del grupo que ha elaborado los «*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*» lo enseñan.

Antonio Palazzo

Foros, órganos y esquemas de la integración jurídica americana

Bibliografía: DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, 2002; FIX FIERRO et. al (edíc.) *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, 2003; GERMÁN A. DE LA REZA, *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, 2006; GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, México, 2006; GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México, 1994; HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Fix Fierro, México, 2003; KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002, p. 417 ss.; LEÓN (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, 1999; ORTIZ AHLF, VÁZQUEZ PANDO, DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus acuerdos paralelos*, 2ª ed., México, 1998; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, 2002; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México, Oxford, 2008; PAMPILLO BALIÑO, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; PUYANA (coord.), *La integración económica y la globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, 2003; RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, México, 1969; SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, 1999; SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría jurídica de la integración latinoamericana*, Sao Paulo, 2001; VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; VIDAL BENEYTO, GARCÍA et al., *Hacia una Corte de justicia*

latinoamericana, Valencia, 2009; VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, 2008; VILLAFUERTE SOLÍS, XOCHITL LEYVA SOLANO (coord.), *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, 2006; WITKER (edíc.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, 1993; WITKER, OROPEZA (coord.), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, 2004.

1. Introducción. Aunque pueden rastrearse importantes antecedentes de la integración americana a partir del siglo XVIII y ya en el siglo XIX nos encontramos con una gran cantidad de proyectos, iniciativas, foros y tratados, los organismos que han venido a bosquejar la estructuración económica, social, política y cultural del hemisferio americano, se han venido conformando en realidad - como en el caso europeo - a partir de la segunda mitad del siglo XX. Dichos organismos, sin embargo, son el resultado de un proceso histórico desigual que ha ido desde el intento de articular los reinos hispanoamericanos, hasta los nuevas iniciativas alrededor de la cuenca del Pacífico, que parecieran desplazar antiguos procesos Atlánticos, pasando por las utopías y los acuerdos Iberoamericanos, por los foros y proyectos Latinoamericanos, por las instancias Panamericanas y por las actuales estructuras subregionales del Caribe, Centroamérica, Los Andes, Suramérica y América del Norte.

La gran variedad de tratados, protocolos, de-

claraciones, mecanismos y foros de concertación, zonas de libre comercio, uniones aduaneras y proyectos de mercados comunes que se han venido desarrollando, especialmente a partir de la década de los 1950's, hacen que el estado actual de la integración americana sea un complejo mosaico, que para entenderse mejor, requiera de una visión de conjunto que se ofrece mediante un cuadro que describe los principales foros y organismos actualmente en vigor, que requerirán en su momento de una reingeniería de fondo, a efectos de poderse articular entre sí evitando duplicidades, desperdicios, contradicciones y traslapes.

2. Cuadro de los principales foros y organismos de la Integración Americana.

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.

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 ⁽¹⁾: Aso-

ciación 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

⁽¹⁾ 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 Venezuela y algunos países del Caribe el PETROCARIBE (www.petrocaribe.com), o el Foro Arco del Pacífico Latinoamericano (www.arcodepacifico.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 mismamaneira, 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.

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 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 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 Miembros: 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 OuroPreto 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, establecién-

dose 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, sur-

giendo 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 regio-

nal 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 Quito. Países Miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. México ha expresado su interés de incorporarse como asociado).

3. Propuestas para la articulación de los órganos de la Integración Americana. La principal reflexión que plantea la consideración del conjunto de los principales organismos y foros de la integración americana, expuestos en el cuadro anterior, es 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⁽²⁾. 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. 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⁽³⁾. 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

(2) 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.

(3) Cfr. *idem*, loc. cit.

tural - constituye la región más homogénea de cuántas aspiran a la integración regional basada en la continuidad histórica, cultural, lingüística y religiosa.

No obstante lo expuesto, 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. Asimismo, cabe destacar que 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. Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico, siempre y cuando Brasil y México pudieran compartir una visión común sobre la necesidad y la conveniencia de empeñar su liderazgo continental para la realización de la misma.

En cualquier caso, la integración americana necesitaría establecer - como muestra la experiencia europea - una serie de prerequisites, 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 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. Pero la voluntad fundacional de una auténtica comunidad de estados, requiere de un *minimum* 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.

Ahora bien, 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 menos 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.

Juan Pablo Pampillo Baliño

Gobierno

Bibliografía: AGUILAR, *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 69-136; ARELLANO, *Teoría de la Organización*, en OLAMENDI et al., *Léxico de la Política*, México, 2000, pp. 748-752; ARELLANO et al., *Reflexiones finales*, en ARELLANO et al., *Reformando al Gobierno. Una visión del cambio organizacional del cambio gubernamental*, México, 2000, pp. 419-424; CORONILLA, DEL CASTILLO, *El cambio organizacional. Enfoques, conceptos y controversias*, en ARELLANO et al., *Reformando al Gobierno. Una visión del cambio organizacional del cambio gubernamental*, 2000, México pp. 77-136; MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de gobernanza y políticas públicas. Primera parte*, 2009, México; MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas. Segunda parte*, 2009, México; PIERRE, PETERS, *Governance, Politics and the State (Political Analysis)*, London, 2000, pp. 14-27; PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, en *Secuencia*, n. 69, septiembre-diciembre 2007, pp. 163-182; STOKER, *Governance as theory: five propositions*, USA, 1998, pp. 17-28.

ellos - consta de varias organizaciones, cada una con un conjunto establecido de procedimientos y programas estandarizados de acción (Graham, 2000: 138). Para tratar un asunto en alguna circunstancia propia del ejercicio de sus atribuciones, el comportamiento de las organizaciones - y, por consiguiente, del gobierno - está determinado por rutinas establecidas a través de un entramado normativo y un extenso timoneo de redes en acción.

Para el cumplimiento de sus objetivos el Estado debe ejercer su función inherente de gobierno, tarea que involucra que se desplieguen, dentro del andamio organizativo nacional e internacional, las «capacidades del estado/gobierno y las relaciones estado/gobierno-sociedad»⁽¹⁾. Se trata de una tarea compleja que se desarrolla en el tiempo - la

1. Comentario introductor. El gobierno - los gobernantes y quienes coadyuvan con

⁽¹⁾ MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas. Primera parte y Segunda parte*, 2009, México, p. 2.

historia del hombre es el fiel reflejo - y en el espacio - de acuerdo a la jurisdicción que tenga su orden jurídico -.

Su acción se inserta en el reto que actualmente implica la construcción de un proceso de dirección de la sociedad, en el que el gobierno es uno de los agentes del proceso de gobernar pero no el único⁽²⁾, mas ante la transformación de los paradigmas rectores del Estado se ha cuestionado actualmente la forma en la cual ejerce el Estado su poder, ante la insuficiencia directiva del gobierno, lo que ha dado origen a la introducción del tema de la gobernanza, como una alternativa a la idea de gobierno, que explique y oriente la acción estatal.

El concepto gobernanza surge en el contexto de las organizaciones internacionales, considerando que para el Banco mundial implica: a) la forma del régimen político, las instituciones políticas; b) el ejercicio de la autoridad política y la administración de los recursos económicos y sociales de un país para su desarrollo; c) la capacidad del gobierno para diseñar, formular e implementar sus políticas y para cumplir sus funciones; para la OCDE es «la suma de las numerosas maneras como los individuos y las organizaciones públicas y privadas dirigen/manejan sus asuntos comunes»; para el PNUD «es la estructura institucional formal y organizacional del proceso de decisión vinculante del Estado moderno»⁽³⁾. Mas la gobernanza como concepto, no ha alcanzado una definición definitiva; también se le ha entendido como gobierno corporativo, nueva administración pública, buen gobierno, interdependencia internacional, sistema sociocibernético, estructura y proceso, replanteamiento de relaciones del Estado y la sociedad, nueva política económica y como conjunto de redes, además de otros conceptos⁽⁴⁾. Ahora bien, en términos generales, puede

considerársele «el proceso o conjunto de acciones mediante el cual el gobierno dirige o conduce a la sociedad»⁽⁵⁾. Ello implica la necesidad de definir objetivos comunes, aceptación social de las mismas, participación directa o indirecta de la colectividad y la coordinación de las múltiples acciones de los actores sociales, es decir, lo tradicionalmente abarcado en la función de gobierno.

2. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza. Es conveniente comparar a la gobernanza, de acuerdo a sus semejanzas y diferencias con conceptos afines, como son el gobierno y la gobernabilidad (véase Tabela 1).

A partir de lo descrito en el cuadro anterior se observa que en la idea de gobernanza se cuestiona el rol que juega el Estado, para lo cual la descentralización desempeña un papel importante, si bien no debe perderse de vista que la acción estatal - del gobierno - buscará resolver los problemas de ejercicio del poder que se le presenten y, para ello, inevitablemente - al ser un aspecto de lo social - se coordinará con la sociedad - los gobernados - pues solo, no puede ejercer su función directiva.

Es necesario precisar que gobernabilidad no es sinónimo de gobernanza; al respecto se ha señalado que la cuestión de la gobernabilidad consiste en preguntarse sobre las capacidades de gobernar del gobierno, considerando a la sociedad como aquello que ha de ser gobernado y administrado para alcanzar las metas de vigencia efectiva de derechos y de desarrollo⁽⁶⁾. La gobernanza será entonces un proceso directivo de la sociedad en el que el gobierno es un agente integrante del proceso, inserto en el proceso, con un papel significativo y hasta decisivo en determinadas materias, pero que no es el actor único, Así la idea de gobierno se torna incluyente hacia los demás actores sociales en interacción con él.

Entonces, al hablar de gobierno, hay que referirse también a la gobernanza, lo que tiene que ver además con vínculos históricos que

⁽²⁾ MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas*, cit., p. 1.

⁽³⁾ AGUILAR, *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 128 y 129.

⁽⁴⁾ Rhodes, Pierre, Peters, Kooiman, citados por MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas*, cit., p. 11.

⁽⁵⁾ AGUILAR, *Gobernanza y gestión pública*, cit.

⁽⁶⁾ AGUILAR, *Gobernanza y gestión pública*, cit., pp. 69, 70 y 78.

Tabela n. 1

	GOBIERNO	GOBERNABILIDAD	GOBERNANZA
Contenido	Monopolio legítimo de la coacción	Capacidades - como posibilidad de emprender y promover en forma eficiente acciones de interés colectivo - y poderes que se necesitan para ser gobierno; es decir para conducir a una sociedad.	Acciones que acreditan que un gobierno es en realidad un agente efectivamente capaz de conducir a la sociedad - eficaz y eficiente.
Teleología	Dirigida hacia sus objetivos.	Dirigida hacia sus objetivos.	Dirigida hacia sus objetivos.
Desarrollo de la acción estatal	A través del orden jurídico que le da origen y lo faculta a ejercer su imperio.	El Estado funge como agente central y único en la conducción de la sociedad.	Se requieren capacidades, actores y acciones complementarias, que exigen la asociación e interdependencia de redes de actores gubernamentales y sociales (sociedad civil y sector privado)
Estructura de interrelación	Jerarquía	Jerarquía	Coordinación
Flujo de acciones	Vertical	Vertical	Timoneo a través de redes

Fuentes: Construcción propia con base en Méndez, 1999: 7, 8 y 11; y Aguilar, 2007.

han subrayado que la capacidad de dirigir eficaz y eficientemente la dirección de la sociedad por parte del gobierno no ha sido suficiente, por lo cual ha sido necesario incluir a más actores que interactúen con el propio gobierno para dirigir la sociedad con mayor eficiencia.

La gobernanza, por tanto, genera una instancia de gobierno, cuya función especializada consiste en contener el actuar de gobierno y sobredeterminarlo mediante sus actividades para construir la orientación de la sociedad y para mantener la coordinación del conjunto social - el cual está diferenciado entre sí - mediante normas legales, éticas y actividades de gerencia; englobando la acción de gobierno y delimitando el ejercicio gubernativo del gobierno: sus roles, facultades, instrumentos, alcances y su modo de conducirse⁽⁷⁾. En esta concepción, no puede soslayarse que el elemento gobierno asume el nodo central de una red de interacciones, interdependencias y cooperaciones en las que el Estado no está solo; de modo que éste proceso ocurre entre actores gubernamentales, privados y sociales, que están en constante interrelación.

Debe señalarse que otros autores hacen énfasis en la idea de gobernanza a partir de

cinco proposiciones⁽⁸⁾: **1)** Gobernanza se refiere a un conjunto de instituciones y actores que proceden más allá del gobierno. **2)** Gobernanza identifica la difuminación de los límites y responsabilidades para hacer frente a cuestiones sociales y económicas. **3)** Gobernanza identifica el poder de dependencia involucrado en las relaciones entre instituciones involucradas en acción colectiva. **4)** Gobernanza significa redes autónomas autogobernadas de actores. **5)** Gobernanza reconoce que la capacidad de hacer las cosas no descansa en el poder de mando o de gobierno para uso de su autoridad. Visualiza al gobierno como capaz de utilizar nuevas herramientas técnicas para dirigir y guiar.

Previamente a establecer un marco de coincidencias y diferencias entre los conceptos de gobernanza en las posiciones apuntadas es pertinente indicar que la idea de la gobernanza se desarrolla en un contexto de diagnóstico sobre la situación actual del proceso de gobernar en las democracias consolidadas, más debiendo atender esta concepción a la fragmentación del poder, esto es, de la autoridad del Estado y del Gobierno, y, en otro

⁽⁸⁾ STOKER, *Governance as theory: five propositions*, en *International Social Science Journal*, vol. 50, 5, 1998, pp. 17-28.

⁽⁷⁾ AGUILAR, *Gobernanza y gestión pública*, cit., p. 93.

aspecto, al desdibujamiento de las esferas de lo público y lo privado, derivados entre otros fenómenos de la globalización y la emergencia de una sociedad caracterizada por su complejidad, dinamismo y diversidad⁽⁹⁾.

Ahora bien, si bien el gobierno como era entendido hasta hace algunos años, tuvo imprecisiones en su forma de ejercer dicha actividad, la gobernanza puede ser una variante alternativa de relevancia en el trance hacia un modelo mejor estructurado y más enlazado a una relación cooperativa, estrecha, eficiente y eficaz entre las estructuras del propio gobierno y las que conforman redes sociales, siendo que el tránsito del gobierno a la gobernanza se ha caracterizado en gran medida por el grado de participación que en la actualidad mantienen las redes sociales en asuntos que durante tiempo asumió como tarea exclusiva del gobierno.

Es posible considerar que la gran diferencia o una característica fundamental que separa a la idea de gobierno y la de la gobernanza es precisamente el grado de participación, de influencia, de iniciativa social que ahora comparte la sociedad, a través de diversas redes sociales, con el gobierno, en la constante y compleja labor de llevar a cabo un buena conducción social.

Considérese que hasta hace unas décadas el gobierno fue el principal y casi único actor que buscaba cumplir con el papel de dirección de la sociedad en todos sus aspectos, las labores eran demasiadas y los resultados no siempre satisfactorios al no tener la capacidad suficiente de cubrir las demandas de carácter social; razones como la anteriormente citada, dieron lugar a que cada vez más se permitiera la intervención de actores sociales para interactuar conjuntamente con el gobierno con el objetivo de dar una dirección adecuada a la sociedad.

En la actualidad, la fuerza del gobierno radica también en la manera de trazar estrategias que le permitan formar un adecuado canal de comunicación y de acción con otros actores ahora sociales por medio de redes, cuya

finalidad no sea otra que equilibrar la fuerza social, en beneficio de los propios territorios en los cuales tenga lugar la gobernanza.

Debe precisarse que el gobierno no ha dejado de dirigir totalmente, la gobernanza como tal, es un concepto que encierra una participación más activa del sector social en las actividades de gobierno, sin que esto represente un obstáculo a las tareas fundamentales de gobierno.

La gobernanza se manifiesta con mayor claridad a nivel regional, siendo esta el resultado de las interacciones entre actores e instituciones públicas y privadas de todos los niveles, conformando un conjunto relativamente fragmentado de espacios conectados por flujos de actores gubernamentales y no gubernamentales, caracterizados por la ambigüedad entre la esfera pública y privada, la mayor autoorganización de los actores regionales y el uso de instrumentos de coordinación⁽¹⁰⁾ y de timoneo - esto es el dirigir hacia una u otra dirección - a la sociedad en interés colectivo, para lo cual es importante saber qué objetivos puede timonear el gobierno⁽¹¹⁾. El gobierno adicionalmente de cumplir con su función fundamental de ser eje rector de la dirección social en campos de acción estratégicos, debe también coordinar los esfuerzos y las interacciones que se dan con las redes sociales, situaciones que permiten desarrollarse a través de la gobernanza.

3. Del gobierno a la gobernanza. Pensar en el paso de la idea de gobierno - como ejercicio del poder basado en estructuras jerárquicas de control - a la idea de gobernanza - como arte de gobernar por las instituciones que ejercen autoridad en un país timoneando redes de relaciones; a través de políticas eficaces, cooperación y confianza entre los sectores públicos, privados y sociales, atendiendo a las condiciones existentes⁽¹²⁾ - no

⁽¹⁰⁾ PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, en *Secuencia*, n. 69, septiembre-diciembre 2007, p. 168.

⁽¹¹⁾ PIERRE, PETERS, *Governance, Politics and the State (Political Analysis)*, London, 2000, p. 23.

⁽¹²⁾ MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas*, cit., p. 2.

⁽⁹⁾ MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas*, cit., p. 23.

debe verse como resultado necesario de una evolución natural de ambos conceptos; es decir, en forma causalista.

Efectivamente en el Estado moderno existe dispersión de lugares de poder intarrregional, lo cual tiene que ver con la evolución de los equilibrios geopolíticos y económicos y lo que se confirma con el incremento de actores no gubernamentales que toman parte activa en las decisiones de políticas públicas que afectan a gobiernos locales continuos o miembros de una región. Ello, en consecuencia, incrementa el número e importancia de las redes horizontales no jerárquicas⁽¹³⁾. Además, no puede negarse que en algunos Estados, ante su inacción o falta de eficacia, actores públicos y privados asumen acciones relacionadas con el ejercicio del gobierno, ya sea a través de esquemas colaborativos legales o careciendo de ellos.

Sin embargo, a pesar de estas aseveraciones, se estima que la gobernanza no es un nuevo paradigma de políticas públicas; si bien debe reconocerse que poner énfasis - de manera muy particular - en que actualmente existe una gran apertura de las comunidades de política a través de la participación de actores no gubernamentales. De este modo el ejercer la función de gobierno involucra también el *timonear*, al ser el Estado un facilitador más que un mandante jerárquico⁽¹⁴⁾.

Considérese también que, aún y cuando se modifique la idea del ejercicio del poder, este sigue existiendo en el Estado; de modo que gobierno y gobernanza, retratan aspectos de un ejercicio que sigue siendo único, siendo la gobernanza, en mayor medida, sólo un matiz específico de su accionar cuando en el gobierno existe un patrón flexible de toma de decisiones basado en redes de individuos⁽¹⁵⁾.

Ambos conceptos - gobierno y gobernanza - están relacionados; aunque tocan aspectos diferentes. El Gobierno corresponde a

una función del Estado, que para su ejercicio toma diversas tonalidades, propias de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean a la acción humana individual y social. Por ello, aún desde el punto de vista tradicional, el concepto de gobierno pueda cruzar tildados diferentes sin que se desintegre. Además, debe reconocerse que la gobernanza es un concepto que tiene particularidades definidas, estrechamente relacionadas con las interacciones que se tejen entre una multitud de organizaciones, instituciones y actores⁽¹⁶⁾; entre redes interorganizacionales y autoorganizadas caracterizadas por la interdependencia, el intercambio de recursos y reglas de juego y la autonomía del Estado⁽¹⁷⁾. Al respecto, se argumenta que esto no es un factor definitorio de la mudanza del gobierno a la gobernanza, sino sólo la radiografía de lo que ocurre al interior del complejo entramado estatal. Máxime que incluso los factores teleológicos son variados, pues debe reconocerse que en las metas de las diversas redes de organizaciones, ellas y los individuos que las integran, buscan integrar sus propios fines, que en muchas ocasiones son distintos a los fines de las instituciones y actores sociales y políticos⁽¹⁸⁾, mismos que se despliegan en los distintos puntos de contacto de la sociedad civil con los diferentes niveles de gobierno: municipal, estatal y federal; considerando además sus implicaciones internacionales y en un contexto globalizado.

No se pierde de vista el señalamiento de que el paso del gobierno a la gobernanza es consecuencia de la necesidad del gobierno de mejorar sus capacidades para diseñar e implementar políticas, considerando el gobierno por redes requiere *timonear*, navegar y mezclar⁽¹⁹⁾; sin embargo esta posición debe ser cuidadosa, ya que, en todo caso, no se puede establecer una relación de causalidad.

⁽¹³⁾ PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, cit., p. 168.

⁽¹⁴⁾ PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, cit., p. 170.

⁽¹⁵⁾ John, citado por PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, cit., p. 171.

⁽¹⁶⁾ Parsons, citado por MÉNDEZ DE HOYOS, *Guía de teoría de la gobernanza y políticas públicas*, cit., p. 4.

⁽¹⁷⁾ Rhodes, citado por MÉNDEZ DE HOYOS, *idem*.

⁽¹⁸⁾ ARELLANO, *Teoría de la Organización*, en OLAMENDI et al., *Léxico de la Política*, México, 2000, pp. 748-752, espec. p. 750.

⁽¹⁹⁾ Parsons, citado por MÉNDEZ DE HOYOS, *idem*.

Más bien se estima que es un factor que facilita el ejercicio del gobierno.

De esta forma se plantea, en la idea de gobernanza como redes, que el gobierno es traspasado por la sociedad y que se integra a él, con base en sus propios intereses, mostrándose así que hoy se gobierna por redes, más que por jerarquías⁽²⁰⁾. Ante esta postura se reflexiona insistiendo que si bien en el Estado contemporáneo se presentan espacios multiorganizativos de políticas y la conformación de redes de políticas públicas en el ejercicio de la función gobierno, ello corresponde únicamente a particularidades de su acción, más no a elementos de existencia del gobierno. La gobernanza trata entonces, en esta óptica, de elementos de eficacia del gobierno.

Ahora bien, cabe señalar, siguiendo el concepto del Banco Mundial de gobernanza como un conjunto de tradiciones e instituciones por medio de las cuales la autoridad en un país es ejercida, éste no se aleja de la concepción de gobernanza centrada en el Estado, misma que reivindica la visión gubernamental del proceso de gobernar, replanteando los atributos generales de los estados en su interacción con las sociedades y señalando la necesidad de que se adapten ciertas capacidades y se desarrollen otras ante la interacción con la pluralidad de agentes sociales que conviven en el Estado y ante ambientes que, de no alcanzarse consensos, amenazan con la ingobernabilidad.

No se pierde de vista que la gobernanza es un fenómeno complejo, con muchas dimensiones; que van del respeto a la ley al manejo del sector público, de la rendición de cuentas del gobierno a la ciudadanía. De este modo una idea completa de la gobernanza en cada país, solo puede ser obtenida a través de la consulta de un rango muy amplio de medidas (World Bank)⁽²¹⁾ en las que se inserten los esquemas de cooperación que se tienden entre Estado y Sociedad y la idea de gobernanza como arreglo institucional en busca de

eficiencia funcione como una herramienta de evaluación del ejercicio del gobierno⁽²²⁾.

También hay que tener presente que las regiones mantienen entre sus elementos internos relaciones interactuantes⁽²³⁾, lo que hace que su administración se sujete a singularidades; requiriéndose tener un esquema especial de coordinación entre los distintos niveles de autoridades involucradas, a fin de asegurar la complementariedad de sus respectivas políticas - generándose liderazgos no gubernamentales a través de coaliciones público-privadas de corte político, social y económico - y optimizar los recursos gubernamentales y no gubernamentales⁽²⁴⁾.

La dispersión geopolítica y económica, así como de los flujos en la toma de decisiones del Estado, en el cual se trazan redes organizaciones, no es un impedimento para que en él se encuentren todas las piezas de un sólo rompecabezas. Ello ocurre al existir un pacto constitucional fundante - la Constitución - que marca indefectiblemente su figura y alrededor del cual se agrupan y se subordinan todos los sectores de un Estado. No en vano en torno al elemento gobierno Estatal se conserva el monopolio legítimo de la fuerza, o al menos el más contundente.

4. Comentario final. Como se ha visto las posturas sobre la gobernanza implican: a) agrupar a instituciones y actores interdependientes y autónomos -dispuestos dentro y fuera del gobierno (gobierno, redes y actores) - que dirigen su acción *a través de redes colectivas* orientadas hacia sus objetivos, mismos que pueden superar la función de gobierno cómo único medio para obtenerlos y b) un proceso mediante el cual los actores de una sociedad deciden sus objetivos de convivencia - fundamentales y coyunturales - y las formas de coordinarse para realizarlos, lo que implica que la dirección, en acto y potencia,

(20) *Ídem.*

(21) *A decade measuring the quality of governance*, World Bank, en www.govindicators.org, 2006, p. 18, consultada el 25 de junio de 2013.

(22) *Ídem.*

(23) PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, en *Secuencia*, n. 69, septiembre-diciembre 2007, p. 174.

(24) PORRAS, *Teorías de la gobernanza y estudios regionales*, cit., p. 175.

se desarrolle en un escenario de redes. En ambas posiciones la gobernanza se refiere al ejercicio de la función de gobierno del Estado a través de redes interorganizacionales y organizadas en los que se desarrolla la acción asociada de los conjuntos de actores interdependientes públicos y privados que confluyen en el Estado, todos ellos con sus propios intereses; si bien el interés estatal está programáticamente dirigido a través del orden jurídico

que le da sustento y primacía formal. En ello se observa que la forma de entender la relación de ella con el ejercicio del gobierno tiene que llevar a la discusión sobre cómo entender el grado de participación que el Estado y la sociedad desarrollan entre sí, así como en la idea de que la gobernanza implica el tránsito del gobierno a este concepto.

Eber Omar Betanzos Torres

Igualdad ante la ley y no discriminación

Bibliografía: NOGUEIRA ALCALA, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006, p. 806; RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, España, 1995.

1. Introducción. La Carta de los Derechos fundamentales, en su art. 20, recoge el principio de igualdad ante la ley para toda persona. En el art. 21 prohíbe toda discriminación, mencionando casos particulares que se verán más adelante. Los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación se encuentran en el título 3 de la Carta, junto con el resto de los derechos y los principios relacionados con la igualdad⁽¹⁾.

Estos dos principios, en el ámbito nacional, están recogidos en todos los textos de nivel constitucional de los Estados miembros, en cuanto a sus ciudadanos. En lo que se refiere a la realidad internacional, ambos principios se encuentran establecidos en varios textos jurídicos de nivel internacional. Mencionando algunos de ellos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos

humanos y las Libertades Fundamentales⁽²⁾ prohíbe toda discriminación acordando, al mismo tiempo, que debe ser asegurado el goce de los derechos garantizados por el Convenio, sin ninguna distinción⁽³⁾. La Declaración Universal de los derechos Humanos⁽⁴⁾, por otro lado, acuerda la igualdad ante la ley y la igualdad en cuanto a la protección de éste y contra toda discriminación⁽⁵⁾. El Pacto de las Naciones Unidas de

⁽²⁾ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

⁽³⁾ Véase art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, según el cual «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

⁽⁴⁾ Declaración Universal de los derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

⁽⁵⁾ Según el art. 7, de la Declaración Universal de los derechos Humanos: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

⁽¹⁾ Los otros derechos previstos en este título son: la diversidad cultural, religiosa y artística (art. 22), la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23), los derechos del niño (art. 24), los derechos de las personas mayores (art. 25) y la integración de las personas discapacitadas (art. 26).

derechos Civiles y Políticos⁽⁶⁾ y el pacto de las Naciones Unidas de derechos económicos, sociales y culturales⁽⁷⁾, también incluyen el principio de la igualdad ante la ley, prohibiendo todo tipo de discriminación⁽⁸⁾. Es obvio que hablamos, por lo tanto, de principios universales y derechos garantizados y protegidos en todos los niveles y aspectos del sistema jurídico.

2. Igualdad y no discriminación en el ámbito de la Unión Europea. En lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea, de conformidad con los principios de los Tratados y las garantías que ellos suponen, toda persona goza del derecho de igualdad y debe estar protegida contra la discriminación.

En el mismo preámbulo del TUE se hace especial mención a la igualdad, y más adelante cita el respeto de la igualdad como uno de los valores comunes a los Estados miembros,

⁽⁶⁾ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En su art. 26 del Pacto de las Naciones Unidas de derechos Civiles y Político establece que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁽⁷⁾ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976. El Pacto en el art. 2, párrafo 2, menciona que «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁽⁸⁾ En el ámbito internacional no se nos deben olvidar también tres instrumentos jurídicos, claves, para la protección de estos dos principios: la convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y el Convenio n. 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

en los cuales se fundamenta la Unión, indicando la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres como características de la sociedad europea, dando de este modo, la importancia que estos principios cobran en el ámbito de la Unión Europea⁽⁹⁾. En el TUE y en el TFUE, los dos principios se incluyen en varias disposiciones insertas en las diferentes partes de los dos Tratados, haciendo cada vez especial mención a los diferentes tipos de desigualdad y distintos motivos de discriminación, según la materia que se trata⁽¹⁰⁾. Como norma general, se

⁽⁹⁾ El preámbulo del TUE, en el tercer párrafo, acuerda: «Inspirándose en 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, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho». El art. 2 del TUE indica: «La Unión se fundamenta en 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 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».

⁽¹⁰⁾ El art. 3, párrafo 3 del TUE menciona: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño». El art. 9 del TUE relacionado con los principios democráticos refiere «La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla». Según el art. 8 del TFUE, «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». El art. 21 del TUE relativo a la acción exterior de la Unión, establece que «La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional». El art. 18, párrafo 1 del TFUE, indica «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discrimina-

ción por razón de la nacionalidad». En el ámbito de prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, el art. 37 del TFUE establece «Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado». En materia de agricultura y pesca el art. 40 p. 2 del TFUE, menciona entre otros «La organización común deberá limitarse a conseguir los objetivos enunciados en el artículo 39 y deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Unión». En el ámbito de la libre circulación de personas, servicios y capitales, en cuanto a los trabajadores el art. 45 del TFUE indica «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». En cuanto a los transportes, según el art. 95 del TFUE, «Quedan prohibidas, respecto del tráfico dentro de la Unión, las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, para las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transporte diferentes en razón del país de origen o de destino de los productos transportados». En la parte sobre la política social, el art. 153 del TFUE, indica que para conseguir los objetivos relativos a la política social, la Unión debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en varios ámbitos, entre ellos menciona «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo». El art. 157 del TFUE establece la obligación para todos los Estados miembros de garantizar «la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor», indicando en el párrafo siguiente el significado de la «igualdad de retribución». En la parte relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar, el art. 199 entre los objetivos de la asociación refiere «Para las inversiones financiadas por la Unión, la participación en las convocatorias para la adjudicación de obras, servicios y suministros quedará abierta, en igualdad de condiciones, a todas las personas físicas y jurídicas que tengan la nacionalidad de los Estados miembros o de los países y territorios». El art. 200, párrafo 5, menciona «El establecimiento o la modificación de los derechos de aduana que graven las mercancías importadas por los países y territorios no deberá provocar, de hecho o de derecho, una discriminación directa o indirecta entre las importaciones procedentes de los distintos Estados miembros». En cuanto a la ayuda humanitaria, el art. 214, párrafo 2, indica «Las acciones de ayuda humanitaria se llevarán a cabo conforme a los principios del Derecho internacional y a los principios de imparcialidad, neutralidad y no discriminación». El protocolo n. 26 sobre los servicios de interés general entre los valores de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general «incluye un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica,

establece la obligación para la Unión de tratar de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones⁽¹¹⁾. La competencia de adoptar acciones contra la discriminación corresponde al Consejo por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, a través de un procedimiento legislativo especial⁽¹²⁾.

En cuanto al Derecho Derivado, siendo un fin de la Unión evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, basada en aquellos motivos a favor no sólo de los nacionales de los Estados miembros sino también de los nacionales de terceros países, y garantizar a toda persona que vive en la Unión Europea una protección jurídica eficaz, se adoptaron, ya en el año 2000 dos Directivas: La Directiva relativa a la igualdad racial⁽¹³⁾ y la Directiva relativa a la igualdad en materia de empleo⁽¹⁴⁾.

la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios». La Declaración n. 19 relativa al art. 8 del TFUE, acuerda que «La Conferencia conviene en que, en su empeño general por eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre, la Unión tratará en sus distintas políticas de combatir la violencia doméstica en todas sus formas. Es preciso que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas».

⁽¹¹⁾ Véase art. 10 del TFUE. La disposición del art. 10 es relativamente nueva, ya que se ha insertado por el Tratado de Lisboa.

⁽¹²⁾ *Vid.* art. 19, párrafo 1 del TFUE, según el cual, «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

⁽¹³⁾ Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁽¹⁴⁾ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Los conceptos relativos al principio de igualdad de trato y al de la discriminación en sus dos modalidades, directa e indirecta, sin olvidarse del acoso⁽¹⁵⁾ en cuanto a forma de discriminación, vienen desarrollados en las dos Directivas anteriormente mencionadas. De este modo, la primera directiva se refiere a la discriminación por motivos étnicos o raciales, mientras la segunda hace mención a la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. De este modo, se entiende la existencia de discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, por los motivos mencionados con anterioridad⁽¹⁶⁾. Por el contrario, entiende la existencia de discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a personas, respecto de otras personas, sin que esta desventaja se pueda justificar por las excepciones concretas⁽¹⁷⁾, que

indican las dos Directivas⁽¹⁸⁾.

Las dos Directivas indican los ámbitos de aplicación de cada una de ellas⁽¹⁹⁾. La defensa de estos derechos corresponde a los Estados miembros por medio de procedimientos judiciales o administrativos y, en su caso, procedimientos de conciliación; velando porque las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquiera de aquellos procedimientos⁽²⁰⁾. La adopción de las dos Directivas relativas a la discriminación fueron en su momento un gran paso para la consecución del principio de igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que a través de ellas los Estados miembros se vieron obligados a introducir modificaciones en sus legislaciones nacionales, incluso en los países que ya disponían de una legislación antidiscriminatoria elaborada y en varios Estados miembros se han creado nuevos organismos especializados en la materia que dieron un avance consi-

⁽¹⁵⁾ Según las dos Directivas el acoso constituirá discriminación a efectos de las mismas cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en cada una de ellas que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, las dos Directivas prevén, igualmente, la posibilidad, de determinación del concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

⁽¹⁶⁾ *Vid.* art. 2 de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 y art. 2 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, respectivamente.

⁽¹⁷⁾ Según las disposiciones de las dos Directivas no existirá discriminación indirecta cuando dicha disposición, criterio o práctica se pueda justificar objetivamente con una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. Además la Directiva sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación hace especial mención en el caso de las personas con una discapacidad determinada, estableciendo la obligación para el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique la Directiva, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en la misma Directiva para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

⁽¹⁸⁾ No obstante lo anterior, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en aquellos motivos no tenga carácter discriminatorio cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

⁽¹⁹⁾ Las dos Directivas relativas a la discriminación tienen aplicación en lo que se refiere a: las condiciones de acceso al empleo y las actividades por cuenta propia; las condiciones de trabajo, incluyendo la promoción, la remuneración y el despido; la formación profesional; la participación en las organizaciones patronales y sindicales, así como en cualquier organización profesional; La Directiva 2000/43/CE, en su ámbito de aplicación, menciona, también, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, la educación, las ventajas sociales y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

⁽²⁰⁾ Es tal la importancia de la defensa de estos derechos que los Estados miembros deben procurar que sea la parte demandada quien pruebe que no ha existido ninguna vulneración (inversión de la carga de la prueba), si bien corresponderá a la parte demandante probar que pertenece a uno de los grupos especialmente protegidos por la Directiva (véase art. 8 de la Directiva 2000/43/CE y art. 10 de la Directiva 2000/78/CE).

derable a la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación⁽²¹⁾.

3. Igualdad y no discriminación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluye el principio de la igualdad ante la ley para toda persona. Como se ha mencionado con anterioridad, se trata de un principio general de Derecho reconocido tanto a nivel nacional por las constituciones de los Estados miembros, como a nivel internacional, ya que se incluye en varios textos jurídicos internacionales y en nivel europeo el principio general de igualdad se menciona en los Tratados, siendo que, además, el Tribunal de Justicia⁽²²⁾ ya lo había declarado como un principio fundamental del Derecho comunitario⁽²³⁾.

El principio general de igualdad obliga a que «no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado»⁽²⁴⁾.

Como escribe Rubio Llorente, la igualdad ante la ley, en especial, como principio fundamental de derecho «obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos

que se encuentran en la misma situación sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas»⁽²⁵⁾.

El principio de no discriminación, por otro lado, está acordado en el art. 21 de la Carta, el cual prohíbe toda discriminación, haciendo especial referencia a la discriminación por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Observamos, que, el art. 21 de la Carta es una afirmación del compromiso de la Unión en cuanto al principio de no discriminación. Es bastante parecido al art. 10 del TFUE relativo a la prohibición de discriminación en la Unión Europea, ya que alude a los seis motivos de discriminación mencionados en el art. 10, pero los completa incluyendo siete motivos suplementarios: El origen social, las características genéticas, la lengua, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio y el nacimiento⁽²⁶⁾.

La prohibición de discriminación, en realidad es la expresión específica del principio general de igualdad⁽²⁷⁾, el cual, como se ha mencionado con anterioridad, forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario.

El párrafo segundo del art. 21 repite la disposición del art. 18 apartado 1 del TFUE, por lo tanto, según las disposiciones generales

⁽²¹⁾ Vid. en la síntesis de la legislación de la Unión Europea, la parte relacionada con la igualdad y no discriminación, disponible en la página WEB oficial de la Unión Europea: <http://europa.eu/>. Véase, igualmente en la síntesis de la legislación de la Unión Europea, la parte relacionada con la Igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico, disponible en la página WEB oficial de la Unión Europea: <http://europa.eu/> y la síntesis de la legislación de la Unión Europea, relativa a la Igualdad de trato en materia de empleo y de ocupación, disponible en la página WEB oficial de la Unión Europea: <http://europa.eu/>.

⁽²²⁾ Vid. Tribunal de justicia CE, 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto 283/83, en *Rec.* 1984, p. 3791; Id., 17 de abril de 1997, asunto *cEARL*, en *Rec.* 1997, p. I-1961, y Id., 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, *Karlsson*, en *Rec.* 2000, p. 2737.

⁽²³⁾ Véase art. 20 de las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE, 2007/C 303/02, de 14.12.2007.

⁽²⁴⁾ Véase Tribunal de justicia CE, 20 de septiembre de 1988, *España v. Consejo*, 203/86, en *Rec.* 1988, p. 4563, apartado 25.

⁽²⁵⁾ Vid. RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, España, 1995, p. 166, citado en el artículo de NOGUEIRA ALCALÁ, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006, p. 806.

⁽²⁶⁾ Véase, también, síntesis de la legislación de la Unión Europea, Igualdad y no discriminación en la Unión Europea, disponible en la página WEB oficial de la Unión Europea: <http://europa.eu/>.

⁽²⁷⁾ Vid. Tribunal de justicia CE, 17 de abril de 1997, asunto *c, EARL*, en *Rec.* 1997, p. I-1961, apartado 35.

que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta debe aplicarse de acuerdo con este último⁽²⁸⁾.

En lo que se refiere a los sujetos de los principios de igualdad y de no discriminación, la Carta garantiza esos dos principios a toda persona, y no solamente a los nacionales de los Estados miembros o a los residentes en la Unión. Sin embargo, no se nos debe olvidar el ámbito de aplicación de la Carta, determinado por el art. 51 de la misma. La obligación de respetar estos dos principios fundamentales de derecho, en lo que se refiere a la Carta, se limita a imponerse a las Instituciones, los órganos y los organismos⁽²⁹⁾ de la Unión Europea, en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados y, a los Estados miembros, solamente cuando aplican el Derecho de la Unión Europea⁽³⁰⁾, y siempre con respeto al

principio de subsidiariedad.

La mención de estos dos principios en la Carta, de ninguna manera no implica una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de las competencias y las funciones de la Unión Europea, atribuidas por los Tratados.

Además, no se nos debe olvidar que, en la medida en la que estos principios coinciden con normas del CEDH, como se ha mencionado con anterioridad, se aplican de acuerdo con éste.

Por último, hay que mencionar la excepción que incluye el Protocolo Número 30, en cuanto a la vinculación jurídica de la Carta para Polonia y para el Reino Unido, que se refiere a todo el contenido de la Carta. Según dicho Protocolo, estos dos Estados están exentos de la vinculación jurídica de la Carta. La misma excepción es acordada para la República Checa en la próxima reforma de los Tratados. Son para destacar las consecuencias que va a tener esta excepción en el ámbito de la Unión Europea y las garantías de protección de los derechos reconocidos en la Carta en dicho ámbito, para estos Estados.

*Carlos Francisco Molina del Pozo
Chrysoula Archontaki*

⁽²⁸⁾ Vid. también art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁽²⁹⁾ Según, las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, los términos «órganos y organismos» se refieren a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho Derivado. Véase, DOUE, 2007/C 303/02, de 14 de diciembre de 2007 Explicación relativa al art. 51. Documento disponible en el sitio WEB oficial de EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁽³⁰⁾ Véase, Tribunal de justicia (Sala primera), 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96, Cuestión Prejudicial, *Daniele Annibaldi y Sindaco del Comune di Guidonia, Presidente Regione Lazio*, apartado 13: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta también (véase, en particular, la sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95, en Rec. 1997, p. I-2629, apartado 15) que, desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por

el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, tal como están expresados, en particular, en el Convenio. Por el contrario, el Tribunal de Justicia carece de dicha competencia en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario».

Indemnización expropiatoria (Roma, Europa, América Latina)

Bibliografia: COMPORI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo* (Nota a: Corte europea diritti uomo, 29 luglio 2004, *Scordino v. Italia*), in *Riv. giur. edilizia*, 48, 2005, I; CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; CRIFÒ, *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, in *Menschenrechte und europäische Identität - Die antiken Grundlagen* (herausg Girardet, Nortmann), Stuttgart, 2005, DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4, 2011; DEL VECCHIO CAPOTOSTI, *L'influenza extraeuropea del diritto europeo*, in SALVI (coord.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012; DE ROBERTIS, *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Bari, 1936; DILIBERTO, *Il diritto di proprietà, estensione e limiti. Dal diritto romano ai codici contemporanei*, in *Roma e America*, 28, 2009; FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, 1968 (rist. ed. Paris, 1827); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 15ª ed., Cizur Menor, Navarra, 2012; GASPARRI, «Il punto logico di partenza». *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2004; GIUFFRÉ, *L'auspicata reintegrazione patrimoniale piena per i beni espropriati*, in *Esperienze romane e moderne*, Napoli, 2013; LACCHE, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, 1995; LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e- XV^e siècles)*, Strasbourg, 1996; LOZANO CORBI, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común*, in *el derecho romano*, Zaragoza, 1994; LOZANO CORBI, *Expropiación forzosa en el Derecho Romano*, in *Derecho administrativo histórico* (dir. A. Fernández de Buján), Santiago de Compostela, 2005; MANNORI, *Per una «preistoria» della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19, 1990; MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, in *Vv.AA., Wissenschaft und Recht*

der Verwaltung seit dem Ancien Régime (herausg. E. Volkmar Heyen), Frankfurt am Main, 1984; MESTRE, *L'expropriation face à la propriété (du Moyen Age au Code Civil)*, in *Droits*, 1, 1985; MIRATE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto*, in ROLLA (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010; MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 52, 2007; NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1940; NICOLINI, *voce Espropriazione per pubblica utilità*. a) *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966; OTEIZA, *La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio*, in BESSO, CHIARLONI (coord.), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012; PACHECO, *La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII-XIX)*, in *Initium*, 3, 1998; PITINO, *Diritto vivente versus diritto vigente: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nelle sentenze della Corte di Cassazione italiana*, in ROLLA (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010; PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in VACCA (coord.), *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007; RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e dir. privato*, 2010; RAMPULLA, *I presupposti dell'espropriazione per utilità generale*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2008; RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*, in *Rev. de administración pública*, 177, 2008; RODRIGUEZ LÓPEZ, *La licencia urbanística y el derecho de sobreeedificación (CTh. 15,1,50)*, in FERNÁNDEZ DE BUJÁN, GEREZ KRAEMER, MALAVÉ OSUNA (coed.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Madrid, 2011; ROZO ACUÑA, *Il costituzionalismo in vigore nei paesi dell'America Latina*, Torino, 2012; SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e uni-*

ficazione del diritto, en *Roma e America*, 24, 2007; SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. II. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Lezioni, Torino, 2003; TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione, in Europa e dir. privato*, 2009; TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, en ÁLVAREZ, CIPPITANI (coord.), *Derechos individuales e integración regional (Antología)*, Roma-Perugia-México, 2013; VOET, *Commento alle Pandette*, Venezia, 1846.

1. La experiencia romana, a la luz de las fuentes jurídicas.

Las fuentes jurídicas romanas no prueban la existencia de una disciplina general con respecto a la expropiación, y ni siquiera atestiguan normas de gran alcance sobre el criterio para calcular la compensación debida (mejor dicho, el precio) a las personas que sufren la pérdida de un bien por razones de utilidad pública, como resultado de una venta forzosa⁽¹⁾. Además, faltan disposiciones generales sobre el momento del pago del precio, que puedan aludir al principio de indemnización «previa»⁽²⁾.

Se puede afirmar, sin embargo, que durante el intervalo de tiempo en el cual se encuentran disposiciones específicas referidas a la expropiación, constantemente se requiere que la determinación del precio del bien no sea una expresión de la voluntad arbitraria de la autoridad pública que compra, sino más bien una expresión de su discrecionalidad marcada por criterios externos - como el

arbitratus boni viri (para los bienes muebles, véase el senadoconsulto del año 11 a.C., en Front., *De aq.*, cap. 125), o la «conveniencia» del *pretium* (para los inmuebles, véase C.Th.15.1.53, del año 425 d.C., donde se califica el *pretium* como «*competens*») - sin duda sensibles a la entidad del sacrificio económico a cargo del vendedor. En el caso de la *coemptio* (la compra forzosa de alimentos muy practicada en el Bajo Imperio) las constituciones imperiales hacen referencia expresa al precio de mercado (C.Th.11.15.2, a. 384 d.C.; C.10.27.2.1, a. 498 [?] d.C.; C.10.27.3.1 [época de Anastasio]; *Pragm. sanct. pro pet. Vig.*, cap. 18, a. 554 d.C.)⁽³⁾.

De hecho, tal clara orientación puede ser entendida como un corolario de un principio más general, en base al cual la actuación pública debe respetar en general los derechos de los particulares («*sine iniuria privatorum*»⁽⁴⁾). La experiencia romana parece aproximarse a las más recientes sensibilidades jurídicas en Europa como en América Latina, donde se puede constatar, a propósito de la indemnización expropiatoria, una renovada atención al derecho de propiedad, que está incluido entre los derechos fundamentales de la persona humana⁽⁵⁾.

Eso en detrimento de la función social de la propiedad, que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales (Alemania, Italia, España) constituye una limitación considerable de nivel constitucional para el derecho en cuestión.

⁽¹⁾ Comparar LOZANO CORBI, *Expropiación forzosa en el derecho romano*, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN (dir.), *Derecho administrativo histórico*, Santiago de Compostela, 2005, p. 277; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 15a ed., Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 262; TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, en ÁLVAREZ, CIPPITANI (coord.), *Derechos individuales e Integración regional (Antología)*, Perugia-Città del Mexico, 2013, notas 5 y 15; sobre las particularidades de Nov. lust. 7.2.1 (535 d.C.), única disposición donde se reconoce un poder de expropiación de carácter general, véase *ib.*, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2, nota 34.

⁽²⁾ Al respecto véase TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 3, nota 49.

⁽³⁾ Véase difusamente TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2; a un «*pretium competens*» se hace referencia también en una disposición del rey Teodorico (Italia ostrogoda, inicio del VI siglo d.C.) en base a la cual se quería comprar la madera de los *Frolivenses* (véase Cass., *Var.* 4.8, ed. Mommsen, 118).

⁽⁴⁾ Véanse las fuentes, en las cuales se pueden encontrar esta locución u otras parecidas, en TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2, nota 20.

⁽⁵⁾ Lo que no pasaba en la experiencia jurídica romana: véase PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, en VACCA (coord.), *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007, p. 124 ss; CRIFÒ, *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, en *Menschenrechte und europäische Identität - Die antiken Grundlagen* (herausg. Girardet, Nortmann), Stuttgart, 2005, p. 255.

La experiencia romana es interesante, sin embargo, por otro aspecto que vale la pena destacar, es decir la gran variedad de formas de compensación, distintas del pago de una suma de dinero, que manifiesta una actitud muy pragmática en el campo de la disciplina de la actuación administrativa. Así que se puede satisfacer al vendedor obligado mediante permuta⁽⁶⁾, otorgamiento de derechos similares al derecho de superficie⁽⁷⁾, adquisición de situaciones complejas que constan no sólo de derechos (de uso), sino también de obligaciones (de mantenimiento)⁽⁸⁾.

2. Derecho medieval y moderno (hasta las Constituciones). En el derecho medieval⁽⁹⁾, por consiguiente mucho antes que surgiera en la mente de los iusnaturalistas (y en particular de Grotius)⁽¹⁰⁾, se consideraba, aunque

con fluctuaciones determinadas por la especificidad de la autoridad expropiante⁽¹¹⁾, que la cesión de los bienes expropiados debía estar relacionada de manera sinalagmática con el pago de un precio con dinero público. Ya que, por razones de justicia distributiva, el daño de uno, justificado por una causa de utilidad pública, debía ser compartido por todos los miembros de la comunidad⁽¹²⁾.

Los intérpretes medievales llegan a tal opinión, elaborando las fuentes romanas que, efectivamente, se refieren a casos de expropiación (o limitación del derecho de propiedad) muy especiales y sin relación con la experiencia actual, y en los cuales, desde nuestro punto de vista, no siempre es fácil vislumbrar una utilidad pública⁽¹³⁾.

Siempre sobre la base de las fuentes romanas se construye el principio de «pago previo del precio»⁽¹⁴⁾, que encontramos (en atención a

⁽⁶⁾ Véase Nov. Iust. 7.2.1 (535 d.C.); LOZANO CORBI, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, Zaragoza, 1994, p.103 ss; TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2.

⁽⁷⁾ Véase C.Th.15.1.50 (412 d.C.); RODRIGUEZ LÓPEZ, *La licencia urbanística y el derecho de sobreedificación (C.Th. 15,1,50)*, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, GEREZ KRAEMER, MALAVÉ OSUNA (COED.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Madrid, 2011, p. 393 ss; TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2.

⁽⁸⁾ Véase C.Th.15.1.51 (413 d.C.); DE ROBERTIS, *La espropriazione per pubblica utilità nel Diritto Romano*, Bari, 1936, p. 191 ss.; TRISCIUOGGIO, *Sobre la indemnización expropiatoria (pretium emptio) en la experiencia romana*, cit., § 2.

⁽⁹⁾ La falta de un instituto de la expropiación orgánicamente disciplinado se puede observar (por lo menos hasta el trabajo de Bártolo de Sassoferrato) incluso con referencia a la experiencia jurídica de la edad intermedia, en la cual, sin embargo, se hallan normas específicas que disponen adquisiciones forzosas: véase NICOLINI, voz *Espropriazione per pubblica utilità*. a) *Premessa storica*, en *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 805.

⁽¹⁰⁾ Destaca el punto NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1940, p. 314 nota 1; sobre la teoría de Grotius del *dominium* (o del *jus eminens* del soberano sobre los bienes de los súbditos, véase MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, en *Vv.AA., Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime* (herausg. Volkmar Heyen), Frankfurt am Main, 1984, p. 36; Id., *L'expropriation*

face a la propriété (du Moyen Age au Code Civil), en *Droits*, 1, 1985, p. 59; LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, 1995, p. 10.

⁽¹¹⁾ Véase a propósito de las expropiaciones establecidas por el emperador, distintas de las ordenadas por la *civitas*, el pensamiento de Alberico de Rosate del cual habla NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, cit., p. 324 ss.

⁽¹²⁾ Sobre esa *ratio*, véase NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, cit., p. 311 ss.

⁽¹³⁾ Véase C.7.13.2 (expropiación del esclavo para premiarlo); D.11.7.12 (constitución coactiva de un *iter ad sepulchrum*); NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, cit., p. 319 ss.; MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, cit., p. 33; MANNORI, *Per una «preistoria» della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19, 1990, p. 457 ss.; MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 30 nota 19. Cuando VOET, *Comento alle Pandette*, Venezia, 1846 - vol. I, 1.4.7, 65 nota 4 - admite que el *princeps* pueda expropiar al particular por necesidad o utilidad pública, «*dummodo (...) aequivalens detur, quod rei vel juris ademti vices rependat, et quam parcissime diminuatur domini jus*», se basa también en D.8.4.13.1.

⁽¹⁴⁾ Véase NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, cit., p. 322 ss.

la indemnización) en muchas constituciones de América Latina (véase más adelante), si bien es arduo reconocerlo, como ya manifestado con anterioridad, con respecto a la experiencia romana; por otra parte, además de los juristas medievales, también la legislación estatutaria medieval reconoce dicha regla, la relativa al *tempus solutionis*⁽¹⁵⁾.

El principio de que la adquisición forzosa de un bien privado por razones de utilidad pública requiere el pago de la indemnización, se consolidó a partir del final del siglo XVIII, en las cartas fundamentales de los derechos⁽¹⁶⁾, en las constituciones⁽¹⁷⁾, en los códigos civiles⁽¹⁸⁾ y en las leyes especiales, apoyándose en una destacada doctrina⁽¹⁹⁾. Sobre todo en

las normas del siglo XIX, es frecuente la previsión (a beneficio del expropiado) que el pago tiene que ser «justo» y «anticipado»⁽²⁰⁾.

También en relación con los criterios para la determinación de la indemnización, es posible detectar, sin duda alguna, un condicionamiento ejercitado por la experiencia romana sobre la medieval. En España, por ejemplo, en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (mitad del siglo XIII) se recupera - P.2.1.2 - aquel *arbitratus del bonus vir* al cual hacía referencia el senadoconsulto del 11 a.C. mencionado por Frontino⁽²¹⁾, criterio elástico que se encuentra

⁽¹⁵⁾ Véase en Italia, NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, cit., pp. 313 y 322; en Francia, LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIIe- XVe siècles)*, Strasbourg, 1996, p. 426.

⁽¹⁶⁾ Véase el art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) que establece el requisito de la «juste et préalable indemnité»; a propósito, MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, cit., p. 38 nota 40.

⁽¹⁷⁾ A propósito de las constituciones francesas (años 1795-1848), véase LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, cit., p. 422; con respecto a Italia, véase art. 29, Statuto albertino (1848), art. 42.3, Const. (1948); con respecto a Alemania, véase art. 14.3, Grundgesetz (1949); en atención a España, art. 33.3, Const. (1978).

⁽¹⁸⁾ Véase art. 545 código civil franc., sobre el cual LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, cit., p. 424 nota 15; art. 438 código civil ital. de 1865; art. 834 código civil ital. de 1942; art. 349 código civil esp. de 1889.

⁽¹⁹⁾ Retorna en Portalis, en el debate sobre el proyecto del código civil francés (del 17 de enero de 1804), la argumentación, ya de la Edad Media (*supra*, nota 12), según la cual el pago de la indemnización de expropiación se justifica con la oportunidad de redistribuir entre todos los ciudadanos beneficiarios de la actuación pública el sacrificio económico soportado por uno de ellos: «(...) mais le principe de l'indemnité due au citoyen dont on prend la propriété est vrai dans tous les cas sans exception. Les charges de l'État doivent être supportées avec égalité et dans une juste proportion. Or, toute égalité, toute proportion serait détruite, si un seul ou quelques-uns pouvaient jamais être soumis à faire des sacrifices auxquels les autres ci-

toyens ne contribueraient pas» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, 1968 (rist. ed. Paris, 1827, t. XI, 121); véase también MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, cit., p. 38; LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, cit., p. 421 ss.

⁽²⁰⁾ El prevalecer de la concepción solidaria de la propiedad (su «función social») en algunos Estados europeos ha disminuido las garantías, establecidas en el siglo XIX para los propietarios, según las cuales la indemnización tenía que ser «pagada con anticipo» y «justa». Véase, por ejemplo, la diferente formulación de la Const. esp. (art. 33.3) con respecto al art. 349 del código civil esp.; al respecto, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*, en *Rev. de administración pública*, 177, 2008, p. 188; en Italia, es fácil encontrar una tendencia similar si comparamos los arts. de los códigos civiles (de 1865 y de 1942) de inspiración francesa (véase *supra*, nota 18) con el art. 42.3 de la constitución del 1948: véase sobre el tema las observaciones teóricas de GASPARRI, «*Il punto logico di partenza. Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*», Milano, 2004, p. 828 ss.; además, RAMPULLA, *I presupposti dell'espropriazione per utilità generale*, en *Il diritto dell'economia*, 2, 2008, p. 310 ss. En otras (más numerosas) constituciones europeas, sin embargo, la posición del propietario se ve más protegida, pues se prescribe que la indemnización debe ser «justa» (Francia, Portugal, Finlandia), «completa» (Dinamarca, Grecia), «total» (Países Bajos), «ecua y preventiva» (Bélgica): véanse las normas constitucionales consideradas por COMPORTI, *Nota a: Corte europea diritti uomo*, 29 luglio 2004, *Scordino c. Italia. La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, en *Riv. giur. edilizia*, 48, 2005, I, p. 15.

⁽²¹⁾ Véase *supra*, § 1. Sobre P.2.1.2 véase PACHECO, *La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII-XIX)*, en *InInitium*, 3, 1998, p. 387 ss. y nota 13.

todavía en la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 172.10)⁽²²⁾; por otro lado, se prevé expresamente la posibilidad de la permuta en lugar del pago del precio (P.3.18.31)⁽²³⁾. Al mismo tiempo comienza a tenerse en cuenta, en el cálculo de la indemnización, además del elemento principal constituido por el valor real del bien⁽²⁴⁾, incluso otros elementos secundarios, como el retraso en el pago de la indemnización, la depreciación de la parte del suelo que el expropiado mantiene como suya, los gastos incurridos con relación a esa parte, el valor de afección⁽²⁵⁾.

3. Derecho europeo. El derecho europeo actual que emerge de las fuentes supranacionales conciliadoras - tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante «CEDH»), según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Tratado de Niza), en particular el art. 17.1⁽²⁶⁾ - manifiesta una clara ten-

dencia hacia un retorno a los principios liberales del siglo XIX, que tienen sus raíces en la Revolución Francesa, marcados por una fuerte correlación entre propiedad y libertad⁽²⁷⁾.

La propiedad entra en la categoría de los derechos humanos fundamentales, perdiendo la naturaleza de derecho patrimonial, disminuyendo considerablemente su componente de solidaridad, es decir la función social que es reconocida por muchas constituciones europeas (Alemania, Italia, España)⁽²⁸⁾. Este cambio impuesto por las fuentes supranacionales posee, evidentemente, consecuencias incluso sobre el *an* y el *quantum* de la indemnización en caso de expropiación, un problema que puede ser solucionado a la luz del art. 1, Protocolo 1 CEDH.

En este Protocolo de la Convención se establece, entre otras cosas, que: **1)** cualquier persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes, y **2)** nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

⁽²²⁾ «(...) a bien vista de hombres buenos»; véase PACHECO, *La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII-XIX)*, cit., p. 416 ss.

⁽²³⁾ PACHECO, *La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII-XIX)*, cit., p. 388, y nota 14. Por el derecho romano véase *supra*, § 1 nota 6.

⁽²⁴⁾ Véase (Francia del siglo XIX) LACCHE, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, cit., p. 429 ss.

⁽²⁵⁾ Véase, también con referencia a Francia del siglo XIX, LACCHE, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, cit., p. 426 ss., p. 431; además véase MESTRE, *L'expropriation face a la propriété (du Moyen Age au Code Civil)*, cit., p. 60. Por lo que se refiere a las legislaciones estatales modernas, se pueden encontrar disposiciones que incluyen en la indemnización el valor de afección del bien: véase el «premio de afección» en España: Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 diciembre de 1954, art. 47.

⁽²⁶⁾ Según esa disposición «Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida». Con la expresión «justa indemnización» el art. 17 de la Carta parece seguir los principios expresados en la mayoría de las constituciones europeas, a las cuales se hace referencia *supra*, nota 20. Después la entrada en vigor del Tratado de

Lisboa esa disposición obtuvo valor vinculante: véase con más amplia referencia a la Carta de los derechos fundamentales, para todos, PITINO, *Diritto vivente versus diritto vigente: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nelle sentenze della Corte di Cassazione italiana*, en ROLLA (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 399.

⁽²⁷⁾ Véase DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 4, 2011, p. 24 ss., en particular p. 28 ss.; además, RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*, cit., p. 165 ss.; RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli, in Europa e diritto privato*, 2010, p. 879 ss. Sobre la construcción de tal enlace entre libertad y propiedad a partir de Locke véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2003, p. 268 ss.; libertad y propiedad están disociadas en la experiencia romana: véase DILIBERTO, *Il diritto di proprietà, estensione e limiti. Dal diritto romano ai codici contemporanei*, en *Roma e America*, 28, 2009, p. 68.

⁽²⁸⁾ Véase a propósito CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 156 ss.; RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit., p. 881 ss.

Cuando se interpreta «los principios generales del derecho internacional» se remite a las normas consuetudinarias relativas a la propiedad de extranjeros, las cuales exigen la obligación de indemnización en caso de expropiación⁽²⁹⁾. Por otra parte, siempre según el Protocolo 1, el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que la indemnización debe ser «razonable», es decir, de manera que garantice un justo equilibrio entre los intereses en conflicto (públicos y privados), y por lo tanto que tienda al valor de mercado de los bienes expropiados⁽³⁰⁾.

4. Derecho latinoamericano. El proceso de integración del derecho en América Latina, ya facilitado por la existencia de un subsistema basado en el derecho romano que incluye evidentemente también el derecho de propiedad y sus limitaciones⁽³¹⁾, sin duda ha acelerado, recientemente, gracias al trabajo de los Tribunales supranacionales.

⁽²⁹⁾ Véase CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, cit., p.185; TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, en *Europa e diritto privato*, 2009, p. 1029 ss. Se requiere a *prompt, adequate and effective compensation*; véase, por último, MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, en *Giur. cost.*, 52, 2007, p. 3532.

⁽³⁰⁾ De hecho, la razonabilidad, como criterio elástico que deja un margen amplio de discrecionalidad a los Estados, excluye en cualquier caso, según la Corte, un reconocimiento constante del valor venal del bien y pagos muy diferidos con respecto al acto de expropiación; sobre el punto véase CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, cit., p. 186 ss.; también, TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., p.1032 ss., p. 1042 (con referencia a la sentencia n. 348/2007 de la «Corte Costituzionale italiana»), p. 1048. Sobre la adhesión de la jurisprudencia de la «Corte di Cassazione italiana» a los principios de la Corte de Estrasburgo véase MIRATE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto*, en ROLLA (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 348 ss.

⁽³¹⁾ Sobre el subsistema jurídico latinoamericano, incluso en el sistema jurídico romanístico y connotado por un más intenso «romanismo» según el jurista brasileño Clovis Beviláqua, véase SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, en *Roma e America*, 24, 2007, en particular p. 7 ss.

En cuanto al tema de la indemnización en caso de expropiación, muy importante es la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito de la actividad interpretativa de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que, como es bien sabido, se ha desarrollado siguiendo el modelo de la CEDH⁽³²⁾. Esa Convención, en el art. 21.2, establece: «Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».

Si nos fijamos en la interpretación de este artículo, dada recientemente por la Corte Interamericana, es posible captar un manifiesto condicionamiento sobre el plano de los principios generales ejercitado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, citada explícitamente y con frecuencia, en la medida en que se solicite que el cálculo de la compensación deba adoptar como parámetro de referencia el valor comercial del bien⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Recientemente OTEIZA, *La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio*, en BESSO, CHIARLONI (coord.), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, p. 45 y p. 48 ss., ha destacado que, a pesar del modelo común, América Latina ha tenido una evolución diferente que Europa por lo que se refiere a la protección judicial de los derechos humanos, siendo diferente el contexto político, económico, social y cultural. Por otro lado, las reglas de acceso a la Corte Interamericana de los Derechos son más estrictas que las de la Corte de Estrasburgo, a la cual pueden acudir directamente los ciudadanos, sin algún filtro: véase OTEIZA, *La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio*, cit., p. 47.

⁽³³⁾ Véase el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (sentencia del 2008, par. 98): «La Corte estima que, en casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular (...)». Ha destacado recientemente dicho condicionamiento (con respecto a una segunda sentencia, del 2011, de la Corte interamericana relativa al mismo caso) DEL VECCHIO CAPOTOSTI, *L'influenza extraeuropea del diritto europeo*, en SALVI (coord.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, p.72.

El criterio adoptado por la Corte Interamericana, por su parte, está conforme con muchas constituciones de Estados de América Latina, que a pesar de que a menudo reconocen la función social de la propiedad, no dejan de establecer la obligación de pago de

la indemnización, en muchos casos calificada como «justa» y «previa», lo que demuestra un cierto respeto por la posición del propietario ⁽³⁴⁾.

Andrea Triscioglio

⁽³⁴⁾ Véanse art. 17, Const. Argentina: «La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser (...) previamente indemnizada»; art. 5.24, Const. Brasil: «a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro»; art. 19.24, Const. Chile: «El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización (...)»; art. 58, Const. Colombia: «Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante (...) indemnización previa»; art. 45, Const. Costa Rica: «La propiedad es

inviolable a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley»; art. 70, Const. Perú: «A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio»; art. 115, Const. Venezuela: «Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes (...)»; art. 323, Const. Ecuador: «(...) las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago (...)». Un examen histórico-comparativo de las constituciones de Latinoamérica se puede leer hoy en ROZO ACUNA, *Il costituzionalismo in vigore nei paesi dell'America Latina*, Torino, 2012, *passim*.

Informática jurídica

Bibliografía: SANTAMARÍA RAMOS, *El encargado independiente: figura clave para un nuevo derecho de protección de datos*, Madrid, 2011; SUÑE LLINÁS, *El agotamiento del Sistema Español de Protección de Datos Personales: posibles alternativas*. En la obra colectiva, coordinada por SUÑE LLINÁS, YUSTE, *Derecho informático, electrónico y de las comunicaciones. Actas de la IIª Convención Internacional de Derecho Informático, Convención del Principado de Asturias*, Madrid, 2009, p. CIID; SUÑE LLINÁS, *La protección de datos personales en internet*, en SUÑE LLINÁS (COORD.), *Il congreso mundial de derecho informático*, Madrid, 2000, p. 8; SUÑE LLINÁS, *La protección de datos personales y el Registro de Ficheros*, en VV.AA., *Estudios sobre comunidades autónomas y protección de datos personales. Il encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid, 2006, pp. 247-251; SUÑE LLINÁS, *Marco Jurídico del Tratamiento*

de Datos Personales en la Unión Europea y en España, en VV.AA., *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pp. 245-274; SUÑE LLINÁS, SANTAMARÍA, *Comentario al artículo 43: responsables y encargados del tratamiento*, en VV.AA., *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos*, Madrid, 2010.

1. Concepto de informática jurídica y sus grandes vertientes. La Informática jurídica consiste en la aplicación de los ordenadores electrónicos orientada a la resolución de problemas jurídicos, o al menos específicos de los profesionales del Derecho. Afortunadamente he podido mantener, al igual que sucede con la voz *Derecho de la Informática*, que me ha correspondido desarrollar en esta misma obra, la definición que diera en una fecha ya tan lejana como 1986,

en mi artículo *Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho de la Informática*, publicado en el Monográfico n. 12 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: *Informática y Derecho*, que me correspondió coordinar.

La definición que se acaba de dar, apunta hacia varias cuestiones iniciales, que inmediatamente paso a perfilar.

En primer término, la Informática Jurídica está *orientada* a la resolución de problemas jurídicos, y no tanto a resolverlos directamente. Ello es así incluso ante la posibilidad técnica - que existir, existe desde hace tiempo - de que se desarrollen sistemas decisionales en el ámbito jurídico, pues lo más razonable, aparte de coherente con la dignidad de la persona y los Derechos Humanos en general, no es que los sistemas *inteligentes* decidan por sí mismos sobre cuestiones jurídicas, sino que se empleen como herramientas muy sofisticadas de apoyo lógico a una decisión, que debe seguir siendo humana.

1.1. Sistemas expertos jurídicos. De lo anterior se desprende que ya se ha apuntado a la primera de las tres vertientes *clásicas* de la Informática Jurídica, aunque también la menos desarrollada, que es la Inteligencia Artificial aplicada al Derecho, o por decirlo con una expresión más al uso, los *sistemas expertos jurídicos*, materia sobre la que hace ya casi veinte años dirigí la Tesis Doctoral que presenté, en la Universidad Complutense de Madrid, Nuria Cuadrado Gamarra, que fue editada por el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM.

1.2. Bases de datos jurídicas. Esta es la segunda gran vertiente *clásica* de la Informática Jurídica, y en este caso muy desarrollada, tanto por instituciones públicas, como a nivel comercial, por importantes empresas (normalmente editoriales) privadas. Las bases de datos jurídicas también son sistemas de ayuda a la decisión, pues proporcionan al jurista los materiales básicos -señaladamente legislación y jurisprudencia -, a partir de los cuales éste toma sus decisiones. Antaño se decía que el jurista emplea el 80% de su tiempo en buscar la información relevante para su trabajo, y sólo el 20% en el *know*

how característico de su profesión. Hoy esta ecuación se ha invertido, pues cuando se manejan bien las bases de datos jurídicas - y sorprendentemente poca gente lo hace, a pesar del poco tiempo de formación que se necesita para ello - pasa a ser el 20% del trabajo del jurista el que se dedica a buscar información, lo que además se logra de una manera incomparablemente más eficaz que con el sistema tradicional y mucho más cómoda, pues con las herramientas informáticas, la información obtenida pasa directamente a los escritos. De esta forma el 80% del tiempo de los distintos profesionales del Derecho, puede emplearse en su *saber hacer* característico. Es decir, que estamos ante una mejora radical no ya de la eficacia del jurista en su trabajo, sino también de la eficiencia y, en suma, de la productividad de su labor.

1.3. Ofimática aplicada a la gestión del Derecho. También llamada Informática Jurídica de Gestión. En este supuesto no nos hallamos ante la primera parte de la definición (Informática Jurídica de ayuda a la decisión), sino ante la resolución de problemas de gestión característicos de los profesionales del Derecho, desde un modesto despacho de abogados, hasta el entero sistema judicial de un país, lo que supone entrar de pleno en las cuestiones de *E-Justice* y, por extensión, de *E-Government*. Dado el contexto, me excuso de dedicar un epígrafe específico a la *Informática Jurídica de Gestión*, porque ello me obligaría a abordar cuestiones tan diversas, que van desde un programa comercial de gestión para pequeños despachos de abogados, hasta sistemas intermedios, como los diseñados para despachos de procuradores - que son auténticas *gestorías* procesales -, no en vano en España, la defensa en juicio corresponde al abogado, mientras que la representación de la parte - trámite - la lleva el procurador. Como hemos visto, el desarrollo de la cuestión, en sus aspectos más complejos, nos conduciría incluso a macrosistemas de *E-Government*.

Estas grandes vertientes de la Informática Jurídica son inusitadamente estables, pues lo que aquí se acaba de exponer, ya figuraba

en mis primeros escritos sobre la cuestión, de mediados de los 80 y sigue vigente en la actualidad; pero es verdad que, como en todas las cuestiones de la sociedad de la información - de la que sólo estamos en los inicios - los acontecimientos discurren deprisa. Cuando estudiemos en epígrafe específico, las bases de datos jurídicas, veremos que los programas de recuperación de información documental que emplean, tienen características distintas de los que gestionan la mayoría de las bases de datos en otras materias, porque también responden a necesidades muy distintas, sobre todo en lo que se refiere a análisis y tratamiento del lenguaje; pero quién nos dice que estas utilidades, en el futuro, no acaben incorporándose a la mayoría de los sistemas gestores de bases de datos y la *Informática Documental*, que es la especialidad tecnológica sobre la que se construyen las bases de datos jurídicas, se acerque más a la informática convencional. No es que ello borre la especificidad de la *Informática Documental Jurídica* (bases de datos jurídicas); pero sin duda la reduciría.

La anterior cuestión tiene también su reversa, pues la informática abre cada vez más posibilidades, que pueden dar lugar a nuevos campos o vertientes, para la Informática Jurídica. Cierto es que las plataformas convencionales de enseñanza del Derecho *on line*, por ejemplo, no requieren de grandes especialidades, para aplicarlas a la enseñanza del Derecho, ¿pero podría decirse lo mismo de un sistema de realidad virtual, aplicado a la enseñanza práctica del proceso judicial, que te introduciría en un Juzgado virtual? Supongo que no, y no deja de ser importante que se desarrollen sistemas de este tipo, que reducirían mucho los problemas logísticos de articular el *practicum* de los estudiantes de Derecho. En tales entornos, lo importante no es tanto la realidad virtual - que es la herramienta - como el conocimiento del medio al que se aplica: el funcionamiento de los juzgados y del proceso y, por lo tanto, la necesidad, mucho más allá del conocimiento informático, de un análisis jurídico específico.

Me he limitado a dar algunos ejemplos; pero

creo que con ellos se puede comprender que las tres vertientes clásicas de la Informática Jurídica son un terreno móvil y abierto a cambios en cualesquiera sentidos.

2. Informática para juristas e informática jurídica. Obvio debiera ser decir que la Informática Jurídica no es lo mismo que la informática (general) para juristas. La Informática Jurídica, como hemos visto en la definición, supone el desarrollo de aplicaciones de apoyo a la decisión jurídica, o diseñadas para resolver problemas específicos de los profesionales del Derecho; es decir, que en ellas, la nota distintiva es que, como se acaba de poner de manifiesto, *la complejidad del análisis jurídico tiene una relevancia mucho mayor que los aspectos meramente técnico-informáticos*. Por eso alguna vez he dicho - medio en broma, medio en serio - que la Informática Jurídica es una informática tan especializada que no es apta para informáticos. Por decirlo completamente en serio, es un ámbito característicamente interdisciplinar, que no es apto *sólo* para informáticos, pero tampoco es apto *sólo* para juristas. A veces ni con la suma -integrada- de ambos, es suficiente. La inteligencia artificial aplicada al Derecho, requiere de expertos en Lógica Simbólica y Lingüística, a la vez que estos últimos pueden tener un papel relevante en el desarrollo de las bases de datos jurídicas, junto con los especialistas en Documentación. En todo caso, no se trata tanto de titulaciones, como de personas que profundicen en estas disciplinas, desde una perspectiva que tenga en cuenta que los problemas de fondo son jurídicos.

Reitero que en la Informática Jurídica, lo auténticamente relevante es el *análisis jurídico* de las aplicaciones. Eso y no otra cosa es lo crucial. Por eso se habla de Informática Jurídica. Aun en el supuesto de que, como antes se decía, los sistemas gestores de bases de datos evolucionasen hasta el punto de ser, en general, aptos para la informática documental, no por ello el desarrollo de las grandes bases de datos jurídicas saldría del territorio de la Informática Jurídica, porque lo más relevante en ellas seguiría siendo el

análisis jurídico; por ejemplo, en cuanto a resolver el problema de vigencias y derogaciones, determinar el tamaño y contenido del documento (¿un artículo o una ley entera?, es la primera pregunta), enlazar los documentos entre sí, etc. Lamentablemente, el carácter «comercial» de muchas de las bases de datos jurídicas, implica que las soluciones tiendan a adoptarse más con criterios económicos, que científico-técnicos.

En relación con lo anterior, es constatable que no se escribe mucho sobre Informática Jurídica, porque hay muy poca gente en el ámbito académico, que sepa de verdad Informática Jurídica. Este conocimiento sólo se puede tener en profundidad habiendo trabajado en el desarrollo de aplicaciones. Sinceramente, no cabe un conocimiento cabal de la Informática Jurídica, sin haber trabajado en ella. Y lamentablemente - aunque se diga lo contrario - el inmenso error que se ha cometido, sobre todo en Europa, al fomentar la dedicación exclusiva entre los profesores universitarios, ha acabado alejando la universidad de la realidad. Demasiado a menudo la investigación universitaria, se parece más a un remedo de pseudometafísica, que a cualquier indagación que tenga algo que ver con la resolución de problemas concretos; es decir con la innovación. Así nos va. Y mientras tanto, el centro de gravedad de la sociedad de la información y del conocimiento, cada día es menos europeo.

Como antes apuntaba, la Informática Jurídica ha acabado siendo desarrollada básicamente por empresas y eso se nota, en esencia porque las cuestiones se «resuelven» casi siempre por el lado más simple y menos costoso, lo que suele alejarse de lo mejor, y además, la ausencia de investigación y análisis jurídico rigurosos, se nota en unos productos finales que suelen dejar bastante que desear. De alguna manera, se opta por hacer de la Informática Jurídica, informática para juristas, que ya se ha visto que no es lo mismo.

La informática para juristas se refiere a la utilización de la informática en las profesiones jurídicas de una manera meramente instrumental. Por ejemplo, el hecho de que la herramienta informática más utilizada por los

profesionales del Derecho sea el proceso de textos, no convierte al *word processing* en Informática Jurídica, porque no requiere de ningún análisis jurídico relevante. Un arquitecto redacta sus escritos en un procesador de textos y un abogado o un juez, también. No hay en ello ninguna especialidad relevante, característica de una disciplina científica. Lo anterior no tiene nada que ver con la utilidad. A menudo he expresado que probablemente la herramienta informática más útil para la mayoría de los juristas sea el procesador de textos, sin que ello lo convierta en Informática Jurídica. Y lo mismo sucede con el empleo por los juristas, como por cualesquiera otros profesionales y personas, de una hoja de cálculo, de un navegador de Internet, etc.

3. Informática jurídica y evolución tecnológica. Un ordenador se llama en inglés *computer*, a buen seguro porque la primera aplicación de tales aparatos electrónicos, en el entorno de la segunda guerra mundial - realmente nacieron «durante», no después, como se suele decir - era de tipo matemático. Cálculos militares inicialmente, o estadísticos en la postguerra. Es conocido que el primer uso civil de los ordenadores en USA fue en el ámbito público, para la Oficina del Censo. Todo ello es obvio, los problemas matemáticos son los más cercanos a la lógica binaria interna del funcionamiento de los ordenadores, cuyos *bits* eran inicialmente válvulas (lámparas incandescentes). Nada que ver, en términos de eficiencia, con los ordenadores actuales, por lo que había que seleccionar muy bien en qué campos se usaban. A medida que evolucionó la tecnología, sobre todo debido a la integración y consiguiente reducción y eficiencia energética de los componentes, los ordenadores fueron capaces de entrar en más y más ámbitos, como el almacenamiento y recuperación selectiva de datos jurídicos.

Hasta el filo de los años 50, nadie se planteó la aplicación de la informática al Derecho y aún así, ello se hizo desde una perspectiva *matemática*, entonces dominante, con el nombre *Jurimetría*. El punto de arran-

que fue la conocida obra de Lee Loevinger (1949): *Jurimetrics. The next step forward*. Minnesota Law Review, n. 33. Una década después, con la evolución tecnológica nacieron las primeras bases de datos jurídicas en USA: *Lexis* y *Westlaw*. Es lógico, el sistema del Common Law tiene su fuente principal en la Jurisprudencia, que abate a los juristas bajo su enorme peso documental, mucho mayor todavía que el de la Ley EE.UU fue el primero que dispuso de la tecnología y quien además. En razón de lo expuesto, tenía más apremiantes necesidades.

En este punto, para evitar una excesiva dispersión, que no ayudaría a la claridad de los conceptos, centraré mi exposición más en las bases de datos jurídicas, que han sido el *buque insignia* de la Informática Jurídica y cuyo desarrollo tropezó con importantes dificultades, vinculadas al coste. Tanto porque en la época de los grandes ordenadores (particularmente caros) la elevada carestía del *time sharing* hacía las consultas poco asequibles y más si a ello había que sumar, para una consulta *externa*, el altísimo coste de unas telecomunicaciones monopolizadas, que era inabordable para bases de datos situadas en países terceros, pues se facturaban llamadas internacionales.

El desarrollo de la Informática Jurídica, vino de la mano de la disminución del coste de los sistemas de proceso de datos y de las telecomunicaciones. Cuando el que suscribe comenzó a trabajar en Informática Jurídica (1983), como director del proyecto de informatización jurídica y parlamentaria de la Comunidad de Madrid, la Informática Jurídica era todavía una disciplina incipiente en España y claramente más desarrollada en países vecinos, como Italia y Francia, entre otros. En España me tocó ser pionero, puesto que antes de 1985 sólo había otra base de datos jurídicas que estuviese de verdad operativa, además de las de la Comunidad de Madrid; la del Ministerio de Educación, sobre legislación educativa (LEDA), cuyo desarrollo fue dirigido por Andrés Elhazaz.

A mi juicio, la primera «gran revolución» de la Informática Jurídica, en esta vertiente nuclear de Informática Documental Jurídica

(bases de datos) vino en la década de los 80, cuando comenzaron a plantearse SRI (sistemas de recuperación de información documental) para los entonces denominados «miniordenadores». La expansión del PC (microordenador) compatible, en la misma década, hizo que los SRI se desarrollaran incluso para el que fue - y es - el principal instrumento de la informática de consumo, todavía a día de hoy, con permiso de los smartphones y PDAs, que han acabado integrando informática y telecomunicaciones en un aparato minúsculo (palmtop).

Todo ello se produjo, en términos de mercado, ya en la segunda mitad de los 80, cuando Micronet desarrolló el SRI Knosys (1986) en España, que se empleó para gestionar las bases de datos de la conocida Editorial Aranzadi y software similar manufacturado en otros países para idénticos propósitos. También en la segunda mitad de los 80, en la era pre-Internet, comenzaron a distribuirse grandes bases de datos jurídicas en soportes ópticos de alta capacidad y muy reducido coste, inicialmente CD-ROMs y posteriormente DVDs.

La última gran revolución de la Informática Documental Jurídica se produjo con la difusión social de Internet, que en EE.UU. comenzó a ser significativa a partir de 1992 y en el resto del mundo de 1995, pues en Internet hay que distinguir sus inicios a finales de la década de los 60, vinculados a necesidades de la Defensa USA y su desarrollo social, que en absoluto pudo ser previsto por quienes desarrollaron Arpanet y que se produjo en las fechas apuntadas. Los SRI evolucionaron, como es natural, hacia el hipertexto, pero en muchos aspectos sistemas de los 80 «dejan en evidencia» a los actuales buscadores (browsers) de Internet, que suelen carecer de operadores sintácticos o «de distancia», de los cuales ya disponían algunos SRI, a mediados de los 80. Me resulta insólito tener que decirlo; pero así es.

4. Informática documental jurídica: SRI y Thesaurus. Los SRI o sistemas de recuperación de información documental, se diferencian de otros sistemas gestores de bases de

datos, en que: a) Permiten el almacenamiento y recuperación selectiva de documentos (registros) con grandes cantidades de texto. b) Permiten indexaciones automáticas - para la posterior búsqueda - de las palabras contenidas en el texto, incluso con listas de palabras no significativas, lo cual permite reducir el tamaño de lo que informáticamente son listas inversas (índices). c) Incluyen índices manuales que pueden tener una estructura relativamente compleja, tomada de los thesaurus/í, a los que posteriormente aludiremos, de forma que se diluye la diferencia entre índices manuales y thesauri propiamente dichos. d) Emplean, como los demás sistemas gestores de bases de datos, los operadores booleanos Y, O, NO. e) Tienen además operadores «sintácticos». El más usado en el ámbito de la Informática Jurídica es el operador «párrafo» que sólo busca varias voces, a condición de que estén en el mismo párrafo; es decir, relacionadas entre sí, en el marco de una gran idea, como corresponde a la definición sintáctica del párrafo, normalmente delimitado por el punto y aparte. f) Tienen también operadores «de distancia», a fin de asegurar la proximidad entre los argumentos de búsqueda, lo que asegura su correlación contextual. En una sentencia, el hecho de que aparezcan varias palabras en distintos contextos suele ser poco relevante. Lo importante, es que tengan que ver entre sí, y eso también viene dado por la proximidad. En algún browser de Internet, llegaron a existir operadores de distancia, como en Altavista avanzado - y luego asombrosamente se suprimió -, cuya definición admitía una separación máxima de 10 palabras, entre las que se buscaban. En los SRI, la definición de la distancia es libre, e incluso puede incluir una definición de orden entre las palabras que se buscan. g) Todo lo anterior está muy resumido, como corresponde a una «voz» en el marco de un diccionario jurídico. Las características apuntadas de los SRI, se relacionan al mero efecto de que el lector pueda hacerse idea de la potencia de estas herramientas de recuperación que, como se decía, en algunos aspectos es incluso superior a los buscadores de Internet, que inexplica-

blemente no incluyen determinadas utilidades. h) Otras posibilidades de los SRI son el empleo de raíces de palabras (truncaduras), las facilidades de búsqueda dentro del texto de cada documento, una vez recuperado, la fácil comunicabilidad con los procesadores de texto, etc.

Un thesaurus, también denominado coloquialmente «tesauro», es un *conjunto estructurado de descriptores* (voces). Por ampliar la definición, thesaurus es un conjunto de descriptores, que tienen la posibilidad de estar aclarados en su alcance, relacionados de diversas formas entre sí y aglutinados bajo un criterio principal de ordenación, que suele ser el alfabético. Técnicamente, el thesaurus, que es un instrumento al servicio de documentalistas, no sirve para buscar información, sino para tener un léxico de voces, para construir los índices, cuyo sistema de relaciones es muy complejo y poco apto para profanos, que no hayan estudiado Teoría de la Documentación. Sin embargo, en la práctica, a cualesquiera índices de un SRI, se les denomina tesauros, porque los ficheros informáticos que los contienen suelen tener un elenco de posibilidades de relación entre las voces (descriptores) que los integran, que va mucho más allá de un índice clásico y que son características de los thesauri.

Un descriptor, ya se ha dicho que es una «voz»; es decir, una palabra o sintagma - segmento sintáctico que no necesariamente es frase - que expresa en lenguaje natural y de forma normalizada, alguna de las ideas contenidas en el fondo documental.

Los thesauri, aparte de las relaciones de árbol o jerárquicas, características de los índices, suelen tener otras relaciones, como las de sinonimia, e incluso pueden indicar que existe una relación genérica - sin especificar cuál - entre varios descriptores. Asimismo permiten aclarar el sentido de los descriptores, básicamente con las denominadas «notas de alcance» y también con los acrónimos, entre otras posibilidades, de las que las indicadas son las más relevantes y casi las únicas que se emplean en los tesauros/índices de las bases de datos jurídicas, puesto que una estructura más compleja sería poco útil, e in-

roduciría un factor de excesiva complejidad para un usuario normal.

5. Rudimentos de sistemas expertos jurídicos o inteligencia artificial aplicada al derecho. En una obra de las características de la presente, no cabía ni siquiera plantearse un epígrafe de Ofimática aplicada a la Gestión del Derecho, por razones que ya se apuntaron al principio del estudio. Por motivos similares, de los *Sistemas Expertos Jurídicos*, sólo cabe entrar en los rudimentos. Los sistemas expertos en general (SE) se construyen a partir de software adaptado a seguir la inferencia lógica entre varios enunciados o proposiciones, que puede ser empleado de distinta forma en el marco del Derecho, desde sistemas con potencialidad decisional, hasta software *inteligente* que permite facilitar a un usuario lego la consulta de bases de datos jurídicas, por ejemplo. Esta cuestión se abordará de una forma muy somera, para insistir en lo que se dijo al principio: los sistemas expertos jurídicos, aun cuando tengan potencialidad decisional, lo razonable es que sean empleados como sistemas muy sofisticados de apoyo lógico a una decisión jurídica, que siempre debiera estar bajo el control final de un operador humano.

No es un ámbito que se haya desarrollado especialmente en la Informática Jurídica; pero las herramientas informáticas existentes, permiten elaborar tales sistemas. Se podría afirmar que su escaso desarrollo no se debe, al menos principalmente, a las limitaciones de la tecnología disponible. De hecho, los SE

se fueron generando a partir de los años 60, en distintos campos entre los que se incluye el Derecho, en paralelo con los lenguajes de programación basados en la inferencia lógica (como LISP y después PROLOG) que son coetáneos, al menos el primero, por sorprendente que pueda parecer, con los lenguajes «clásicos» de tercera generación, como BASIC, FORTRAN, PASCAL, etc.

Por terminar con esta cuestión, diré que los SE, se componen básicamente de una base de conocimientos y un motor de inferencia. La base de conocimientos es una base de datos que contiene reglas y hechos, relacionados con el sector de la realidad a que el SE se refiere; mientras que el motor de inferencia contiene las reglas - más bien metarreglas - que permiten evaluar qué reglas y hechos de la base de conocimientos son aplicables al problema concreto planteado y posteriormente los ejecuta.

Los SE en general - y los jurídicos en particular - tienen además subsistemas, como el de adquisición de conocimientos, el de explicación de los resultados y el interfaz con el usuario. Es decir, que el razonamiento de un SE es «transparente» para el ser humano, quien puede seguir todos los pasos lógicos dados, e incluso introducir modificaciones en los mismos, por lo que se reitera que su utilización razonable es la de sistema sofisticado de apoyo lógico a una decisión jurídica que puede y debe seguir siendo humana.

Emilio Suñé Llinás

Integración jurídica y derecho común (historia y comparación)

Bibliografía: ANZOATEGUI, *Cultura jurídica y órdenes normativos en la colonización española en América. Una visión panorámica*, en CASSI, SCIUME (coord.) *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris globale tra età moderna e contemporanea*, Soveria Mannelli, 2007, pp. 117-141; GUZMÁN BRITO, *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, en *Index*, 6, 1976, pp. 74-82; CALASSO, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954; CAPRIOLI, *Varianti e costante del diritto comune*, in *Riv. dir. civ.*, XXXIX (1993), II, pp. 639-643; CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, Terra, Oro nel Diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, 2004; CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari, 2007; LUPOLI, *Trust and Confidence*, en *Law Quarterly Review*, April 2009, pp. 253-287; HELMOLZ, PIERGIOVANNI (coord.), *Relations between the ius commune and English law*, Soveria Mannelli, 2009; MAZZARELLA, *Europa e America: storie di colonizzazione giuridica. A proposito di integrazione fra ordinamenti e di globalizzazione*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, XLVII (2002), pp. 233-272; MARILUZ URQUIJO, «*Ius commune*» y *Nuevo Mundo*, en «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. III, Roma, Il Cigno, 2004, pp. 513-522; REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011; TREGGIARI, *Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli studi di Perugia*, 4, aa. 2006-2009, pp. 1-12; TREGGIARI, *Traiettorie del diritto comune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, en CIPPITANI (coord.), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, CoreBook, 2012, pp. 95-110; WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1993 (trad. italiana *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato*, Napoli, 1974); ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

1. Integración y recepción. La integración jurídica es un aspecto, o una modalidad,

del fenómeno más amplio de la recepción normativa. De hecho, la integración y la recepción son el resultado de una ampliación del campo de aplicación del derecho en un cierto lugar y dirigida hacia una nueva comunidad de destinatarios.

El fenómeno de la estrecha relación del derecho con un territorio determinado es el resultado combinado del carácter vinculante de las fuentes legislativas formales, objeto de la extensión/ recepción, y la influencia de factores extralegales, que a menudo deciden el alcance del fenómeno y el éxito de la integración.

El proceso de integración, cuando es el resultado del desplazamiento del derecho de un lugar a otro, puede ser el efecto de una recepción espontánea o de una recepción impuesta.

1) La recepción espontánea, producida por la circulación internacional y la aceptación activa de las normas e instituciones de otro ordenamiento, es más frecuente de lo que generalmente se supone.

De hecho ese tipo de recepción ha sido una de las fuentes más fértiles para el desarrollo de los sistemas jurídicos. Su éxito o su fracaso se debe, en gran parte, a la influencia de los factores de naturaleza no «técnica». La historia comparada del derecho tiene que considerar estos factores, teniendo en cuenta sea los fenómenos sociales y ambientales, que determinan la evolución de las instituciones jurídicas y que afectan los procesos de enraizamiento del derecho en el nuevo contexto social, que las nuevas morfologías (no limitadas a nuevas denominaciones) que el derecho trasplantado asume en aquel contexto.

2) La recepción impuesta es el producto de la llamada «colonización normativa». La imposición del derecho puede ser directa (como ocurre después de la conquista política de nuevos territorios) o indirecta (lo que pasa hoy en día con la llamada «globalización»).

La colonización normativa, como recepción impuesta es muy diferente a la recepción espontánea del derecho de parte de otro ordenamiento. Sin embargo, sucede frecuentemente que incluso el derecho impuesto y trasplantado puede convertirse en un proceso de recepción activa, cuando logra ser parte orgánica del ordenamiento «recibiente» o «colonizado».

Esto puede suceder por dos razones: a) por la afinidad alcanzada en sus respectivos niveles de desarrollo entre el ordenamiento jurídico que ha impuesto sus reglas y el ordenamiento que ha recibido dichas reglas; b) por la analogía entre el modelo impuesto o adoptado y los factores económicos, sociales, ambientales del contexto receptor, capaz de transformar el modelo trasplantado en un modelo endógeno. La integración resultante de la conversión de lo recibido «impuesto» en «espontáneo» o activo puede hacerse bajo la condición de cambios importantes, que también pueden dar lugar a una forma híbrida de cultura jurídica (sistema mixto), aunque si deudora del sistema «padre».

Sea que derive de la recepción espontánea (como en Escocia, donde la aceptación del derecho romano se debió a factores históricos políticos y nacionalistas), o que la recepción sea impuesta (como en América Latina o en América del Norte, como resultado del colonialismo), el «trasplante» jurídico, es un proceso siempre fuertemente determinado por la autoridad: *autoridad de la cultura jurídica* que se incorpora de forma espontánea (en los Estados Unidos la *common law* fue confirmada incluso en aquellos Estados que nunca fueron colonias de Inglaterra); *la autoridad del modelo formal* (dos ejemplos sobre todo: el derecho romano durante gran parte de su historia medieval y moderna, europea y extra-europea, y en los últimos dos siglos, las codificaciones y las constituciones).

Generalmente el trasplante del derecho induce progreso, pero también registra reacciones de rechazo, interpretaciones que se derivan del modelo original y de la intención del legislador «padre». El «reactivo», en la mayoría de los casos, no es constituido por factores técnicos-legales, si no por condicio-

nes de hecho (geográficas, sociales, culturales, religiosas), que connotan los rasgos del sistema legal: por ejemplo, la influencia que la religión tiene en el derecho de familia o las características nacionales «naturales» de la legislación penal, que vuelve difícil su trasplante.

Utilizando un sugestivo paralelo con el romanticismo jurídico, se podría decir que el derecho que migra vive un proceso de adaptación similar al del idioma que se desplaza de un lugar de origen a otro.

2. La relación histórica entre sistemas comparables.

Si la comparación entre los sistemas jurídicos se puede hacer sólo con la condición de que exista una relación entre estos sistemas, entre las relaciones posibles la histórica es, sin duda, la preeminente.

Esto ocurre cuando todo un sistema legal o una parte se convierte en norma positiva en otro ordenamiento jurídico. Es lo que pasa también cuando un sistema legal ejerce su influencia sobre otro de una manera indirecta. De cualquier manera, si hay un enlace histórico entre los sistemas en comparación, el grado de recepción o la adaptación se identifica más fácilmente. En el mundo occidental - y en sus ramificaciones coloniales - la recepción (con adaptación) era la forma habitual de desarrollo del derecho: el sistema jurídico romano ha servido a muchas civilizaciones, en Italia como en Escocia, en el Viejo y el Nuevo Mundo; el *common law* se ha desarrollado en sociedades muy diferentes entre ellas, en Inglaterra como en India.

La relación histórica entre sistemas también enseña como, en la mayoría de los casos, una norma «trasplantada» en otro sistema no puede existir sin cambios o alteraciones en el nuevo contexto: basta pensar en el destino de los conceptos del derecho romano en numerosos episodios de vulgarización que han caracterizado la Edad Media.

Este fenómeno dificulta la labor del historiador, cuando él se encuentra en la situación de contar la historia sin el apoyo de documentos suficientes. Para dar sólo un ejemplo, si no tenemos documentos sobre la administración de justicia en Paraguay del

siglo XVIII (debido al hecho que los archivos históricos de ese país se han perdido dramáticamente durante la guerra que combatió y perdió en la segunda mitad del siglo XIX contra Paraguay Triple Alianza), no podemos colmar la laguna mediante la transferencia al sistema «derivado» con nuestro conocimiento sobre la administración de la justicia española, solamente teniendo como base la presunción histórico-general de la colonización. Si la relación histórica se considera ciertamente concreta cuando se basa en el contacto histórico real entre los pueblos (ocasionado por las migraciones, invasiones, colonizaciones), las relaciones entre los sistemas se pueden también crear más allá de los contactos históricos reales. Estas relaciones pueden surgir, por ejemplo, en términos de afinidad de las necesidades y de estilos de vida. Emblemático es el caso del fenómeno que convencionalmente se acoge bajo la noción de *trust*. La necesidad de la transmisión indirecta del patrimonio, bajo la coordinación de un programa de conservación o gestión económica a cargo de un intermediario de confianza, ya había inducido al sistema jurídico romano, y más tarde, en la edad media y moderna, al derecho común a predisponer aquellos instrumentos jurídicos que satisficieran dicha necesidad. Mediante el estudio de la historia del *trust*, los históricos y los comparatistas, han llegado hoy en día a resultados muy distantes de los afianzados por una larga tradición de estudios que dura desde hace quince años: una tradición que resulta, tal vez, más del orgullo nacionalista, que de rigurosas investigaciones históricas realizadas sobre las fuentes del sistema jurídico continental europeo y del sistema legal inglés.

Si en un principio se creía que el *trust* no existía en el sistema jurídico romano y en el derecho continental medieval y moderno, y que era una prerrogativa exclusiva del inglés, en la actualidad se ha llegado a establecer su potente influencia, y el largo alcance que el derecho romano y el derecho canónico ejercieron sobre el nacimiento y desarrollo del instituto inglés. El descubrimiento de las raíces romanísticas del *trust* (uno de los *core* del derecho inglés) cambió la conciencia general

de la relación entre *common law* y tradición del derecho romano. Esto se hizo utilizando herramientas de comparación no abstractos, ni tampoco ideológicos, sino factuales, ya que se lo enfocó sobre el derecho «vivido», sobre los hechos que dan forma al sistema jurídico en un lugar determinado y en un momento determinado.

3. Integración jurídica y derechos fundamentales. Hoy en día la observación de los sistemas jurídicos, sin embargo, se vuelve más compleja. La milenaria historia de la corriente y del trasplante de los institutos jurídicos y de las experiencias de un ordenamiento a otro y de una región a otra del mundo, ha convertido en anacrónica la visión del derecho como tradición y como historia nacional y ha diseñado una nueva geografía de los derechos. Esta nueva geografía está dominada por dos tensiones aparentemente contrarias: fragmentación y unidad. El cambio del atlas político de Europa en las últimas décadas, da un ejemplo brillante. El Viejo Continente va cultivando una vocación unitaria, que ya ha logrado resultados importantes y construido un embrión de derecho uniforme. Pero mientras tanto, la misma Europa va experimentando una multiplicación de límites federales y regionales. Un fenómeno similar afecta América Latina y muchos países post-coloniales de África y Asia. En este contexto, la búsqueda de derechos fundamentales comunes ya no puede ser enfrentada según la historia y el derecho del Estado-nación, sino a través de la perspectiva de la integración alrededor de valores compartidos, debe tener en cuenta dos niveles de realidad política y jurídica: por un lado, el derecho internacional y las instancias de protección internacional; por otro lado, los derechos históricos locales de los grupos étnicos ahora comprimidos por el Estado nacional.

La transnacionalización del derecho, que es la historia de los sistemas jurídicos internacionales y supranacionales que se entrelaza con los ordenamientos jurídicos estatales, imponiendo normas y comportamientos uniformes, hoy en día tiende a universalizar el discurso sobre los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son también la base sobre la cual, con mayor convicción, se está construyendo el camino de la constitucionalidad europea. Pero la búsqueda de valores constitucionales y de leyes comunes sólo puede iniciar a partir de las aún actuales realidades jurídicas nacionales, considerándolas como el producto de sus respectivas y distintas herencias.

Según esta perspectiva se están desempeñando las actividades de los dos Tribunales europeos (el Tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal de justicia de la Unión Europea en Luxemburgo). En sus sentencias los dos Tribunales europeos hacen un amplio uso de argumentos comparativos elaborados a partir del análisis de las normas nacionales, en vista de la formación de un derecho constitucional común europeo y de un orden público europeo de los derechos fundamentales. La frecuente referencia a las legislaciones y a las prácticas nacionales, así como a la legislación y a la práctica de las organizaciones internacionales, supranacionales, sirve, en particular, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (que, como sabemos, tiene un carácter subsidiario y complementario a la jurisdicción de las leyes nacionales, interviniendo sólo cuando el nivel de protección del Estado no puede ser eficaz) para interpretar los derechos consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta interpretación sirve sea para aclarar el alcance de determinadas fórmulas abiertas en el texto de la Convención, que para la identificación de un estándar mínimo de contenido de ciertos derechos. Todo eso, con el objetivo de encontrar puntos de equilibrio entre la pluralidad de tradiciones y la perspectiva del derecho uniforme.

4. El derecho común migrante. Pluralismo e integración recuerdan al historiador del derecho, el más importante ejemplo histórico de dinamismo interactivo y de integración entre diferentes sistemas jurídicos: el llamado sistema del derecho común. Este sistema jurídico ha caracterizado el derecho medie-

val y moderno en gran parte de Europa. Ese era un sistema pluralista de fuentes basado en la armonización de sus componentes: los dos derechos universales - el *ius civile* y el *ius canonicum* - y la multiplicidad de derechos particulares emitidos por una pluralidad de ordenamientos autónomos y entre ellos muy diferentes: feudos, municipios, ciudadanos y comunidades rurales, reinos monárquicos, clases sociales, corporaciones artesanales y profesionales. Todas estas fuentes legales se conciliaban entre ellas como una pluralidad en la unidad: la unidad animada por la fe cristiana universal y sostenida por el derecho universal de la tradición romana. Por su papel de unión entre las diversas fuentes legales y por su especial fuerza cultural tradicional, guardián y dispensador de *rationes jurídicas*, el derecho romano se encontraba en vigor en este sistema como «derecho común».

En el sistema del derecho común, la variedad de los *iura propria* presuponía siempre el *ius commune* romano. Y la relación entre las normas de *ius proprium* y las normas de *ius commune*, basado en el criterio de que las primeras derogaban las segundas, fue la piedra angular del sistema jurídico medieval: un sistema jurídico europeo, no sólo italiano, que terminó formalmente sólo con el advenimiento de las codificaciones.

Durante su largo plazo de aplicación el sistema europeo de derecho común ha vivido la experiencia del viaje al extranjero. Después de la conquista española, en los territorios de las Indias occidentales, el derecho vigente era de hecho el europeo. De la misma manera que europeo fue el llamado «derecho de Indias» emitido por el Rey de España especialmente para sus colonias americanas.

Al reproducir el sistema de fuentes del Viejo Continente, el derecho instaurado en el territorio de la Conquista reflejaba el modelo de integración entre los ordenamientos experimentados en Europa y que se caracterizaba por la co-vigencia de una serie de derechos especiales alrededor de un derecho común.

El derecho común de América Latina fue el de la llamada tradición romana europea, «exportado» e instaurado en el territorio

colonial. Los derechos especiales fueron los que convivieron en Latinoamérica después de la Conquista, en correlación con el derecho común.

Siendo la reproducción de un modelo del sistema de fuentes jurídicas, ya largamente experimentado en Europa, la colonización jurídica de América Latina ha sido un espejo para el Viejo Continente, dando oportunidad de análisis: para verificar el funcionamiento de un modelo de sistema de fuentes extra-europeo; para reflexionar sobre los problemas que plantea la co-vigencia y la integración de más derechos y de más ordenamientos; para comprender, por último, cómo la experiencia de la colonización de América Latina haya influido en las mismas características del *ius commune* en la «madrepatria»: para aprehender, es decir, tomar conciencia del efecto *feedback* grabado por la colonización en el derecho común durante la modernidad.

Con la conquista de nuevos territorios, los españoles injertaron en Latinoamérica un entero sistema lógico y legal. No se trataba sólo de aplicar la legislación castellana a un territorio diferente al de la Península Ibérica, sino de realizar un trasplante real del modelo normativo y de organización de las fuentes basados en la dialéctica general-particular, *ius commune-iura propria*. Con la particularidad que el derecho en vigor en las Indias estuvo constituido por *iura propria* pertinentes a distintas áreas jurídicas, la española y la de Indias. La operación de trasplante fue acompañada por una acción de naturaleza administrativa (la fundación y organización de la ciudad) y culturales (la fundación de las universidades de América Latina y el traslado de juristas españoles, llamados a ocupar puestos importantes en las oficinas y en las cortes reales y eclesiásticas). Estas acciones crearon el hábitat del trasplante jurídico, favoreciendo la aclimatación del derecho común y del derecho español en los nuevos territorios.

El *ius commune*, que en aquella época, había dado óptimos resultados en el Viejo Continente, aunando la experiencia jurídica de los ordenamientos de gran parte de Europa, para luego observar que funcionó

como modelo de integración para los países del continente iberoamericano. Las razones que mostraban la bondad universal del sistema de derecho común - la sabiduría de sus principios, su arquitectura equilibrada, la amplia gama de casos, la cohesión sistemática de sus preceptos, garantizada por una sólida tradición doctrinal y literaria - se relacionaba con la esencia del *ius proprium* español, cuyos textos, como Las Partidas (1265), eran la traducción y la adaptación de los principios del *ius commune*. La integración entre sus componentes internos, era por lo tanto, un rasgo del sistema legal que se aplicó a la nueva realidad.

La perspectiva de las fuentes cambió en América Latina en el siglo XVIII, en sincronía con la decadencia del sistema europeo de derecho común y con la crítica de los iluminados sobre la pluralidad de las fuentes y sobre el abuso de derecho. Esto provocó. Incluso más allá del Océano, una tendencia de rechazo hacia el *ius commune*, considerado como un derecho extranjero sin efectos legales.

El modelo y los ideales jurídicos europeos seguirán ejerciendo enorme influencia en la historia legal de Latinoamérica más allá de la edad del derecho común y más allá de la dominación española. El desarrollo histórico posterior de la legislación europea, que desde fines del siglo XVIII hacia adelante siguió el camino de los códigos y de las constituciones, condicionaron la historia jurídica paralela del Nuevo Continente.

Los efectos a largo plazo y la sorprendente simultaneidad entre una orilla y otra del Océano prueban, por lo tanto, que el injerto del sistema legal realizado en la edad moderna dio sus frutos, dando lugar a una tradición que hoy en día acumula en sí la memoria y las experiencias de los distintos pueblos y continentes distantes unos de otros.

Una tradición, que no puede ser bien entendida y bien comparada si no se vuelve a leer su historia, aún la que hoy en día nos parece obsoleta o relegada.

Integración regional (generalidad)

Bibliografía: BALASSA, *Teoría de la integración económica*, México, 1980; EHLERS (coord.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlín, 2003; HERDEGEN, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9ª ed., München, 2011; HERDEGEN, *Europarecht*, 13ª ed., München, 2011; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 10ª ed., München, 2011; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica: Implicaciones jurídicas en México (Comercio Exterior)*, México, 2007; STREINZ, *Europarecht*, 6ª ed., Heidelberg, 2003; TRUJILLO HERRERA, Raúl, *Derecho de la Unión Europea: principios y mercado interior*, México, 1999; WITKER VELÁSQUEZ, *Derecho del comercio exterior*, México, UNAM y Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de México A.C., 2011.

Del latín *Integratio*, *-ōnis*, acción y efecto de integrar o integrarse. Es decir, se forma un todo mediante la unión de sus partes. Y región proveniente también del latín *regiō*, *-ōnis*, que significa porción de territorio determinada por caracteres étnicos o circunstancias especiales de clima, producción, topografía, administración, gobierno, etcétera. Lo que supone la unión de territorios. En este orden de ideas, la integración regional se entiende como la unión de naciones que se encuentran geográficamente colindando por sus fronteras y que tienen características históricas, culturales, sociales, económicas o políticas que las llevan a integrarse para formar un todo. Por lo tanto, son Estados unidos que delegan parte de su soberanía para el bien común y para el buen funcionamiento de las instituciones que ellos mismos erigen para regirse por órganos supranacionales, en el entendido de que las leyes, normas, reglamentos, directivas, etcétera, que emanen de los órganos supranacionales sean aplicable tanto a los Estados como a los ciudadanos de los Estados miembros, independientemente del derecho nacional de cada uno de los países.

La integración regional comienza por lo regular con el aspecto económico y casi

siempre con el establecimiento de una zona de libre comercio (ZLC), seguida por una unión aduanera, pasando por un mercado común, después por una unión económica, para finalmente llegar a una integración económica total.

La zona de libre comercio es una forma de integración en la que un grupo de dos o más territorios aduaneros se unen para eliminar 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 ZLC. Las tarifas y las restricciones cuantitativas son abolidas entre los países participantes pero cada país mantiene sus propias tarifas frente a terceros países.

Como ejemplo de una ZLC se pueden mencionar las siguientes: **a)** En Europa, a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) creada por la Convención de Estocolmo el 4 de enero de 1960 compuesta por 7 países: Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y el Reino Unido. En 1961 Finlandia se adhirió, en 1970 Islandia, y en 1991 Liechtenstein. Es importante señalar que tanto el Reino Unido como Dinamarca dejaron la AELC en 1973 para formar parte de la Comunidad Económica Europea (CEE), hoy Unión Europea (UE). Posteriormente, los siguieron en 1986 Portugal y en 1995 Austria, Finlandia y Suecia. Es por ello que en la actualidad los únicos países que forman parte de la AELC son: Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein. **b)** En América, destaca el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) integrado por Canadá, Estados Unidos de América y México. Este tratado se llevó a cabo en varias etapas: (i) el 10 de junio de 1990, los países acuerdan establecer un tratado de libre comercio; (ii) el 5 de febrero de 1991 inician las negociaciones; (iii) el 17 de noviembre de 1992 se firma el TLCAN; (iv) en agosto de 1993 se ne-

gocian 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). Es importante destacar que aunque los tres tratados mencionados con antelación entraron en vigor el mismo día, son tratados independientes. Sin embargo, los dos acuerdos paralelos (el ACAAN y el ACLAN) tuvieron que celebrarse para que se llevara a cabo la firma del TLCAN. 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, (vi) y la Comisión para la Cooperación Ambiental. **c)** La unión aduanera es la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión, o al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios, y que cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos. Además, trae aparejada, además de la supresión de discriminación a los movimientos de mercancías dentro de la unión, la equiparación de tarifas en el comercio con países no miembros. La unión aduanera tiene dos características muy peculiares. Por un parte, la supresión gradual o inmediata de las barreras arancelarias y comerciales a la circulación de mercancías entre los Países miembros de la unión aduanera así como la libre circulación de los factores de producción, y por la otra, la incorporación de un arancel común frente a terceros países. El mercado común implica, el contar con una existente ZLC, donde no solamente se

liberan las mercancías y no solo se limita a suprimir las restricciones al comercio, sino también las que dificultan el movimiento de los factores. Es decir, debe de existir la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales. Por ejemplo, la libre prestación de servicios profesionales, la libertad de establecimiento de las empresas, etcétera.

Se establece un mercado común, cuando se pretenden eliminar las barreras aduaneras que existen con el comercio exterior, estableciendo derechos de aduana comunes para productos originarios en cualquier otro país fuera del grupo, así como políticas económicas a favor de los países que deciden unirse para formar un mercado común.

Ejemplos de países que tienen como objetivo principal el establecimiento de una unión aduanera o de un mercado común en América Latina son: **a)** El Sistema de integración Centroamericana (SICA), compuesta por Belice, Costa Rica, el Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, creado el 13 de diciembre de 1991 por el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), que reformó la Carta de la ODECA suscrita en Panamá el 12 de diciembre de 1962. Belice se adhirió en el 2000. El objetivo principal era en un principio la creación de un mercado común centroamericano, de una unión aduanera, y de una zona de libre comercio y en la actualidad es llegar a establecer gradual y progresivamente una unión económica centroamericana. 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). **b)** El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay tiene como finalidad llegar a establecer un mercado común. Este tratado debe su constitución al Tratado de Asunción en 1991. Adicional a este Tratado se encuentran el Protocolo de Ouro Preto de 1994 que define la estructu-

ra institucional y el Protocolo de los Olivos del 2002 que establece los mecanismos de solución de controversias. El MERCOSUR pretende una integración más profunda, por lo que sus principios contienen aspectos sociales, políticos y culturales. Sus 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. **c)** La Comunidad Andina (CAN) integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú fue constituida por el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 con la finalidad de crear un mercado común. El proceso andino de integración era conocido como el Pacto Andino, el Grupo Andino o el Acuerdo de Cartagena. El 13 de febrero de 1973 Venezuela se adhirió al Acuerdo y en el 2006 lo denunció. Chile por su parte era uno de los países fundadores, sin embargo, el 30 de octubre de 1976 denunció el pacto. 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 de la Comunidad Andina. La CAN cuenta también con: (i) una Secretaría General, (ii) con el Tribunal de Justicia Andino, y (iii) con el Parlamento. **d)** La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), constituida por el Tratado de Montevideo de 1980 (TM80), integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Cuba, Panamá y Nicaragua. Este tratado tiene como objetivo a largo plazo, el establecimiento en forma gradual y progresiva de un mercado común latinoamericano. 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 (v) 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 noventas. **e)** En el caso del MERCOSUR, de la CAN y del SICA se puede decir que estas sub-integraciones se encuentran en el proceso de consolidación de una unión aduanera y ya pasaron por la ZLC, algunas pretenden llegar a establecer un mercado común y otras inclusive llegar a convertirse en uniones económicas como en el caso del SICA. La ALADI, por su parte, lejos de llegar a crear un mercado común, sirve de marco para que los países de la región celebren tratados bilaterales entre ellos y fuera de la región.

La unión económica combina la supresión de restricciones al movimiento de mercancías y factores, con un cierto grado de armonización de las políticas económicas nacionales, con el objeto de eliminar la discriminación resultante de las disparidades de dichas políticas. Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos formaron el BENELUX, el cual surge como una unión aduanera y una unión económica a raíz de algunos acuerdos alcanzados entre 1943 y 1944. Así, desde 1960 existe la libertad de circulación de mercancías y de capitales entre estos 3 países.

Se puede decir que el BENELUX dio origen a la Unión Europea, pues sus países miembros fueron los que propusieron su creación a los 6 países fundadores de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, a finales de 1955. El BENELUX y la CECA se unieron y convencidos de formar una unión económica firmaron los tratados de ROMA en 1957 donde crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA y/o EUROATOM).

La UE es el ejemplo más emblemático que se tiene en la actualidad con sus 27 Estados (28 a partir del 1 de julio de 2013 con la adhesión de Croacia), de una integración económica. Esto, debido principalmente a la unión política, monetaria y social. El último Tratado de la Unión Europea conocido también como el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre del 2009. Anterior a este tratado existieron el Tratado de Niza

(2003) y el Tratado de Ámsterdam (1999), los cuáles fueron de suma importancia debido a la profundización del proceso de integración y toda vez que anclaron los principios básicos de la UE, así como los derechos fundamentales. El Tratado de Maastricht (1993) fue medular, pues estableció la Unión Europea y creó las bases para la unión política y monetaria. El Acta Única Europea (1987) fue muy importante, toda vez que creó el mercado interior. El Tratado de Fusión firmado en 1965, cuyo objetivo fue el fusionar a las instituciones de las entonces tres comunidades europeas para tener una sola Comisión y un solo Consejo. Los Tratados de Roma firmados en 1957 y el CEEA firmado en 1951.

La integración económica total presupone la unificación de las políticas monetarias, fiscal, social y anti-cíclica, además de requerir el establecimiento de una autoridad supranacional, cuyas decisiones sean obligatorias para todos los Estados miembros. A la fecha, la UE es la única que pudiera dar el paso a este tipo de integración pero debido a la unificación fiscal y monetaria que se requiere, parece no ser muy viable, bien por las recientes crisis, por el número de países miembros con economías diferentes y por situaciones de tipo político, económico y social.

Alicia Gutiérrez González

Integración regional y derecho comunitario

Bibliografía: ARCELIA QUINTANA, *El comercio exterior de México*, 3ª ed., México, 2010; BELA BALASSA, *The theory of economic integration*, Londres, 1961; CARBAUGH, *Economía Internacional*, trad. de Mascaró y Magda, 12ª ed., México, 2009; BERUMEN, *Economía Internacional*, México, 2001; CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis en globalización y derechos humanos*, coord. Díaz Müller, México, 2003, p. 3; CORAGGIO et al. (ed.), *La cuestión regional en América Latina*, México, 2010; CRUZ MIRAMONTES, *¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?*, en GAXIOLA, PLATAS (coord.), *Discursos de Ingreso 1930-2007 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*, México, 2009; DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, 2002; DE FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, 1995; DOMÍNGUEZ, *Derecho de la integración*, Buenos Aires, 2007, p. 88 ss.; DROMI, EKMEKDJIAN, RIVERA, *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen de MERCOSUR*, 2ª ed., Buenos Aires, 1996; FIX FIERRO et al. (ed.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, 2003; GERMÁN A. DE LA REZA,

Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI, México, 2006; GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los negocios internacionales*, México, 2006; GRANILLO OCAMPO, *Derecho Público de la integración*, Buenos Aires, 2007; GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México, 1994; KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002, p. 417 ss.; HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Fix Fierro, México, 2003; LEÓN (coord.), *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*, México, 1999; MANFRED MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en SHOJI NISHIJIMA, SMITH (coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, 1997, p. 37; MIDÓN, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1998, *passim*; MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*, Buenos Aires, 2006; NEGRO (dir.), *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, 2010; ORTIZ AHLF, VÁZQUEZ PANDO, DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus acuerdos paralelos*, 2ª ed.,

México, 1998; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, 2002; PAMPILLO BALIÑO, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México, Oxford, 2008; PAMPILLO BALIÑO, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; PARKIN, ESQUIVEL, *Microeconomía* (versión para la Latinoamérica), trad. de Coro Pando, 5ª ed., México, 2001; PARKIN, ESQUIVEL, MUÑOZ, *Macroeconomía* (versión para la Latinoamérica), trad. de Martínez, México, 2007; PIZZOLO, *Derecho e integración regional. Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, 2010; PUYANA (coord.), *La integración económica y la globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, 2003; REYES (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, México, 2008; RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, México, 1969; SALDAÑA PÉREZ, *Comercio internacional. Régimen jurídico económico*, México, 2008; SAMUELSON, NORDHAUS, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica* (revisión y adaptación de Pavón y Blanco Huitrón), México, 2010; SÁNCHEZ, *Derecho de la integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004; SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, 1999; VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría jurídica de la integración latinoamericana*, Sao Paulo, en VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, México, 1994; TAMAMES, BEGOÑA G. HUERTA, *Estructura económica internacional*, 19ª ed., Barcelona, 1999; TORRES GAYTÁN, *Teoría del comercio internacional*, México, 2011; URQUIDI, *Otro siglo perdido. Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005)*, México, 2005; VIDAL BENEYTO, GARCÍA et al., *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, 2009; VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, 2008; VILLAFUERTE SOLIS, XOCHITL LEYVA SOLANO (coord.), *Geoconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, 2006; WIONCZEK (coord.), *Integración de la América Latina, experiencias y perspectivas*, México, 1979; WITKER (edic.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, 1993; WITKER, *Derecho del Comercio Exterior*, México, 2011; WITKER,

OROPEZA (COORD.), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, 2004.

1. Introducción. La importancia de la integración y del derecho comunitario deriva en primer lugar de la trascendencia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la «globalización». 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⁽¹⁾. 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)⁽²⁾. 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

⁽¹⁾ 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» MANFRED MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en SHOJI NISHIJIMA, 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.

⁽²⁾ El término «glocalización» se acuña, hacia la década de los 1980's, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, p. 3. Sobre los regionalismos en América, el método para comprenderlo, sus antecedentes históricos y su situación actual puede consultarse CORAGGIO et al. (edic.), *La Cuestión regional en América Latina*, México, 2010.

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 de la integración regional y del derecho comunitario de la integración, se encuentra 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.

2. El fenómeno de la integración regional. 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 arancelaria, 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⁽³⁾.

⁽³⁾ 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 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. BELA BALASSA, *The theory of economic integration*, Londres, 1961. También, entre muchos otros,

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 desarrollándose 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⁽⁴⁾.

seguimos a GRANILLO OCAMPO, *Derecho público de la integración*, Buenos Aires, 2007; MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio comparado*, Buenos Aires, 2006; y SÁNCHEZ, *Derecho de la integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004.

⁽⁴⁾ 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 - entre muchas otras -, las siguientes obras generales: SAMUELSON, NORDHAUS, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica* (revisión y adaptación de Pavón y Blanco Huitrón), México, 2010; PARKIN, ESQUIVEL, MUÑOZ, *Macroeconomía* (versión para la Latinoamérica),

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⁽⁵⁾.

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 homólogos asentadas en países más desarrollados⁽⁶⁾. Sin embargo, si los procesos de integración se desarrollan adecuadamente y con una visión de largo plazo, una vez que se com-

trad. de Martínez, México, 2007; CARBAUGH, *Economía internacional*, trad. de Pilar Mascaró, Magda, 12ª ed., México, 2009; BERUMEN, *Economía internacional*, México, 2001; PARKIN, ESQUIVEL, *Microeconomía* (versión para la Latinoamérica), trad. de Julio Silverio Coro Pando, 5ª ed., México 2001; y 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: WŁONCZEK (coord.), *Integración de la América Latina, experiencias y perspectivas*, México, 1979; y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Factores para la integración Latinoamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, en las que se encuentran algunos ensayos clásicos sobre la materia. Igualmente es recomendable el libro de TAMAMES, BEGOÑA HUERTA, *Estructura económica internacional*, 19ª ed., Barcelona, 1999. Desde la perspectiva del desarrollo puede verse URQUIDI, *Otro siglo perdido. Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005)*, México, 2005.

⁽⁵⁾ Cfr. los mismos textos anteriormente citados.

⁽⁶⁾ *Ídem*.

pensar las anteriores asimetrías 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⁽⁷⁾.

Conviene 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 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⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ *Idem.*

⁽⁸⁾ Cfr. 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.

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 tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

3. Perfiles del derecho comunitario de la integración regional. Conviene en primer lugar distinguir, desde un punto de vista estrictamente jurídico, diversos ordenamientos jurídicos transversales y complementarios que frecuentemente se confunden entre sí. De esa 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⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Sobre Comercio Exterior, pueden verse los difundidos textos de PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, 2002; ARCELIA QUINTANA ADRIANO, *El comercio exterior de México*, 3ª ed., México, 2010; y WITKER, *Derecho del comercio exterior*, México, 2011. Sobre Comercio Internacional, SALDAÑA PÉREZ, *Comercio internacional. Régimen jurídico económico*, México, 2008; y REYES (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, México, 2008. Véase también el trabajo de CRUZ MIRAMONTES, *¿Derecho in-*

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 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⁽¹⁰⁾.

ternacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?, en GAXIOLA, PLATAS (coord.), *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 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, 1995.

⁽¹⁰⁾ 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

De esta manera, el Derecho Comunitario 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⁽¹¹⁾.

Por lo que hace a lo primero, vale la pena señalar que el Derecho Internacional Público tradicionalmente se había ocupado de regular las relaciones 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⁽¹²⁾.

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)

DROMI, EKMEKDJIAN, RIVERA, *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen de MERCOSUR*, 2ª ed., Buenos Aires, 1996.

⁽¹¹⁾ PIZZOLO, *Derecho e integración regional. Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, 2010.

⁽¹²⁾ Cfr. SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, México, 1994, p. 63 ss.

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⁽¹³⁾.

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⁽¹⁴⁾.

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⁽¹⁵⁾.

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 estudiosos, 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⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, cit., *passim*; y NEGRO (dir.), *Derecho de la integración*, Buenos Aires, 2010.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GRANILLO OCAMPO, *Derecho público de la integración*, cit.

⁽¹⁵⁾ Cfr. NEGRO (dir.), *Derecho de la integración*, cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SÁNCHEZ, *Derecho de la integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004.

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⁽¹⁷⁾.

En síntesis, el Derecho Comunitario de la integración: a) formalmente constituye un ordenamiento jurídico supranacional, b) de-

sarrollado 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.

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.

Juan Pablo Pampillo Baliño

⁽¹⁷⁾ Cfr. DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, 2007, p. 88 ss.

Interpretación de las Cortes regionales

Bibliografía: ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, p. 533; AYALA CORAO, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, p. 58; 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; ÁLVAREZ LEDESMA, *Sobre el Artículo 1 de las Constituciones de 1857 y 1917*, en *Juripolis. Rev. de derecho y política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, 2007, pp. 113-152; ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, México, 1995; BETTATI, *Le «law-making power» de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, p. 57 ss.; BETTI, *Sui prin-*

cipi generali del nuovo ordine giuridico, en *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212; BISOGNI, *Jurisdicción moderna*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2010, t. II; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 360 ss.; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, en *Dir. com. scambi int.*, 1983, p. 409; CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 774; CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, en www.federalismi.it; CIPPITANI, *Tribunal de justicia de la Unión Europea (interpretación y construcción del ordenamiento jurídico)*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2010, t. III;

CIPPITANI, *El «ordenamiento jurídico de género nuevo»: metáforas y estrategias en la jurisprudencia comunitaria*, en FERRER MAC-GREGOR, MOLINA SUÁREZ (edic.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, México, 2009, t. II, p. 21 ss.; CIPPITANI, *El Tribunal de justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, en *Juripolis. Rev. de derecho y política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México 2007, p. 85 ss.; COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia-Roma, 2010; DAVID, JAUFFRET-SPINOSSA, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1995, p. 125 ss.; EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, en *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294; HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, en *International Organization*, vol. 24, 1970; HITTER, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en *La Ley*, LXXII, n. 179, 17 setiembre de 2008, p. 19; HUERTAS DÍAZ, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2010, t. I; JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499 ss.; LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, en *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280; MARCHESI, *Derechos humanos (protección internacional)*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, cit., t. I; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-México, 2008; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athènes, Bruylant-Sakkoulas, 1996; RUEDA AGUILAR, *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, en <http://www.scjn.gob.mx/>, pp. 11-12; RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1980; SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg, 1995; VENTURA ROBLES, *La Corte interamericana de derechos humanos*, en *XIX Curso interdisciplinario en derechos humanos IIDH del 19 al 28 de junio del 2001*; WEILER, *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999.

1. La integración europea en la jurisprudencia del Tribunal de justicia y de la Tribunal EDH. El proceso de integración jurídica de la Unión Europea se basa en un conjunto de fuentes legales (Tratados constitucionales y derecho derivado) y de jurisprudencia emitida por el Tribunal de justicia (en adelante «TJUE») con el ejercicio de sus atribuciones⁽¹⁾: el control de la legitimidad sobre los actos de las otras Instituciones (art. 263 Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, (en adelante «Tratado FUE»); las decisiones acerca la responsabilidad contractual (art. 272 Tratado FUE) y extracontractual (arts. 268 y 340 Tratado FUE) de la Unión; las competencias para resolver los litigios entre la Unión y sus agentes (art. 270 Tratado FUE) y otras competencias contenciosas (arts. 271 ss. Tratado FUE). Sobre todo el TJUE tiene el poder de la interpretación prejudicial del derecho de la Unión (art. 267 Tratado FUE), que puede ser solicitada al Tribunal por los jueces nacionales, y cuanto a esos tienen que tomar una decisión sobre la validez e interpretación de una norma comunitaria.

Este proceso se desarrolla en un contexto político-legislativo de integración regional, cual es el de la Unión Europea, donde los Estados de la misma región pierden progresivamente su atribuciones de soberanía a favor de la construcción política supranacional⁽²⁾.

A nivel continental hay otro juez que contribuye a la elaboración del derecho aplicable en Europa, a pesar que no pertenece a un sistema de integración regional como se ha definido arriba.

Este juez es, la Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en lo siguiente «Tribunal EDH») que asegura el respeto de la

⁽¹⁾ CIPPITANI, *El «ordenamiento jurídico de género nuevo»: metáforas y estrategias en la jurisprudencia comunitaria*, en FERRER MAC-GREGOR, MOLINA SUÁREZ (edic.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, México, 2009, t. II, p. 21 ss.; *Id.*, *Tribunal de justicia de la Unión Europea (interpretación y construcción del ordenamiento jurídico)*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2010, t. III.

⁽²⁾ HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, en *International Organization*, vol. 24, 1970, p. 610.

Convención Europea y de los otros textos del Consejo de Europa en tema de derechos del ser humano. De esta manera el Tribunal EDH establece el sentido jurídico de los derechos humanos que, sin embargo, penetra en el ordenamiento de la Unión Europea en base a la jurisprudencia del TJUE y ahora del art. 6 del Tratado sobre la Unión Europea. Además, los conceptos jurídicos establecidos por el Tribunal EDH afectan los sistemas jurídicos de los derechos de los Estados Europeos, ya sean los que forman parte de la Unión Europea, o los que sólo firmaron la Convención Europea de los Derechos Humanos⁽³⁾.

Sin embargo este fenómeno de integración jurídica por el medio de la jurisprudencia no pertenece sólo al continente europeo, sino también a Latinoamérica, que lo hace interesante por su enlace histórico y cultural con Europa.

En el ámbito de organizaciones regionales de naturaleza y objetivos diferentes operan Tribunales que, desde hace unas décadas, han ido desarrollando una importante actividad interpretativa y consultiva, que ofrece muchos estímulos a los estudios no sólo a los americanos. Por esa razón, aquí se pretende investigar cómo los Tribunales de las organizaciones regionales iberoamericanas (la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁴⁾, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) elaboran conceptos jurídicos y además se tratará de responder a la pregunta de cuál sería el impacto de esos conceptos en el derecho de la región. Asimismo este análisis comparará los métodos utilizados por los Tribunales supranacionales europeos.

La tesis que se sostiene es que hay un método general, con el cual los jueces regionales fomentan la integración jurídica regional. Este ocurre independientemente del nivel de integración política del sistema al que pertenecen.

⁽³⁾ Los Estados que participan a la Convención son 47 más unos «observadores» como el México y los Estados Unidos.

⁽⁴⁾ HUERTAS DÍAZ, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, cit., t. I.

2. Los instrumentos interpretativos «usuales» en la jurisprudencia de las Cortes regionales. Los Tribunales regionales afirman utilizar los instrumentos interpretativos usuales⁽⁵⁾.

Según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en lo siguiente «Corte IDH») los criterios de interpretación son los establecidos por el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽⁶⁾. La Convención de Viena, en particular, establece que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos, en el contexto de esos y teniendo en cuenta objeto y fin de las fuentes internacionales⁽⁷⁾.

Empero es interesante destacar la interpretación de las Cortes regionales con sus particularidades, ya sea desde una perspectiva del derecho internacional o con referencia al derecho nacional.

De hecho, de la primera perspectiva, dichas Cortes no interpretan sólo tratados o textos jurídicos internacionales, como previsto en la Convención de Viena. De hecho esa Convención sólo toma en consideración el derecho internacional de los tratados y el derecho consuetudinario, que representan el texto y el contexto de la actividad interpretativa (véase el art. 31, párrafos 2 y 3). Las Cortes regionales tienen que ocuparse también de la interpretación de disposiciones de derecho interno en los ordenamientos nacionales. Como afirma la misma Corte IDH: «las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen»⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Por ejemplo v. TJUE, 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur v. Bundesrepublik Deutschland et The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame et al.*, C-46/93 y C-48/93, en Rec. 1996, p. I-1029.

⁽⁶⁾ Corte IDH, 21 de junio de 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin et al. v. Trinidad y Tobago*, serie C, n. 94.

⁽⁷⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte.

⁽⁸⁾ Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, *González et al. («Campo Algodonero») v. México*, serie C, n. 205.

Desde la perspectiva del derecho nacional, las Cortes supranacionales tienen un acercamiento interpretativos de hecho diferente a lo que hacen los jueces internos. Según la tradición jurídica de los países de *Civil Law*, los jueces deben exclusivamente derivar las normas de un sistema jurídico cerrado y completo, establecido por el legislador nacional. Las disposiciones de los códigos civiles (véase, por ejemplo, el art. 19 del Código civil del Distrito Federal y el art. 12 de las disposiciones preliminar al *Codice civile* italiano) representan la interpretación como recurrido lineal y casi algorítmico, que tiene como dimensión principal la interpretación literal del texto⁽⁹⁾. Los conceptos generales, las normas abiertas, son utilizados de manera muy limitada. El juez puede tomar en consideración argumentos ulteriores (como la finalidad de la ley) sólo si la interpretación literal no es suficiente para reglar un caso.

Los jueces regionales normalmente muestran deferencia a esa tradición, como cuando el Tribunal de justicia de la Comunidad Andina (en adelante «Tribunal CA») declara que «La primera labor del juzgador es la de acudir a la interpretación gramatical del texto legislado, para extraer de éste, sin mayor esfuerzo, el sentido que de sus propias palabras se pone en evidencia, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador». Sólo en defecto de la claridad gramatical del texto habría que «desarrollar la labor interpretativa con base en un criterio teleológico»⁽¹⁰⁾ y los demás de los criterios interpretativos más «modernos» (como los llama el Tribunal CA en contraposición con el método literal)⁽¹¹⁾, que son los métodos funcionales que hace referencia a la finalidad y a los principios generales⁽¹²⁾.

3. La interpretación teleológica como herramienta principal de las Cortes regionales. En realidad las Cortes supranacionales alteran la jerarquía hermenéutica tradicional, poniendo en la base de su actividad la interpretación teleológica.

En la jurisprudencia de las Cortes regionales la interpretación se desarrolla siempre para alcanzar una finalidad⁽¹³⁾. El uso del método teleológico depende del hecho que «No hay “neutralidad” en el Derecho; todo Derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos». La interpretación finalizada es particularmente importante en el tema de los derechos humanos: «Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatus político, o cualquiera otra situación o circunstancia»⁽¹⁴⁾.

La interpretación tiene que ser llegada a cabo, tomando en consideración la perspectiva teleológica, con la cual «se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección»⁽¹⁵⁾.

Sin una verdadera interpretación finalizada, las Cortes no podrían desempeñar su papel como el de tutelar los derechos humanos en el sistema de la Convención Americana⁽¹⁶⁾.

Al contrario de lo que pasa en los códigos civiles, la interpretación teleológica no es un momento posible, sino necesario, en el pro-

⁽⁹⁾ SACCO *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 224; ANGELASCO, *La technique législative en matière de codification civile. Etude de droit comparé*, Paris, 1930.

⁽¹⁰⁾ Tribunal CA, proc. 0002-AI-1996.

⁽¹¹⁾ Tribunal CA proc. 0004-AN-1992.

⁽¹²⁾ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996.

⁽¹³⁾ TJUE (Trib. Prim. Instancia), 11 de diciembre del 2003, *Conserve Italia v. Comisión*, T-305/00, en *Rec.* 2003, II-5663.

⁽¹⁴⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto del 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Voto concorrente del juez A.A. Cançado Trindade).

⁽¹⁵⁾ Corte IDH, *González et al. («Campo Algodonero»)* v. México, párrafo 59.

⁽¹⁶⁾ Corte IDH, Hilaire, *Constantine, Benjamin et al. v. Trinidad y Tobago*, cit., párrafo 19.

ceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de salida del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos⁽¹⁷⁾.

De hecho, como reconoce el Tribunal CA, después la declaración de respecto de la tradición formalista, la interpretación gramatical tiene que realizarse con «sentido finalista»⁽¹⁸⁾. Además el Tribunal acuerda que los principios generales no son una elaboración eventual, sino ellos son los que sustentan el ordenamiento jurídico «hasta el punto de que doctrina autorizada los coloca como primera fuente de interpretación en el sentido de que ni siquiera la propia ley puede contrariarlos porque forman parte de la conciencia jurídica colectiva de cada país»⁽¹⁹⁾.

Entonces, como claramente afirma el Tribunal Permanente del Mercosur (en adelante «TPR Mercosur»), los jueces de las organizaciones internacionales tienen que tomar en consideración los principios de derechos internacionales o los principios generales del Derecho, a pesar que dichos principios no forman parte del Derecho de la específica organización regional⁽²⁰⁾.

4. Los corolarios de la interpretación teleológica: efecto útil y sentido autónomo. De la interpretación teleológica los jueces regional deriven otros importantes instrumentos interpretativos.

La interpretación finalizada a la implementación del derecho regional lleva siempre a la búsqueda de un «efecto útil», o mejor, lleva a la mayor aplicación posible de dicho ordenamiento. Como argumenta el TJUE, el principio del efecto útil sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamien-

to de la Unión⁽²¹⁾.

Toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana interpreta los derechos reconocidos por la Convención buscando su efecto útil, con el objeto de proteger el individuo frente al Estado⁽²²⁾. Lo mismo que sucede en la jurisprudencia del Tribunal EDH⁽²³⁾.

Corolario al principio del efecto útil es el empleo de la norma más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la Convención, es decir, si a una situación son aplicables dos normas distintas «debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana»⁽²⁴⁾.

Como se ha comentado con referencia al caso de la Unión Europea, pero que se puede extender a todos los Tribunales regionales, el TJUE ha superado los criterios de los jueces internacionales (según la Convención de Viena), poniendo el método teleológico, junto con el principio del efecto útil, en la base de la «infraestructura del método hermenéutico comunitario»⁽²⁵⁾.

Se ha dicho anteriormente que, la Corte IDH, cuando refiere a la Convención de Viena, afirma que la interpretación tiene que ser desarrollada desde el sentido común de las palabras. El TJUE también dice que el significado de las fuentes comunitarias se establece

⁽²¹⁾ V. por ejemplo TJUE, 4 de octubre del 2001, *Italia v. Commission*, C-403/99, en *Rec.* 2001, p. I-6883; *Id.*, 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm et al. v. Bundeskartellamt*, 14/68, en *Rec.* 1969, p. 1.

⁽²²⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte. V. también la CARDONA LORENS, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI»*, t. I, San José, Costa Rica, 23 y 24 de noviembre de 1999, 2ª ed., p. 321, en <http://www.corteidh.or.cr/>.

⁽²³⁾ Por lo que se refiere a el método con el cual el Tribunal EDH aplica la Convención Europea, véase COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia-Roma, 2010.

⁽²⁴⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrafo 21, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; *Id.*, sent. del 31 de agosto del 2004 (*Fondo, Reparaciones y Costas, Ricardo Canese v. Paraguay*, serie C, n. 111).

⁽²⁵⁾ PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford-México, 2008, p. 353.

⁽¹⁷⁾ Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del TJUE, v., por ejemplo, JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499 ss.

⁽¹⁸⁾ Tribunal CA, proc. 0002-AI-1996.

⁽¹⁹⁾ Tribunal CA, proc. 0002-AI-1996.

⁽²⁰⁾ TPR Mercosur, laudo n. 01/2005, en el cual se cita a JIMÉNEZ GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, Diles, Madrid, 2002, p. 236.

« conformément à leur sens habituel en langage courant »⁽²⁶⁾.

En realidad los jueces regionales establecen el sentido de las palabras utilizadas en los textos que interpretan de manera coherente con los objetivos del derecho regional⁽²⁷⁾. Sin embargo el mismo art. 31 de la Convención de Viena establece que el sentido corriente depende del contexto y del objeto y del fin de los textos jurídicos. Además, como acuerdan algunas sentencias de la Corte IDH, la interpretación, que tiene en consideración los objetivos de la Convención Americana, respecta el principio de la buena fe del mismo art. 31 de la Convención de Viena⁽²⁸⁾.

Los Tribunales establecen no el sentido usual, sino un sentido técnico-jurídico, que es autónomo de los de los ordenamientos de los Estados integrados en una organización regional.

Este significado autónomo es necesario para asegurar la supervivencia del derecho comunitario, que en caso contrario, sería aplicado en maneras muy diferentes en cada Estado miembro, y en aplicación del principios como la igualdad de trato de lo sujetos jurídicos independientemente de sus orígenes nacionales⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ TJUE (Trib. Prim. Instancia), 30 de junio del 2005, *Olesen v. Commissione*, T-190/03, en *Rec.* 2005, p. II-805.

⁽²⁷⁾ V., por ejemplo, TJUE, 30 de enero de 1997, *De Jaeck v. Staatssecretaris van Financiën*, C-340/94, en *Rec.* 1997, p. I-461 (párrafos 21-25, 28, 34), en la cual se afirma que la palabra «reglamento» debe interpretarse de manera sistemática.

⁽²⁸⁾ Por ejemplo el principio de buena fe, con el fin del alcanzar los objetivos de la Convención Americana, se utiliza para interpretar la palabra «recomendaciones» (Corte IDH, 8 de diciembre de 1995, *Caballero Delgado y Santana*, serie C, n. 22; Id., 29 de enero de 1997, *Genie Lacayo*, serie C, n. 30) y el adverbio la «exclusivamente» (Id., 6 de agosto del 2008, *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*). Véase AYALA CORAO, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, p. 58, <http://www.idpc.es/>.

⁽²⁹⁾ TJUE, 9 de noviembre del 2000, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, C-357/98, en *Rec.* 2000, p. 9256, párrafo 26; Id., 19 de septiembre del 2000, *Lussemburgo v. Linster*, C-287/98, en *Rec.* 2000, p.

La Corte Interamericana establece el sentido autónomo, por ejemplo, cuando tiene que individualar el significado de la palabra «ley» en un tratado internacional, la cual no puede determinarse con la acepción en el derecho interno de un Estado Parte. El sentido de la palabra debe establecerse en el contexto de un régimen de protección de los derechos humanos y que no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. Entonces se podría entender como «ley» cualquiera norma que disciplina los derechos humanos, si no sólo textos aprobados por instituciones legislativas y según un procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁽³⁰⁾.

5. La elaboración de los conceptos jurídicos por los jueces regionales. La aplicación de la técnica interpretativa de las Cortes supranacionales llega a la elaboración de conceptos jurídicos específicos, tal vez llamados principios⁽³¹⁾.

Esos conceptos son los previstos en los Tratados internacionales regionales. Entonces la Corte IDH, cuando juzga, establece el contenido de los derechos reconocidos por la Convención Americana, como la libertad de expresión (art. 13), de religión (art. 12), de movimiento (art. 22)⁽³²⁾, el derecho a la sa-

6917, párrafo 43; Id., 4 de julio del 2000, *Comisión v. Grecia*, C-387/97, en *Rec.* 2000, p. 5047; Id., 18 de enero de 1984, *Ekro v. Produktschap voor Vee en Vlees*, 327/82, en *Rec.* 1984, p. I-107, párrafo 11. La regla de la aplicación uniforme se refiere también al derecho privado: v. Id., 23 de enero del 2000, *Dionisios Diamantis v. Elliniko Dimosio, Organismos Ikononimikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, C-373/97, en *Rec.* 2000, p. I-1705, párrafo 34; Id., 12 de marzo de 1996, *Pafitis et al. v. TKE et al.*, C-441/93, en *Rec.* 1996, p. I-1347, párrafos 68-70.

⁽³⁰⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva C-6/86, 9 de mayo de 1986, La expresión «leyes» en el art. 30 de la Convención americana sobre derechos humanos.

⁽³¹⁾ Con referencia al derecho de la Unión Europea v. PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford-Mexico, 2008, p. 346 ss.; CIPPITANI, *El Tribunal de justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, en *Juripolis. Rev. de derecho y política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, 2007, p. 85 ss.

⁽³²⁾ Corte IDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, cit., que hace referencia a la O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general n. 27, nota 135, párrafo 8.

lud⁽³³⁾, el derecho de asociación (art. 16), los derechos políticos (arts. 23 ss.)⁽³⁴⁾ etc.

Para aplicar las fuentes de su competencia, en base a lo mencionado previamente, las Cortes elaboran el sentido autónomo de las palabras utilizadas por las fuentes jurídicas, de la perspectiva teleológica de alcanzar los objetivos previstos por la organizaciones regionales.

Un ejemplo interesante a referir es el recorrido lógico utilizado por la Corte IDH para establecer el sentido de la palabra «propiedad» contenida en art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay⁽³⁵⁾ es emblemático porque la primera lamentaba que no había podido realizar sus ceremonias tradicionales, ni practicar sus actividades tradicionales de subsistencia, por la falta de tierra comunitaria.

La Corte ha declarado culpable a Paraguay por no haber garantizado la protección efectiva de la comunidad indígena, tomando en cuenta «sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres»⁽³⁶⁾.

En base a aquellos argumentos la Corte establece que por propiedad, en el caso específico, se tiene que interpretar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios «ancestrales», que es medio para la protección de los derechos humanos de la colectividad en el que basan su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.

Como reconoce la Corte, este es «un de-

recho de propiedad de la tierra distinto del concepto general del derecho de propiedad privada»⁽³⁷⁾, como derecho sobre una unidad económica. Sin embargo esta distinción «en razón del conjunto de derechos que, en la situación específica de la Comunidad Yakye Axa, están vinculados estrechamente a la garantía de este derecho: el derecho a la vida, el derecho a la identidad étnica, el derecho a la cultura y a la recreación de la misma, el derecho a la integridad y supervivencia como comunidad indígena»⁽³⁸⁾.

Es muy interesante la idea que tiene la Corte de la propiedad como un conjunto de aspectos de carácter material y también de componentes inmateriales, de carácter político, simbólico, cultural.

Para llegar a una protección efectiva de ese derecho de propiedad el Estado debe delimitar, demarcar y titular el territorio de las respectivas comunidades, así como «protegerlos de terceros que pretenden turbar la posesión o realizar actos contra su integridad, sobre la existencia, valor, uso o el goce de los bienes ubicados en las zonas geográficas donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad». Asimismo ese derecho prevalece sobre la propiedad general otorgada en la base de otros títulos.

El Tribunal EDH también utiliza un concepto más extendido de propiedad respecto a las nociones de *Civil law* e incluye por ejemplo los derechos de créditos. Ese concepto sirve para tutelar intereses personales, así como intereses no patrimoniales⁽³⁹⁾.

Las Cortes supranacionales no limitan su interpretación a las palabras de los textos fundamentales de las organizaciones regionales, sino también ellas mismas tienen que elaborar conceptos instrumentales para alcanzar los objetivos de dichas organizaciones.

⁽³³⁾ Corte IDH, 4 de julio del 2006, *Ximenses Lopes v. Brasil*, serie C, n. 149.

⁽³⁴⁾ Por ejemplo, Corte IDH, sent. del 6 de agosto del 2008, *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, serie C, n. 184.

⁽³⁵⁾ Corte IDH, 17 de junio del 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, serie C, n. 25. Véase el comentario de CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, en www.federalismi.it, 15 de diciembre del 2010, en particular la p. 7.

⁽³⁶⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit., párrafo 8.

⁽³⁷⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit., párrafo 121.

⁽³⁸⁾ *Idem*.

⁽³⁹⁾ V. las sentencias del Tribunal EDH n. 11810/03, *Maurice v. Francia*, y n. 1513/03, *Draon v. Francia*, ambas del 6 de octubre del 2005, que se refieren a la ley francesa n. 2002-2003 del 4 de marzo del 2002, que limitaba la indemnización de los médicos en consecuencia de un error en la diagnostica prenatal.

Las Cortes regionales se ocupan de definir también otras nociones como personalidad jurídica⁽⁴⁰⁾ o identidad personal (que se conectan el derecho a tener un nombre)⁽⁴¹⁾; el concepto de niño y la potestad parental como cura de los intereses superiores del niño⁽⁴²⁾; de capacidad jurídica⁽⁴³⁾; la noción substancial y no sólo formal de familia⁽⁴⁴⁾ etc. Sin embargo este complejo y continuo trabajo de elaboración de nociones jurídicas interesa y penetra todas las ramas del derecho. Sin una acción tan global no sería posible realizar el efecto útil de los Tratados en los cuales se basa la competencia de las Cortes regionales. Como se ha visto, sin la elaboración de conceptos de derecho civil no se podría aplicar los derechos humanos y los otros conceptos fundamentales.

6. La construcción de un ordenamiento jurídico regional. El resultado de la actividad interpretativa de las Cortes de las organizaciones regionales es algo de imprevisto del punto de vista del derecho internacional. De hecho los jueces supranacionales llegan

hasta a delimitar un verdadero ordenamiento jurídico diferente de los de los Estados que forman parte de una organización regional. En Europa la expresión más clara de este proceso se encuentra en la jurisprudencia del TJUE Van Gen en Loos en la cual se afirmó que «la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico de género nuevo en el ámbito del Derecho internacional, y en su favor los estados renunciaron (...) a sus poderes soberanos». También en la base del sistema de la Convención Europea de los derechos humanos se encuentra una idea de ordenamiento jurídico. De hecho, el Tribunal EDH considera a sí misma como el «garante constitucional del orden público europeo»⁽⁴⁵⁾.

Los jueces regionales ven un ordenamiento jurídico independientemente de la fase de integración institucional. Sin embargo, es la misma actividad de interpretación funcional que dirige hacia la individuación de un ordenamiento jurídico que constituye el objeto de dicha interpretación.

El Tribunal CA utiliza normalmente las expresiones «el ordenamiento jurídico andino» o «Derecho andino». El TPR Mercosur habla de «base jurídica de Mercosur» o «Derecho de la Integración», cuya expresión está llena de consecuencias, como se va a ver.

Además la Corte IDH argumenta que los instrumentos que protegen los derechos humanos forman un orden legal⁽⁴⁶⁾.

El reconocimiento de un sistema jurídico de los derechos humanos introduce una importante característica de los ordenamientos regionales. Dicho tipo de orden jurídico no es el tradicional sistema de relaciones internacionales «concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes»⁽⁴⁷⁾. Como se ha visto arriba los métodos inter-

⁽⁴⁰⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit., párrafo 84.

⁽⁴¹⁾ Véase por ejemplo Corte IDH, *Las Hermanas Sereno Cruz v. El Salvador*, cit., párrafo 120.

⁽⁴²⁾ V. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto del 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

⁽⁴³⁾ Para la citada Opinión Consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño, como consecuencia de los Tratados internacionales que se ocupan de menores «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».

⁽⁴⁴⁾ La Corte Interamericana se refiere al Tribunal EDH para definir la noción de familia, que no tiene que reducirse exclusivamente al matrimonio pero a otros lazos familiares de hecho (Corte IDH, Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño). Véase la voz «Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)», por A. Palazzo, en este Diccionario Analítico.

⁽⁴⁵⁾ Tribunal EDH, 23 de marzo de 1995, *Loizidou v. Turquia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

⁽⁴⁶⁾ Corte IDH, 16 de noviembre del 2009, *González et al. («Campo Algodonero») v. Estados Unidos Mexicanos*, serie C, n. 205, párrafo 62.

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

pretativas de los jueces regionales no llegan a aplicar los tratados contemperando los intereses de los Estados en la base del respecto de la soberanía. Al contrario, los Tribunales regionales se mueven desde el principio que el ordenamiento regional tiene que ser aplicado con la mayor amplitud posible, así limitando los poderes soberanos de los Estados. El ordenamiento así creado, como los internos, se aplica directamente a los particulares, creando derechos subjetivos que pueden protegerse en frente a las Cortes regionales y nacionales⁽⁴⁸⁾. De hecho el «modelo regional» de protección de derechos humanos es el más desarrollado en cuanto a lo «universal», por el rol que tiene la víctima individual ya sea en una fase de impulso al procedimiento, o en una fase de aplicación de los efectos de las sentencias⁽⁴⁹⁾.

Como destaca el TPR Mercosur, citando el abogado general del TJUE Paolo Mengozzi, la interpretación de las Cortes regionales ha contribuido a concretizar la «caracterización de los individuos y de las empresas como sujetos del ordenamiento comunitario»⁽⁵⁰⁾.

En el ordenamiento de la Unión Europea, el reconocimiento de la aplicación directa de los Tratados comunitarios a los sujetos fue el instrumento principal para actuar y reforzar la *primauté* del derecho supranacional⁽⁵¹⁾. Esta estrategia del TJUE convirtió los individuos en los «principales guardianes del respeto de los derechos comunitarios»⁽⁵²⁾.

El ordenamiento regional, así individuado por

la jurisprudencia, tiene una estructura muy particular respecto a los ordenamientos jurídico internos de cada país.

En primer lugar porque está compuesto por materiales jurídicos de naturaleza y origen diferentes: tratados internacionales, reglas establecidas por los órganos de las organizaciones, normas de derecho nacional. Este fenómeno aparece sobre todo en tema de los derechos humanos. Como afirma la Corte IDH: «El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)»⁽⁵³⁾.

De cualquier manera el carácter complejo de las fuentes se puede observar en todos los asuntos a los cuales se refieren los Tribunales regionales.

En segundo lugar se trata de ordenamientos abiertos y no cerrados como los derechos nacionales. Las sentencias de la Corte IDH afirman que «las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia»⁽⁵⁴⁾. La misma jurisprudencia hace referencia, para interpretar las normas de un tratado regional, a «la doctrina y a las disposiciones de los instrumentos de carácter universal (...) para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho»⁽⁵⁵⁾. Los instrumentos de derecho internacional que se consideran, son también los que involucran países que no pertenecen a la Convención Americana⁽⁵⁶⁾. Además, es muy importante la referencia a

⁽⁴⁸⁾ Corte IDH, *González et al. («Campo Algodonero») v. Estados Unidos de México*, cit.

⁽⁴⁹⁾ MARCHESI, *Derechos humanos (protección internacional)*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, cit., t. I.

⁽⁵⁰⁾ TPR Mercosur, Opinión Consultiva n. 01/2007, del 3 de abril del 2007.

⁽⁵¹⁾ RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308, afirma que «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

⁽⁵²⁾ WEILER, *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

⁽⁵³⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de Septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Corte IDH, 17 de junio del 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, cit., párrafo 128.

⁽⁵⁴⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

⁽⁵⁵⁾ *Ídem*.

⁽⁵⁶⁾ CARDONA LLORENS, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI»*, cit., p. 164.

otros jueces supranacionales que se ocupan de derechos humanos, en particular la Corte europea de los derechos humanos⁽⁵⁷⁾. Desde el inicio hubo un enlace muy fuerte entre las dos Cortes⁽⁵⁸⁾.

De hecho se opina que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»⁽⁵⁹⁾.

El TPR Mercosur toma en consideración la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, cuando tiene que establecer el sentido de la no discriminación. En el laudo n. 1/2005 el TPR Mercosur se refiere a la jurisprudencia europea para establecer si una medida sea discriminatoria, directamente o indirectamente y así afirma que «Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales». Y además «El principio define las circunstancias en las cuales un legislador, ya sea nacional, comuni-

tario o internacional puede adoptar medidas para proteger a los consumidores contra los riesgos para la salud, que habida cuenta de la incertidumbre reinante en la investigación científica, cabe asociar a un determinado producto o servicio»⁽⁶⁰⁾.

Muy interesante es el reenvío a las jurisprudencias a las Cortes de la misma región. Como ejemplo se puede considerar la Opinión Consultiva n. 01/2007 del TPR Mercosur en la cual se afirma que «En materia de sistema de interpretación prejudiciales (...) a nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien, a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo».

No obstante, el ordenamiento que consideran los jueces regionales, sea particular, es un ordenamiento jurídico verdadero, que pone en problemas de relación a los ordenamientos nacionales. La cuestión no se puede enfrentar sólo con los instrumentos de derecho internacional, sino elaborando herramientas específicas.

Entonces, en Europa, el TJUE además afirmó la teoría «monística» según la cual el ordenamiento comunitario está integrado con los sistemas jurídicas nacionales. En la jurisprudencia del TJUE se estableció que las normas del ordenamiento comunitarios son prevalentes con respecto a las nacionales (véase por ejemplo la sentencia en el caso Costa contra Enel). Cabe mencionar que este acercamiento fue inicialmente rechazado por las Cortes constitucionales nacionales, que apoyaban un modelo diferente: el «dualístico», basado en los dos ordenamientos (el comunitario y

⁽⁵⁷⁾ V. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, p. 67, que se refiere al Tribunal EDH, en los casos *Tyrer v. Reino Unido* (1978), *Marckx v. Bélgica* (1979), *Loizidou v. Turquía* (1995).

⁽⁵⁸⁾ Como destaca VENTURA ROBLES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos IIDH del 19 al 28 de junio del 2001*, p. 9 «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/>).

⁽⁵⁹⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, p. 67/68; v. también Id., Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Sobre el carácter vivo de la Convención europea, véase: Tribunal EDH, 30 de Junio del 1993, *Sigurður Sigurjónsson v. Island*, en *Rec.* 1993, p. 264; Id., 25 de abril de 1978, *Tyrer v. Reino Unido*; Id., 6 de mayo del 1981, *Comisión europea de los derechos humanos v. Alemania*, en *Foro it.*, 1981, IV, c. 273 «politica penale negli Stati europei»; Id., 18 de febrero del 1999, *Matthews v. Reino Unido*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, p. 1089.

⁽⁶⁰⁾ TPR Mercosur, laudo n. 01/2005.

el nacional) y éstos tenían que ser considerados distintos y autónomos⁽⁶¹⁾. Al final la teoría monista del Tribunal tuvo éxito y prevaleció sobre el acercamiento de las Cortes Constitucionales nacionales⁽⁶²⁾.

En Latinoamérica el tema de la eficacia del ordenamiento regional está reglado, sobre todo, con referencia al sistema de los derechos humanos. El efecto en el derecho interno se realiza por vía interpretativa como en la Constitución de Colombia, en la cual su art. 96 establece que: «los deberes y derechos consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos ratificados por Colombia». En otros países (como Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil) se utiliza la técnica declarativa en base a la cual se establece expreso los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales⁽⁶³⁾. En cuanto a México, la reciente reforma del 10 de junio del 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha modificado muchas disposiciones constitucionales añadiendo, en particular, la referencia a las normas internacionales en materia de derechos humanos⁽⁶⁴⁾. Emblemático es el nuevo art. 1 que establece «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internaciona-

les de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección» y en el segundo apartado donde menciona que «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia», haciendo referencia implícitamente al contenido y al método teleológico de la interpretación de la Corte IDH. Sin embargo, antes de la reforma, ya la Suprema Corte de justicia de la Nación de México y otros jueces utilizaban la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la Corte IDH en su sentencias⁽⁶⁵⁾.

La prevalencia del derecho supranacional no se limita a los derechos humanos, sino incluye todos los instrumentos de derecho regional, como afirma toda la jurisprudencia del TJUE, y sobre todo, como afirma el TPR Mercosur «El derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia». La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante.

Ya que, en caso contrario, se desnaturalizaría el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad del proceso de integración en sí mismo. Acorde a la interpretación del TPR Mercosur de las palabras del TJUE dice que en caso contrario se pondría «en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur»⁽⁶⁶⁾.

7. Los jueces regionales y el «Derecho de la integración». Las Cortes regionales, como se ha señalado anteriormente, desempeñan un rol fundamental para el derecho: ellas individualizan el orden jurídico; lo llenan de conceptos; aseguran la coherencia del derecho regional con el derecho nacional e internacional; reconocen los derechos subjetivos y

⁽⁶¹⁾ V., por ejemplo, las sentencias de la Corte cost., n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991, en <http://www.cortecostituzionale.it>. Sobre el tema v. Cfr. TE-SAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 120; cfr. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 12.

⁽⁶²⁾ Para la Corte constitucional italiana el punto de vuelta fue la sentencia en el caso *Granital v. Amministrazione delle Finanze* (n. 170 del 1984), en la cual la Corte Constitucional aceptó el modelo monista.

⁽⁶³⁾ RUEDA AGUILAR, *El fortalecimiento del sistema regional de protección de los derechos humanos en Latino América*, pp. 11-12, en <http://www.scjn.gob.mx/>.

⁽⁶⁴⁾ Para la disciplina y el contexto histórico filosófico de los derechos humanos en la Constitución mexicana, ÁLVAREZ LEDESMA, *Sobre el Artículo 1 de las Constituciones de 1857 y 1917*, en *Juripolis. Rev. de derecho y política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, 2007, pp. 113-152. Mas en general, ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, México, 1995.

⁽⁶⁵⁾ CABALLERO OCHOA, *Retratos hablados. Los derechos fundamentales y su interpretación en sede constitucional e internacional*, en *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, cit., t. I, p. 609 ss.

⁽⁶⁶⁾ TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 01/2007, 3 de abril de 2007.

garantizan el goce de dichos derechos directamente por los particulares.

La cuestión aquí sería cuál es la función desempeñada por las Cortes regionales. En Europa probablemente la función del TJUE ha sido equivocada. Según unos autores la jurisprudencia comunitaria, integrando y completando las «lagunas»⁽⁶⁷⁾ de un ordenamiento incompleto y poco profundo, desarrollaría una función «pretoria», colocándose en el cruce entre la interpretación y la creación del derecho⁽⁶⁸⁾. Por lo tanto, se habla de un *law-making power* del juez comunitario⁽⁶⁹⁾, que sustituye a aquel de las Instituciones legislativas⁽⁷⁰⁾. Esa doctrina jurídica profesa que el acercamiento al TJUE es, si no *contra legem*, cerca los límites de la legalidad. Similares opiniones se expresan con referencia al Tribunal EDH⁽⁷¹⁾, no obstante que en el sistema institucional de la Convención Europea de los Derechos Humanos no hay un verdadero poder legislativo que contraste con el poder judicial.

En realidad, como emerge de la misma doctrina, el presunto *law-making power* del juez no está explícitamente previsto en el ordenamiento jurídico comunitario. El poder legislativo solamente corresponde a las instituciones investidas de la facultad de elaborar las fuentes jurídicas comunitarias (en particular el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros). Tampoco el Tribunal de la Unión

Europea afirma o parece comportarse como si tuviera una «función normativa».

Por lo cierto, el TJUE puede efectivamente incidir en el ordenamiento jurídico comunitario y su poder se caracteriza por una discrecionalidad particularmente amplia, siendo un juez constitucional y de legitimidad de último grado. Sin embargo él sólo ejercita un poder jurisdiccional⁽⁷²⁾, es decir, interpreta y aplica en sus sentencias el derecho. Sin embargo, la diferencia de este con el juez nacional no está en un poder diferente o en la presencia de muchas lagunas en el derecho regional. Como argumentó Bobbio el problema de las lagunas es de naturaleza ideológica: siempre el lenguaje de las fuentes jurídicas está «incompleto», en cuanto que «el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresadas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse»⁽⁷³⁾ y siempre el intérprete (en particular el juez) tiene que «completar» el lenguaje legislativo⁽⁷⁴⁾.

De cualquier manera ésta es una característica de la jurisdicción moderna ya que cuenta con mayor espacio discrecional de los jueces necesario para atribuir coherencia a un ordenamiento jurídico siempre más complejo y multinivel⁽⁷⁵⁾.

La particularidad de los jueces supranacionales es que ejercitan un poder judicial específico que tiene la finalidad de interpretar y aplicar un Derecho regional.

Este proceso es mucho más claro en la juris-

(67) Véase MINGOZZI, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 248; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, p. 531.

(68) CAPOTORTI, *Le diritto comunitario non scritto*, en *Dir. com. scambi int.*, 1983, p. 409.

(69) BETTI, *Le «law-making power» de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, p. 57 ss.

(70) Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, en *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 y en las siguientes, recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

(71) V. entre los demás, MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. rights. law jour.*, 194, 1998, p. 6 ss.; LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280.

(72) Ésta es la opinión, entre otros, de EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309 ss. Al respecto de la diferencia entre «creatividad» de los jueces y funciones legislativas cfr. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 774 ss.

(73) BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 360 ss.

(74) Véase, entre los demás, BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212. Véase también René David, quien habla de una especie de «colaboración» entre intérprete y legislador. Este último, a través de los principios generales, demanda a los intérpretes integrar la legislación (DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, p. 125 ss.).

(75) BISOGNI, *Jurisdicción moderna*, en *Diccionario histórico judicial de México: ideas e instituciones*, cit., t. II.

prudencia regional de Latinoamérica, en donde la función judicial de las Cortes correctamente se considera dirigida al desarrollo de un «derecho de la integración regional». Como correctamente opina el Tribunal Permanente del Mercosur dicho derecho de la integración « tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho»⁽⁷⁶⁾. De igual manera como afirma el Tribunal del Mercosur que el Derecho de la integración contribuye al desarrollo de la institucionalidad y de la normativa de la organización regional.

La contribución de las Cortes a la integración jurídica de una región, por supuesto va más allá, sin duda, de la fundamental función judicial. Sin embargo, aún en este caso, no se puede hablar del ejercicio de un cualquier poder de naturaleza legislativa.

No hay que olvidar que los jueces supranacionales tienen una «autoridad científica y moral» que produce efectos para todo el modelo regional⁽⁷⁷⁾ y que la visión del Tribunal influye en la interpretación de los jueces nacionales⁽⁷⁸⁾ y de la literatura jurídica⁽⁷⁹⁾.

Es indudable que los conceptos elaborados por la jurisprudencia poseen una gran influencia sobre los jueces nacionales⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁶⁾ TPR Mercosur, Laudo n. 01/2005, p. 4.

⁽⁷⁷⁾ HITTER, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en *La Ley*, LXXII, n. 179, 17 setiembre de 2008, p. 19.

⁽⁷⁸⁾ Sobre la influencia del Tribunal de justicia en la jurisprudencia de los jueces del Reino Unido, COLLINS, *The Voice of the Community en Private Law Discourse*, en *European Law Journal*, 1997, 407 ss.

⁽⁷⁹⁾ Sobre la función del Tribunal de justicia en la interpretación del Derecho UE, v., entre otros: ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 533; 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; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athenes, Bruylant-Sakkoulas, 1996.

⁽⁸⁰⁾ Sobre la influencia que ejerce la jurisprudencia comunitaria sobre los jueces del Reino Unido, véase, por ejemplo: COLLINS, *The Voice of the Community in Private Law Discourse*, en *European Law Journal*, 1997, p. 407 ss.

En un sistema de integración regional de naturaleza política, como la Unión Europea, los jueces nacionales pertenecen a la misma estructura que asegura la aplicación del derecho comunitario, supervisada por el Tribunal supranacional: ellos causan la interpretación prejudicial; constituyen la referencia para establecer el sentido de la legislación nacional⁽⁸¹⁾; aplican la legislación regional⁽⁸²⁾; aplican el derecho nacional en el marco del sistema jurídico supranacional⁽⁸³⁾; en particular teniendo en cuenta las sentencias del TJUE⁽⁸⁴⁾. Sin embargo, también en sistemas regionales intergubernamentales, como los de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, operan mecanismos de aplicación directa del derecho regional⁽⁸⁵⁾, como el fenómeno del *Drittwirkung*, en base al cual el juez nacional aplica los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁽⁸⁶⁾. Por razones de coherencia sistemática dichos derechos humanos no podrían tener un sentido diferente de lo elaborado en el ámbito del sistema regional al cual el

⁽⁸¹⁾ Vid. las sentencias siguientes: TJUE, 24 de enero del 2002, C-372/99, *Comisión v. Italia*, en *Rec* 2002, p. I-819; TJUE, 8 de junio de 1994, C-382/92, *Comisión v. Reino Unido*, *Rec*. 1994, p. I-2435, párrafo 36; TJUE, 29 de mayo de 1997, C-300/95, *Comisión v. Reino Unido*, en *Rec* 1997, p. I-2649, párrafo 37.

⁽⁸²⁾ TJUE, 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Simmenthal*, *Rec*. 1978, p. 629.

⁽⁸³⁾ Vid., por ejemplo, TJUE, 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, en *Rec*. 1996, p. I-4705, párrafos 41-43.

⁽⁸⁴⁾ Vid. TJUE, 6 de julio de 1995, C-62/93, *BP Soupergaz v. Grecia*, en *Rec*. 1995, p. I-1883.

⁽⁸⁵⁾ Sobre ese tema v. CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, cit., p. 15 s.

⁽⁸⁶⁾ Véase, por ejemplo, SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg, 1995. En el derecho italiano la aplicación directa de la Convención Europea de los Derechos Humanos se afirma en la doctrina y en la jurisprudencia. V., entre otros, NUNIN, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 ss. Entre las sentencias por ejemplo: Cass., 27 de mayo de 1975, n. 2129, en *Giust. civ.*, 1976, I, p. 970; Cass., 2 febrero del 2007, n. 2247, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

Estado pertenece. La Corte IDH, en particular afirma que los jueces nacionales tienen una obligación de un «control de convencionalidad», es decir, de aplicar la jurisprudencia del juez regional en el derecho interno⁽⁸⁷⁾.

Además la elaboración jurisprudencial regional tiene un impacto muy relevante sobre las reflexiones doctrinales. En la Unión Europea la «Comisión Lando», por ejemplo, dice inspirarse en la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual para la elaboración de los principios de derecho contractual en el tema del daño resarcible, del nexo de causalidad y del concurso de los afectados al pago de daños⁽⁸⁸⁾ o la «fuerza mayor»⁽⁸⁹⁾.

Finalmente, la autoridad de los jueces regio-

nales condiciona el ejercicio de los demás poderes, en particular el poder ejecutivo y legislativo.

En la Unión Europea, la Comisión y las Instituciones legislativas, en sus documentos, reconocen el papel esencial de la jurisprudencia comunitaria para aplicar el derecho comunitario y para elaborar nuevas fuentes jurídicas⁽⁹⁰⁾.

Aún a nivel nacional, la jurisprudencia regional tiene una gran influencia sobre la elaboración del derecho positivo; un reciente ejemplo es la aprobación de la nueva ley de bioética francesa. El Parlamento y los órganos consultivos (como el Consejo de Estado) en todos sus documentos buscan proponer un texto que sea coherente con la jurisprudencia del Tribunal EDH⁽⁹¹⁾.

Roberto Cippitani

⁽⁸⁷⁾ Corte IDH, 26 de septiembre del 2006, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, serie C, n. 154, párrafo 124; *Id.*, 29 de noviembre del 2006, *La Cantuta v. Perú*, serie C, n. 162, párrafo 173.

⁽⁸⁸⁾ Véase *I principi di diritto europeo dei contratti*, edic. italiana a cargo de CASTRANOVO, Milano, 2001, p. 98.

⁽⁸⁹⁾ 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 ss.

⁽⁹⁰⁾ Sobre este tema, véase la Comunicación de la Comisión Europea, Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción, COM (2003) 68 del 12 de febrero del 2003, especialmente el párrafo 4.

⁽⁹¹⁾ CIPPITANI, *La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, en *Criminogenesis*, n. 8, 2011.

Interpretación evolutiva de los derechos humanos

Bibliografía: BIDART CAMPOS, *Los derechos «no enumerados» en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*, en MÉNDEZ SILVA, *Derecho internacional de los derechos humanos: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de investigaciones jurídicas, Buenos Aires, México, 2002, pp. 103-113; CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, 2001; MEDINA, MERA, *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago, 1996; NASH, *El sistema interamericano de derechos huma-*

nos en acción. Aciertos y desafíos, 1ª ed., México, 2009; NASH, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Santiago, 2008; SALMÓN, *Introducción a los derechos políticos y civiles de los pueblos indígenas en América Latina*, en *Desafíos de la participación política indígena y de las políticas públicas para los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Temuco, 2011, pp. 11-15.

1. Concepto. La Interpretación evolutiva de derechos humanos es una doctrina hermenéutica desarrollada por las principales cortes internacionales con competencia en ma-

teria derechos humanos, conforme la cual se asume a los tratados internacionales de derechos humanos como instrumentos «vivos» cuya interpretación debe adecuarse a los tiempos y a los contextos en que se ejercen los derechos protegidos, con la finalidad de asegurar siempre el mayor grado protección para la persona humana

La interpretación evolutiva se sostiene en un conjunto de normas y principios jurídicos obligatorios propios del derecho internacional, en particular del derecho internacional de los tratados que los tribunales internacionales con competencia en materia de derechos humanos progresivamente han ido integrando y desarrollando hasta consolidar un *corpus* de jurisprudencia obligatoria en materia de derechos humanos⁽¹⁾. Se trata de «una jurisprudencia convergente en cuanto a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y las implicaciones y consecuencias de ahí derivadas»⁽²⁾ que ha contribuido al aseguramiento de una interpretación más uniforme del derecho internacional de los derechos humanos.

Normativamente, la interpretación evolutiva de los derechos humanos también se rige por las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual sistematiza los Principios Generales del Derecho Internacional Público en materia de interpretación⁽³⁾. Esta doctrina se fundamenta concretamente en la regla general de interpretación del art. 31 n.1 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que, a su vez, contempla el principio internacional del *effet utile* que impone la «humanización del derecho de los tratados»⁽⁴⁾, que consis-

te en la obligación de dar un «efecto útil» a los tratados, en particular respecto de los tratados de derechos humanos, obligando a interpretar el derecho y desarrollar todas las acciones necesarias para asegurar la vigencia de los derechos humanos en todo tiempo, lugar y condiciones sociales. Este principio, instituido ya como *jus cogens*, impacta directamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos integrando el imperativo *pro persona* en las relaciones jurídicas, tanto internacionales como intraestatales. El referido artículo establece como principio básico en materia de interpretación que un tratado «deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Los presupuestos de esta disposición son la base para la construcción de todo el sistema de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. A partir de éstas se derivan otro conjunto de criterios o reglas para la interpretación de los derechos humanos que se pueden sintetizar en la necesaria integralidad de la interpretación, la sistematicidad de la interpretación, la relevancia del objetivo y fin del tratado y el carácter dinámico de la interpretación. O dicho de otra forma, «la interpretación de cada disposición y respectivo derecho, garantía o libertad, debe realizarse teniendo en cuenta todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos»⁽⁵⁾, lo que se conoce como el «*corpus juris* de derechos humanos»⁽⁶⁾.

La interpretación evolutiva de los derechos humanos es el mecanismo que articula este *corpus juris* internacional de derechos humanos, obligando a los estados a cumplir con los tratados de derechos humanos más allá de su tenor literal, no como instrumentos

(1) NASH, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, pp. 46-51.

(2) CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 50-58.

(3) NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 1ª ed., 2009, Editorial Porrúa S.A., México.

(4) CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los*

derechos humanos en el siglo XXI, cit., ivi.

(5) NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, cit.

(6) Véase la nuestra voz «*Corpus juris*» internacional de derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

aislados o autónomos, sino que dando cumplimiento efectivo a los principios internacionales aplicables en materia de protección de los derechos humanos y también a los llamados «derechos implícitos»⁽⁷⁾, como categorías obligatorias y subyacentes en los textos expresos, emanadas del núcleo esencial de estos derechos, desarrollados en el marco de esta misma interpretación evolutiva de los derechos humanos y el conjunto de los diversos instrumentos internacionales que contribuyen a la construcción hermenéutica, conocidos como *softlaw*. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: «El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo»⁽⁸⁾.

Este *corpus* normativo, autónomo, dinámico y hermenéuticamente «expansivo» en su potencial de protección de los derechos humanos a partir de la interpretación evolutiva, como concreción del principio «*pro persona*» o «*pro homine*», se materializa en la obligación de adoptar medidas específicas para alcanzar este marco amplio de protección de los derechos humanos se despliega

en diversas dimensiones que es preciso distinguir como las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación⁽⁹⁾. En primer término, la obligación de respeto se enmarcará dentro del mandato que cada instrumento internacional presupone y que consiste en dar cumplimiento a la conducta descrita en la disposición, tanto absteniéndose de realizar un determinado acto o cumpliendo con dar cierta prestación. A su vez, para el cumplimiento de las obligaciones se requiere que el estado adopte medidas efectivas para concretar su realización, como el desarrollo de políticas públicas. En particular, cuando las medidas son de largo plazo o denominadas de desarrollo progresivo, será necesario cumplir con requisitos mínimos que permitan que las medidas tiendan sostenida y efectivamente a la plena realización del derecho. Por ello, en ningún caso se podrán adoptar medidas de carácter regresivo respecto de los derechos ya reconocidos, el cumplimiento de las medidas no puede quedar supeditado a la discrecionalidad de la autoridad, se debe justificar las razones que impidan el cumplimiento, junto con adoptar las medidas correctivas dirigidas a asegurar el proceso de consecución del fin propuesto⁽¹⁰⁾. En segundo lugar, la obligación de cumplir con los derechos humanos es una obligación de garantía que implica el deber del estado de promover la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y libertades reconocidos, tanto a través de su normativa interna, como por medio de los órganos o políticas públicas. Como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹¹⁾, esta es una obligación activa que trasciende social e institucionalmente dado que el estado debe crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos, cualquiera sea su contenido nor-

⁽⁷⁾ BIDART CAMPOS, *Los derechos «no enumerados» en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*, en MÉNDEZ SILVA, *Derecho internacional de los derechos humanos: memoria del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Buenos Aires, México, 2002, pp. 103-113.

⁽⁸⁾ Corte IDH, Opinión consultiva 17 septiembre 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 120.

⁽⁹⁾ Véase la voz «Discriminación», por I. Díaz García, en este Diccionario Analítico.

⁽¹⁰⁾ NASH, *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, cit., p. 125.

⁽¹¹⁾ Corte IDH, 28 de julio de 1988, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, párrafo 166.

mativo. Asimismo, es una obligación de carácter complejo que se despliega en un conjunto de mandatos y medidas concretas, como por ejemplo: la obligación de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos, el deber de protección frente a amenazas en el goce de los derechos; la necesidad de adoptar medidas de prevención general frente a violaciones graves de derechos; el deber de reparar a las víctimas; y la obligación de cooperar con los organismos internacionales para apoyar sus actividades de control⁽¹²⁾. Estas obligaciones estatales en materia de derechos humanos también implican el deber estatal de no discriminar⁽¹³⁾, en el goce y ejercicio de los derechos. El acto discriminatorio podrá ocurrir en forma directa o podrá suceder en forma indirecta al omitirse el deber estatal de protección y garantía de los derechos de una persona o grupo determinado que sean víctimas de un acto o política discriminatoria. En este sentido, el estado debe prohibir y sancionar todo tipo de discriminación que pueda darse en las relaciones entre particulares, evitando también que se promueva el desarrollo de acciones e ideas discriminatorias. Por cierto que no toda diferenciación en el trato es constitutiva de discriminación y es posible que un trato diferenciado sea legítimo⁽¹⁴⁾.

Finalmente, estas tres obligaciones, de respeto, garantía y no discriminación, se articulan con la obligación de reparación y el deber de no repetición, fundados en la responsabilidad internacional del estado ante el eventual incumplimiento de las tres obligaciones anteriores. Como ha señalado la Corte Interamericana, de acuerdo a la norma del Derecho Internacional General que señala que toda violación de una obligación internacional que cause daño genera el deber de repararlo adecuada e integralmente,

al producirse un hecho ilícito imputable a un estado por incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, «surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación», debiendo restablecer las cosas a la situación anterior a la violación. Asimismo, de no ser posible la restitución, la Corte determinará las medidas para que junto a la garantía de respeto de los derechos vulnerados, «se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados». Respecto del deber de no repetición, señala la Corte Interamericana que es «necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso»⁽¹⁵⁾. Agrega finalmente el Tribunal que la obligación de reparar que comprende amplios aspectos, como el «alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios» es regulada por el Derecho Internacional y «no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno»⁽¹⁶⁾.

En el contexto general de los tribunales internacionales la interpretación evolutiva como doctrina de interpretación de los derechos humanos ya se empieza a definir en 1971 cuando la Corte Internacional de Justicia pronuncia la Opinión Consultiva sobre Namibia en que sostuvo que las disposiciones del Pacto de la Liga de las Naciones de 1920 no eran estáticas sino normas evolutivas por

⁽¹²⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comentario general n. 18* (1989), párrafo 7, en Nash (2008, p. 132).

⁽¹³⁾ Corte IDH, 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*.

⁽¹⁴⁾ NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Acteros y desafíos*, cit., Nash, pp. 29-38 y pp. 126-127.

⁽¹⁵⁾ Corte IDH, 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, párrafo 136; Id., 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párrafo 241, pp. 265-267.

⁽¹⁶⁾ Corte IDH, 26 de septiembre 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), *Almonacid Arellano et al. s. Chile*, párrafos 134-138, (*infra*, 155-158: Id., 5 de julio de 2006, *Montero Aranguen et al.*, párrafos 117-118; *Ximenes Lopes*, párrafos 209-210; y *Caso de las Masacres de Ituango*, párrafos 347-348).

definición y que la Corte debía «tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio-siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución subsiguiente del derecho, gracias a la Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario». Agregó también que «un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el ámbito del sistema jurídico como un todo en vigor en el momento de la interpretación»⁽¹⁷⁾. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha afirmado que la Convención Europea de Derechos Humanos es un instrumento «que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales»⁽¹⁸⁾. Mientras, en el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del art. 29.b de la Convención Americana⁽¹⁹⁾, sostiene que la interpretación evolutiva de los derechos humanos «prohíbe una interpretación restrictiva de estos derechos» y que el estado «debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo» que otorgue protección a los derechos garantizados por la Convención Americana⁽²⁰⁾. En este sentido, la Corte Interamericana 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»⁽²¹⁾ «(...) 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»⁽²²⁾.

2. Interpretación evolutiva y principio «pro persona». Sobre la base de la obligación general de cumplir el objeto y fin de los tratados y que los tratados de derechos humanos persiguen la consagración de derechos fundamentales que obligan y limitan a los estados, las obligaciones emanadas del objeto y fin tendrán efectos concretos en materia de interpretación. En particular, cada vez que se sea necesario determinar el contenido, sentido o alcance de un derecho, en relación con un titular de tal derecho, «se debe orientar la interpretación a la mejor forma de dar eficacia al mandato normativo», de forma tal que el titular de ese derecho «lo pueda gozar y ejercer considerando sus particularidades personales, colectivas y situacionales»⁽²³⁾. En consecuencia, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda interpretación debe seguir el principio rector conforme el cual, al interpretar la Convención, siempre debe preferirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos al ser humano por dicho tratado. Por ello, cuando se puedan presentar dudas sobre el contenido, sentido y alcance de un derecho o una obligación o bien existiendo diversas interpretaciones posibles de una misma disposición, siempre debe optarse por aquella que permita un mejor goce y ejercicio en concreto de los derechos y libertades contenidos en el tratado objeto de interpretación⁽²⁴⁾. Siempre deberá

⁽¹⁷⁾ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre Namibia, 1971, pp. 31-32, parr. 53, en Cançado Trindade, 2001, p. 48.

⁽¹⁸⁾ Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de abril de 1978, *Tyrer v. Reino Unido*, pp. 15-16, párrafo 31, en Cançado Trindade, 2001, p. 48.

⁽¹⁹⁾ «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». Corte IDH, 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, párrafo 146.

⁽²⁰⁾ Corte IDH, 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, párrafo 148.

⁽²¹⁾ Corte IDH, 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, párrafo 146.

⁽²²⁾ Caso *Mapiripán*, párrafo 105.

⁽²³⁾ NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, cit., pp. 48-49.

⁽²⁴⁾ *Ídem*.

preferirse la interpretación que sea una garantía eficaz de los derechos de la persona, individuales o colectivos.

De esta forma la Corte Interamericana de Derechos humanos a la luz de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos ha ido desarrollando progresivamente un *corpus* jurídico con categorías normativas propias, en especial respecto de derechos relevados como «derechos implícitos» que han arrojado un nuevo marco de derechos humanos, de más alto estándar, en especial en materias como la discriminación, los derechos indígenas, la infancia y más recientemente derechos en materia de género y opción sexual ⁽²⁵⁾. Por ejemplo, al conocer del Caso *AwasTigni* (2001), resolvió que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios, debía entenderse incluido en la protección del derecho de propiedad garantizada por el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos ⁽²⁶⁾. Éstos y otros derechos de los pueblos indígenas, interpretados a la luz de la Convención, van más allá del contenido estricto y descontextualizado de algunas las disposiciones de tratados, por el contrario, tras el ejercicio hermenéutico evolutivo, estos derechos emergen de la lectura que hace la Corte Interamericana de las diversas disposiciones de los tratados, declaraciones, resoluciones y la misma jurisprudencia en desarrollo, aplicados en su conjunto bajo el paradigma de que son el único camino posible, en este caso, para asegurar la existencia plena de los pueblos indígenas, como derechos que se desprenden del principio *pro persona* aplicado en la materia. Así, avanzando en esta interpretación evolutiva, más recientemente, la Corte Interamericana ha llegado a sostener que: «Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a

fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural (...). Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos (...).

La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática ⁽²⁷⁾.

3. Interpretación evolutiva y control de convencionalidad. En la Convención Americana de Derechos Humanos es el art. 29.b el que sostiene la interacción que opera entre las normas nacionales y las del sistema internacional, conforme la cual una ley nacional no solo es interpretada por los jueces nacionales, sino que también por los órganos competentes internacionales. Cuando la Comisión y la Corte interamericanas controlan en el plano internacional la conducta de los estados en relación con las obligaciones que establece la Convención, deben incluir en la interpretación de las normas de la Convención «las posibles mejoras que esa norma haya tenido en el ordenamiento jurídico interno del país respectivo» ⁽²⁸⁾. Paralelamente, de acuerdo a este mismo mandato del art. 29b. referido, cuando los jueces del estado resuelven conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, deben aplicarla en el sentido que se ha ido construyendo conforme la interpretación evolutiva, pudiendo y debiendo, bajo

⁽²⁵⁾ Corte IDH, 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*.

⁽²⁶⁾ Corte IDH, 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, párrafos 148-150.

⁽²⁷⁾ Corte IDH, 27 de junio de 2012, *Pueblo Indígena Sarayaku v. Ecuador*, párrafo 216, *infra* 286.

⁽²⁸⁾ MEDINA, MERA, *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Santiago, 1996, p. 52.

el principio *pro persona* dar preeminencia a la interpretación de la Convención que permita asegurar un mejor marco de protección de los derechos humanos objeto del control judicial. Este procedimiento o mecanismo es el que se conoce como «control de convencionalidad» el cual debe seguir los parámetros establecidos en el marco de la interpretación evolutiva. Este control jurisdiccional es ejercido por los tribunales nacionales para determinar si los actos, medidas o disposiciones dictadas por los estados en el ordenamiento jurídico interno potencialmente puedan vulnerar los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales se deberán ajustar a los mandatos de ésta según se definan en su interpretación evolutiva. Luego, los estados partes de esta Convención y de otros instrumentos de derechos humanos deberán aplicar e interpretar las normas pertinentes del derecho interno considerando los avances interpretativos a fin de dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos bajo los imperativos del principio «*pro persona*» y la interpretación evolutiva de los derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que dentro del marco de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra el «control de convencionalidad» que deben practicar los jueces nacionales⁽²⁹⁾. Dicho «control de convencionalidad» es un mecanismo fundamental para alcanzar el respeto y la efectiva vigencia del Derecho Internacional de Derechos Humanos que los jueces recogen e introducen al ordenamiento interno, consolidando un cuerpo jurídico único e integrado con las garantías constitucionales, pero adecuado a los tiempos y nuevas situaciones, mediante la interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽³⁰⁾. Concretamente la Corte ha se-

ñalado que: «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 obliga 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, 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 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»⁽³¹⁾.

Finalmente, conforme lo definido y desarrollado podemos sintetizar la interpretación evolutiva de los derechos humanos bajo las siguientes reglas hermenéuticas⁽³²⁾: El contexto de un tratado no se limita al texto de la norma a interpretar, sino que considera la interconexión del articulado en su conjunto, el preámbulo y los anexos o protocolos; La interpretación debe ser integral, interconectando las diversas fuentes que forman parte de este contexto, en consecuencia, para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos se deben considerar todos los instrumentos que digan relación a las materias propias del tratado y todo instrumento formulado por uno o más de los estados partes con motivo de la celebración del tratado, aceptado por las demás como instrumento referente a él; Participarán del proceso interpretativo las múltiples fuentes

⁽²⁹⁾ Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano et al. s. Gobierno de Chile*.

⁽³⁰⁾ SAGÜES, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en *Rev. de estudios constitucionales*, 1, 2010, p. 118.

⁽³¹⁾ Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*.

⁽³²⁾ Para el desarrollo de las reglas planteadas seguimos a Claudio Nash (NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, cit., pp. 46-51).

complementarias que ayudan a fijar el contenido y alcance de estos derechos, como los Principios Generales de Derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales; No es lícito hacer distinciones ni reparos jerárquicos entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse todos ellos en cuenta cuando se busque determinar el contenido y alcance de una norma internacional de derechos humanos.

El intérprete debe buscar caso a caso y preferir aquella interpretación de la norma «que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieron estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos»⁽³³⁾.

Juan Jorge Faundes Peñafiel

⁽³³⁾ NASH, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, cit., pp. 46-51.

Integración jurídica americana

Bibliografía: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, 1989; ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007; BORCHARDT, *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 2000; CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; CAMPINS-ERITJA, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, 1996; COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996; CRUZ MIRAMONTES, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, 2002; DÁVILA ALDÁS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, 2002; DE LA REZA, *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, 2006; DE LA SERNA, *El Caribe en la encrucijada de su historia. 1780-1840*, Colección Panoramas de Nuestra América, México, 1993; DEL ARENAL (coord.), *Las cumbres iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*, Madrid, 2005; DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001; ENRIQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, México, 1969; FIX FIERRO et al. (edic.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, 2003; GARCÍA PICAZO, *La idea de Europa: historia, cultura, política*, Madrid, 2008; GONZÁLEZ (edic.), *Iberoamérica 2020. Retos ante la crisis, Siglo XXI*, Madrid, 2009; ÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los negocios internacionales*, México, 2006; GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para*

América Latina, FCE, México, 1994; GUZMÁN BRITO, *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, en ESBORRAZ (coord.), *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; HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003; ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, 2000; JIMÉNEZ PIERNAS (edic.), *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid, 2003; JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; LEÓN (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, 1999; LÉZÉ, DE LA ROSA, ISLAS COLIN, *La Unión Europea*, México, 2010; LINDE PANIAGUA, MELLADO PRADO, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2003; LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y declaraciones más relevantes*, Albacete, 2005; MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea, Madrid, 2005; MANGER, La organización de los Estados americanos. Antecedentes históricos, propósitos y principios, situación actual y perspectivas inmediatas*, en *Cursos monográficos*, vol. VII, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1960; MIDÓN, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Buenos Aires, 1998; NISHIJIMA, SMITH

(coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, 1997; ORTIZ AHLF, VÁZQUEZ PANDO, DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*, México, 2000; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, 2002; PAEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, México, 2008; PAMPILLO BALIÑO, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Ibañez Editores, la Pontificia Universidad Javeriana y la Escuela Libre de Derecho, Bogotá, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México, 2008; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruselas, 1996; PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000; PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; PUYANA (coord.), *La integración económica y la Globalización ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, Flacso y Plaza y Valdés, México, 2003; RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; SÁNCHEZ CORDERO, *Los informes doing business del Banco Mundial. Reflexiones mexicanas*, México, 2006; SÁNCHEZ CORDERO, *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, México, 2006; SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, 1999; SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría jurídica de la integración latinoamericana*, Parlamento Latinoamericano, Sao Paulo, 2001; SCHULZE (edic.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008; TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1992; VAN WYNYEN, THOMAS jr., *La Organización de los Estados americanos*, México, 1968; VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, Editan la Cámara de Diputados, México, 2006; VIDAL BENEYTO, ALONSO GARCÍA et al., *Hacia una Corte de usticia latinoamericana*, Fundación, AMELA, Valencia, 2009; VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, 2008; VILLAFUERTE SOLÍS, LEYVA SOLANO (coord.), *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, 2006; VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 3 ss.; Vv.AA. - INSTITUTO MATÍAS ROMERO (coord.), *La OEA hacia el siglo XXI*,

Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1998; WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, México, 1993; WITKER (coordinador), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, 2004; WITKER, OROPEZA (coord.) *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, 2004.

1. Introducción. 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 nuevos paradigmas que están empezando a articular el pluralismo jurídico del hemisferio, pero que además pudieran proveer las bases epistemológicas que vertebran una nueva ciencia jurídica continental. La experiencia de la Unión Europea - arquitectura institucional, sistema de fuentes jurídicas y metodología de interpretación - ha configurado un nuevo «derecho bisagra» que está empezando a permear en diversos organismos, estados e instituciones americanos. Aunque los primeros proyectos e iniciativas de integración regional americana 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 hispanoamericanismo 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 esa 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 sienta 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 nuevo 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⁾. En efecto, 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 «globalización» (globalización +

⁽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: ARNAUD, *Entre modernidad y globalización*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; BHAGWATI, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, Editorial Arena, Barcelona, 2005; BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006; BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998; CARBONELL, VÁZQUEZ (coord.), *Estado constitucional y globalización*, Editan Porrúa y la UNAM, México, 2001; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, ILSA, Bogotá, 2009; DOMINGO, *¿Qué es el derecho global?*, 2ª ed., The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008; DOMINGO, SANTIVÁNEZ, CAICEDO (coord.), *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006; FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Thomson Aranzadi, 2010; IANNI, *Teorías de la Globalización*, 7ª ed., Siglo XXI y UNAM, México, 2006; KAPLAN, *Estado y globalización*, UNAM, México, 2002; SOROS, *Globalización*, Editorial Planeta, Barcelona, 2002; STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Editorial Taurus, México, 2002; STIGLITZ, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, Editorial Taurus, México, 2006; VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, Trillas y Universidad Anáhuac, México, 2003; ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Dykinson, 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» MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en NISHIJIMA, SMITH (coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, Editan CIDAC y Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, p. 37. Dichos bloques asumieron a su vez diversos niveles de compromiso respecto de la intensidad de su integración. Así, según diversos estudiosos, tenemos 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 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 desde luego por la Unión Europea. Cfr. MIDÓN, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Buenos Aires, 1998, *passim* y MOLS, *La integración regional*, cit., *passim*. Desde luego que la ubicación de los diversos esquemas de integración a la anterior tipología es objetable, sin embargo, ofrece un panorama general útil para quienes se acercan por primera vez al tema. Por otro lado, cabe destacar 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.

localismos)⁽³⁾. 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 sus mercados locales, pero también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

La importancia del derecho de la integración también se aprecia en el declive de la dogmática que nació de la codificación nacionalista del siglo XIX, pues ha desdibujado 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, el derecho de la integración y el derecho común se han conformado de manera flexible y casuista a través e una des-

tacada intervención de la judicatura y de la ciencia jurídica que le han devuelto la centralidad a la interpretación jurídica.

El origen del derecho de la integración se encuentra en el proceso de integración económica, social, política y cultural europea, así como a la estructura institucional a través de la cual se ha venido configurando de la década de los 1950s⁽⁵⁾.

Dicho derecho comunitario de la integración se estructuró de acuerdo ciertos principios fundamentales, dentro de los cuales destacan: 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). Un aspecto sumamente interesante del derecho comunitario se encuentra en los «principios

⁽⁵⁾ Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México 2008; *Id.*, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012; *Id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, 2012. También en diversos ensayos consultable en mi página web académica: <http://works.bepress.com/>. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, 1989; ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007; BORCHARDT, *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 2000; CAMPINS-ERITJA, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, 1996; DIAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001; GARCÍA PICAZO, *La idea de Europa: historia, cultura, política*, Madrid, 2008; ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, 2000; JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; LÉZE, DE LA ROSA, ISLAS COLÍN, *La Unión Europea*, México, 2010; LINDE PANIAGUA, MELLADO PRADO, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2003; LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, 2005; MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Madrid, 2005; PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000; PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008; RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993; TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1992.

⁽³⁾ El término «glocalización» se acuña, hacia la década de los 1980s, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en DIAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, p. 3.

⁽⁴⁾ En general, véase a ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007 y a PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, 2008.

generales comunes», creados por el Tribunal de Luxemburgo⁽⁶⁾. Dichos principios son el resultado del empleo de los métodos interpretativos sistemático, teleológico, concurrente, comparado y progresivo que han dotado al derecho comunitario de un dinamismo dialéctico que, según la expresión de Von Bogdandy, ha creado un auténtico «espacio jurídico europeo» que conforma una especie de nuevo *ius europaeum*⁽⁷⁾.

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, 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, junto con otras: 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)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos⁽⁸⁾. Más recientemente, destacan los que se han

traducido en el *Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo*⁽⁹⁾. 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.

3. Historia y actualidad de la integración jurídica americana. 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** (1950s-1980s y hasta nuestros días), **5) Fragmentación Subregional del Continente** (1960s-1990s y hasta nuestros días) y **6) Entre América Latina y el Pacífico** (desde los 1990s)⁽¹⁰⁾.

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, que en realidad es el primer antecedente de la integración americana, formando ella misma parte de un proyecto supranacional muchísimo más ambicioso, vinculado por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ 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 a continuación: JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1996; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 1996; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, 1998; RUIZ-JARABO COLOMER, *La Función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*; RODRÍGUEZ IGLESIAS, CASTILLO DE LA TORRE, *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ambas en JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid, 2003.

⁽⁷⁾ VON BOGDANDY, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, p. 3 ss.

⁽⁸⁾ EEn extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996.

⁽⁹⁾ Cfr. SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008.

⁽¹⁰⁾ Otra propuesta de periodización en OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*, México, 2010, p. 19.

⁽¹¹⁾ Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de BRADING, *Orbe indiano. De la monarquía católica a la república criolla 1492-1867*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; DE ICAZA DUFOUR, *Plus ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, 2008; OTS CAPDEQUÍ, *El Estado español en las Indias*, La Habana, 1975; PÉREZ PRENDES, *La Monarquía indiana y el Estado de derecho*, Asociación Francisco López de Gómara, Valencia, 1989. Más en general sobre la

El segundo periodo, relativo a las utopías y proyectos iberoamericanos, supone en primer lugar el proceso de emancipación de América, 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, que son las más conocidas entre muchas otras propuestas, como las debidas al Precursor Francisco de Miranda. A las anteriores utopías siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas⁽¹²⁾. Todas las iniciativas de esa 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⁽¹³⁾. 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⁽¹⁴⁾. 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

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: AMORES CARREDANO (coord.), *Historia de América*, Barcelona, 2006; CHANU, *Historia de América Latina*, Buenos Aires, 1964; CHEVALIER, *América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005; HALPERIN DONGHI, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid, 2008; LUCENA, *Breve historia de Latinoamérica*, Santiago de Chile, 2010; MAZIN, *Iberoamérica. Del descubrimiento a la independencia*, El Colegio de México, México, 2007; PEREYRA, *Historia de la América española*. 8 vol., Madrid, 1924-1925; Vv.Aa., UNESCO, *Historia general de América Latina*, Madrid, 2000-2006. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a ESCANDÓN, *Arqueología de proyectos unificadores de América Latina*, en PAEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Raíces y perspectivas*, 2008, México, pp. 19-33. 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, el proyecto de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes, o la propuesta presentada por Michelena y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821. 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.

⁽¹²⁾ 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. Cfr. OROPEZA GARCÍA, *Latinoamérica: El futuro de la memoria o la memoria del futuro*, en OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica frente al espejo*, cit., *passim*. Cfr. también a GÓMEZ ROBLEDO, *Idea y experiencia de América*, cit., *passim*.

⁽¹³⁾ 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. 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. Peor aún, con motivo de las emancipaciones y de la ulterior desmembración de algunos países - como Centroamérica y la Gran Colombia - se produjeron una serie de conflictos motivados por diferencias respecto de los límites territoriales.

⁽¹⁴⁾ 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 de la SERNA, *El Caribe en la encrucijada de su historia. 1780-1840*. Colección Panoramas de Nuestra América, México, 1993; SERNA MORENO, *Comunidad del Caribe*, en PAEZ MONTALBÁN, 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 TORRES-RIVAS, *Para entender el Caribe*, en la *Rev. perfiles latinoamericanos*, n. 9, Dedicada a El Caribe, Política y Sociedad, Revista de la Sede Académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 1996.

subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

La tercera fase, vigente hasta nuestros días, es la correspondiente a los proyectos panamericanos, que tuvo como antecedentes a la Doctrina Monroe de 1823 y cuya principal realización fue la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Bogotá, en 1948⁽¹⁵⁾. Sin embargo, cabe destacar que 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. Y, aunque desde finales de la década de los 1980s, 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 Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC)⁽¹⁶⁾.

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 1950s y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960, cuyo fracaso constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente⁽¹⁷⁾. El fracaso de la ALALC fue el resultado de la reiterada flexibilización de sus compromisos, así como la falta de una estructura institucional suficiente y la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas - Argentina, Brasil y México - que condujo a que desde finales de la década de los 1960s varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración. La ALALC fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), a la que a partir de 1978 vino a sumarse el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) como foro de consulta y coordinación⁽¹⁸⁾.

Así es como llegamos a la quinta fase histórica del proceso de integración en el continente americano, la fragmentación subregional - también vigente en la actualidad - que ha dado lugar a la conformación de un complejo entramado de bloques subregionales, muchas veces yuxtapuestos y empalmados entre sí. Dichos bloques son, 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⁽¹⁹⁾. En cada una de estas

⁽¹⁵⁾ En general seguimos aquí a MANGER, *La organización de los Estados americanos. Antecedentes históricos, propósitos y principios, situación actual y perspectivas inmediatas*, en *Cursos Monográficos*, vol. VII, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1960; VAN WYNEN, THOMAS JR., *La organización de los Estados americanos*, México, 1968.

⁽¹⁶⁾ Vv.AA. - INSTITUTO MATÍAS ROMERO (coord.), *La OEA hacia el siglo XXI*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1998.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en OROPEZA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 197 ss. Véase también, en el mismo libro, el ensayo de OROPEZA GARCÍA, *Latinomérica: el futuro de la memoria*, p. 92. También pueden verse algunas opiniones de COSÍO VILLEGAS, *Problemas de América, México*, 1997. Específicamente sobre la CEPAL y sus planteamientos: GURRIERI (coord.), *La obra de Prebisch en la CEPAL*, 2 t., Fondo de Cultura Económica, México, 1983; HODARO, *Prebisch y la CEPAL, Sustancia, trayectoria y contenido institucional*, México, 1987.

⁽¹⁸⁾ *Ídem*.

⁽¹⁹⁾ 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*, Instituto Matías

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) ⁽²⁰⁾, el Mercado Común del Caribe (CARICOM) ⁽²¹⁾, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) ⁽²²⁾, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) ⁽²³⁾ y las Cumbres

Iberoamericanas ⁽²⁴⁾. Dentro del anterior contexto subregional se encuentra también - según se adelantó - el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994 ⁽²⁵⁾.

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 1990s, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos (ALBA y CELAC) ⁽²⁶⁾, 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 (APEC, TTP) ⁽²⁷⁾ y a la conformación de vínculos puramente americanos determinados por la costa del pacífico (Alianza del Pacífico) ⁽²⁸⁾.

De la anterior exposición se advierte que en la actualidad coexisten, de manera traslapada, múltiples instancias - más de 50 tratados y de 90 acuerdos sectoriales, sin contar los tratados de libre comercio - con alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudameri-

Romero de Estudios Diplomáticos, 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 MAIRA, *América Latina: el reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en OROPEZA GARCÍA, *Latinoamérica frente al espejo*, cit., p. 197 ss.

⁽²⁰⁾ Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ 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 PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, 2010. Más en detalle puede consultarse SALAZAR GRANDE, ULATE CHACÓN, *Manual de derecho comunitario centroamericano*, 2ª ed., San Salvador, 2013, también disponible en la página oficial de SICA.

⁽²¹⁾ Véanse los apartados correspondientes de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ 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/.

⁽²²⁾ Cfr. SALGADO, *El Grupo Andino, Eslabón hacia la integración de Sudamérica*, 2ª ed., Quito, 2007; MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en OROPEZA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 197 ss. Véanse los apartados correspondientes de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial: <http://www.comunidadandina.org/>. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit.; MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, cit.

⁽²³⁾ Véanse los apartados correspondientes de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y 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 PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, cit.; MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la integración*, cit.

⁽²⁴⁾ Cfr. DEL ARENAL (coord.), *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*, Madrid, 2005; GONZÁLEZ (edic.), *Iberoamérica 2020. Retos ante la crisis*, Madrid, 2009. Véase el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana <http://segib.org/>.

⁽²⁵⁾ Sobre el TLCAN véase a ORTIZ AHLF, VÁZQUEZ PANDO, DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2ª ed., México, 2000; WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, México, 1993; en específico sobre la solución de controversias: CRUZ MIRAMONTES, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial <http://www.nafta-sec-alena.org/>.

⁽²⁶⁾ Véase el apartado correspondiente de PÁEZ MONTALBÁN, VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración latinoamericana. Organismos y acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim*.

⁽²⁷⁾ Pueden consultarse sus páginas web oficiales.

⁽²⁸⁾ Puede consultarse su página web oficial.

canos, 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⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diversas estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los negocios internacionales*, México, 2006; GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México, 1994; KAPLAN, *Estado y globalización*, México, 2002 p. 417 ss.; WITKER, OROPEZA (COORD.) *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, 2004; WITKER (edic.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, 1993; ORTIZ AHLF, VÁZQUEZ PANDO, DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus acuerdos paralelos*, México, 1998; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, 2002; PUYANA (coordinadora), *La integración económica y la globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, Flaco y Plaza y Valdés, México, 2003; SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría jurídica de la integración latinoamericana*, Parlamento Latinoamericano, Sao Paulo, 2001; VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, 2006; DÁVILA ALDAS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, 2002; VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, 2008; VILLAFUERTE SOLÍS, LEYVA SOLANO (COORD.), *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: DÁVILA ALDAS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, 2002; DE LA REZA, *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, 2006; ENRIQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, México, 1969; FIX FIERRO et al. (edic.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, 2003; HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003; LEÓN (COORD.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, 1999; PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, 2002; SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, 1999; GREGORIO VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*,

4. Reflexiones hacia el futuro de la integración americana. Expuesto lo anterior, de cara al futuro de la integración americana, cabe decir que 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, es 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⁽³⁰⁾. Más aún, para calibrar adecuadamente la magnitud del desperdicio y de la oportunidad, bastaría considerar que 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

México, 2006; VIDAL et al., *Hacia una Corte de justicia latinoamericana*, Valencia, 2009; WITKER (COORD.), *El área de libre comercio de las Américas (ALCA)*, México, 2004.

⁽³⁰⁾ Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE 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.

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⁽³¹⁾. 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⁽³²⁾. Y las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico que tendría que pasar por un necesario acuerdo estratégico entre Brasil y México. Ahora bien, la integración americana necesitaría establecer - como muestra la experiencia europea - una serie de prerequisites, que

podrían incluirse como condición necesaria para la participación en los mecanismos de integración regionales; dichos requisitos deberían abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) extender y 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 otras palabras, 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 *minimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio. Para ello se necesita a su vez de la creación de una instancia supranacional - que pudiera ser la CELAC u otro foro semejante -, que requiere 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

(31) Cfr. *idem*, loc. cit.

(32) Cfr. MAIRA, *América Latina: el reto de una integración distinta en el siglo XXI*, en OROPEZA GARCÍA (coord.), *Latinoamérica*, cit., p. 207 ss.

de barreras no arancelarias, *f*) el diseño de medidas de ajuste estructural para compensar los desequilibrios económicos y sociales en las subregiones menos 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.

Por último, cabe decir que 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. 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»⁽³³⁾. 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⁽³⁴⁾. 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. El esfuerzo que supone la conformación de un *ius commune* americano 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⁽³⁵⁾. Sin embargo, la experiencia europea ha probado ya que

⁽³³⁾ HÄBERLE, *ob. cit.*, p. 3.

⁽³⁴⁾ 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 PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana*, y *Hacia un nuevo ius commune americano*, cit.

⁽³⁵⁾ Véase SÁNCHEZ CORDERO, *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones Mexicanas*, México, 2006; y SÁNCHEZ CORDERO (trad. y edic.), *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, México, 2006.

esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria⁽³⁶⁾. Recuérdense, por 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*⁽³⁷⁾. 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

(36) Zimmermann ha insistido recientemente como las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas del *common law* pertenecen a nuestra tradición jurídica 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*. ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit., *passim*.

(37) Cfr. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)*, en Cámara, *Derecho privado europeo*, cit., p. 193 ss. Véase también LUCHETTI, PETRUCCI, *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, 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, Trabucchi, de los Mozos y Wieacker, por sólo mencionar algunos. Cfr. GARCÍA CANTERO, *El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)*, en *idem*, pp. 205 y ss. Véase también de Gandolfi, *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 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 CÁMARA LAPUENTE, *El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)*, cit., p. 227 ss.

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⁽³⁸⁾.

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 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.

Juan Pablo Pampillo Baliño

(38) 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, 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». GUZMÁN BRITO, *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, en ESBORRAZ (coord.), *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. 180-181. 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.

Integración universitaria en el Mercosur

Bibliografía: AUPETIT, *Internacionalización y proveedores externos de educación superior en los países de américa latina y en el caribe: principales problemáticas*, Departamento de Investigaciones Educativas Centro de Investigación y de Estudios, 2005; DE AZEVEDO MOURA, DOS SANTOS SERIKAWA, *O MEXA e a integração regional do MERCOSUL*, en *Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades*, Niterói, 3 a 6 de setiembre de 2012; CAMBOURS DE DONINI, *El sector educativo del MERCOSUR en el marco de la integración regional: una mirada evaluativo al plan de acción 2006-2010*, Madrid, Centro de Estudios Iberoamericanos, Cuadernos Iberoamericanos de Integración, n. 4, 2009; CIMADAMORE, *Crisis e instituciones: hacia el Mercosur del siglo XXI*, en DE SIERRA (comp.), *Los rostros del Mercosur: el difícil camino de lo comercial a lo societal*. Buenos Aires, CLACSO, 2001, pp. 229-255; MALISKA, *Educação e integração regional: análise do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*, en *Rev. da AGU*, n. 21, 2009, pp. 318 y 321; MARTINS, MENEGHEL, *Acreditação da educação superior no MERCOSUL Educacional: contextos e agendas no processo de integração*, Síntese da monografía de conclusão do Curso Latino-Americano de Especialização em Políticas Públicas e Avaliação de Educação Superior, UNILA, Foz do Iguaçu, 2010; DE AZEVEDO, *O MERCOSUL e a educação superior: qual integração? Atos de Pesquisa em Educação*, en PPGE/ME FURB, v. 4, n. 3, set./dec. 2009, pp. 303-320; PERROTTA, *La cooperación en MERCOSUR: el caso de las universidades*, en *Temas*, n. 54, abril-junho/2008, pp. 67-76; PIRES, LEMAITRE, *Sistemas de acreditación y evaluación de la educación superior em América Latina y el Caribe*, en *Sistemas de acreditación y evaluación de la educación superior em América Latina y el Caribe*, cap. 8, Caracas, IESALC-UNESCO, 2008; ROBLED0, CAILLÓN, *Procesos regionales en educación superior. El mecanismo de acreditación de carreras universitarias en el MERCOSUR: reconocimiento regional de los títulos y de la calidad de la formación*, en *Rev. educación y sociedad*, Caracas, n. 1, jan. 2009, pp. 73-98; SOARES DOS SANTOS, CAMBOURS DE DONINI, *Políticas de integração e internacionalização da educação supe-*

rior no Mercosur Educativo, X Colóquio Internacional sobre Gestión Universitaria en América del Sur. Mar del Plata, diciembre de 2010; SOUZA JUNIOR, *A educação superior na agenda de integração do MERCOSUL: os programas promovidos pelo SEM*, en *Videre Futura, Rev. científica digital*, ano 1, vol. 1, jan/jul 2011; VERBIK, LASANOWSKI, *International Student Mobility: Patterns & Trends. The Observatory on Borderless Higher Education*, Association of Commonwealth Universities & Universities, United Kingdom, 2007.

1. El Sector Educativo del MERCOSUR. El Sector Educativo del MERCOSUR(SEM) es la instancia responsable por la coordinación de las políticas educativas de los Estados Parte, y tiene como misión: «contribuir a los objetivos del MERCOSUR conformando un espacio educativo común, estimulando la formación de la conciencia ciudadana para la integración, la movilidad y los intercambios con el objeto de lograr una educación de calidad para todos, con atención especial a los sectores más vulnerables en un proceso de desarrollo con justicia social y respeto a la diversidad cultural de los pueblos de la región»⁽¹⁾. La creación del SEM, en diciembre de 1991, siguió las directrices del Protocolo de Intenciones signado por los ministros de Educación de los Países miembros en el mismo año, que subrayaba la importancia de la educación en la consolidación del naciente proyecto de integración⁽²⁾, y la necesidad de desarrollar programas educativos en los siguientes áreas: **1)** Formación de conciencia social favorable al proceso de integración; **2)** Capacitación de recursos humanos que contribuyan al desarrollo económico; **3)** Integración de los sistemas educativos. Los años sucesivos a la creación del SEM

⁽¹⁾ Compromiso de Gramado. Marco Referencial para la definición del Plan de Acción del SEM. Gramado, Brasil, Diciembre de 2000.

⁽²⁾ Conselho do Mercado Comum, Decisão para a criação da Reunião de Ministros da Educação: MERCOSUL/CMC/Dec. 07/1991, Montevideo, 1991.

han sido llenos de acuerdo e iniciativas finalizadas a la obtención de los objetivos establecidos en el Protocolo de Intenciones de 1991, cuyos enunciados fueron grosso modo propuestos nuevamente en el primer Plan Trienal para el Sector Educativo⁽³⁾, que determinaba la necesidad de actuar en tres áreas definidas: **1)** Formación de conciencia ciudadana favorable al proceso de integración; **2)** Capacitación de recursos humanos para contribuir al desarrollo; **3)** Armonización dos sistemas educativos⁽⁴⁾.

2. El reconocimiento de títulos universitarios y los mecanismos de acreditación de cursos a partir de 1996. En junio de 1996, la Reunión de Ministros, considerando alcanzadas las condiciones básicas para la realización de programas que agrupasen proyectos de impacto en áreas prioritarias del sector educativo, acordó, entre otras medidas, encargo el Comité Coordinador Regional de preparar un Protocolo de Reconocimiento de Títulos Universitarios de Grados para el Ejercicio de la Docencia en las Instituciones Universitarias de la Región⁽⁵⁾.

Sobre esas bases, se subscribieron, en los años sucesivos, dos documentos marco para las políticas de integración regional en la educación superior: el Memorando de Entendimiento para la creación de un mecanismo experimental de acreditación de cursos para el reconocimiento de títulos de grado universitario en los países del MERCOSUR - MEXA (1998) y el Acuerdo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Países Miembros del MERCOSUR, en la

República de Bolivia y en República de Chile (1999).

El objetivo de MEXA era establecer un mecanismo de acreditación de cursos para el reconocimiento de títulos de grado universitarios en el MERCOSUR, a fin de facilitar el desplazamiento de personas entre los países de la región y estimular la calidad educativa, gracias a una mayor comparabilidad de los procesos de formación en términos de calidad académica (Memorando de Entendimiento para la creación del MEXA, «Consideraciones»).

El MdE ha también definido la acreditación como «*el proceso mediante el cual se otorga validez pública, de acuerdo a las normas legales nacionales, a los títulos universitarios, garantizando que los cursos correspondientes cumplan con requisitos de calidad previamente establecidos en el ámbito regional*» (Memorandum de Entendimiento para la creación del MEXA, «Principios generales»)⁽⁶⁾. Después de cerca de un año, ha sido firmado el Acuerdo de Admisión de Títulos y Grados Universitario para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Países Miembros del MERCOSUR, en la República de Bolivia y en la República de Chile, que establece que: «Los Estados Partes, a través de sus organismos competentes admitirán, al solo efecto del ejercicio de actividades de docencia e investigación en las Instituciones de Educación Superior en Brasil, en las Universidades e Institutos Superiores en Paraguay, en las Instituciones Universitarias en Argentina y Uruguay, los títulos de grado y de post grado reconocidos y acreditados en los Estados Partes, de acuerdo a los procedimientos y criterios a ser establecidos para la implementación de este Acuerdo». (Acuerdo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas, art. 1).

El Acuerdo es considerado el marco legal para la movilidad de estudiantes, docentes e

⁽³⁾ Conselho do Mercado Comum, Decisão para a criação do Plano Trienal do Setor Educacional do MERCOSUL: Mercosul/CMC/Dec. 07/1992, Montevideo, 1992.

⁽⁴⁾ SOARES DOS SANTOS, CAMBOURS DE DONINI, *Políticas de integração e internacionalização da educação superior no Mercosur Educativo*, X Colóquio Internacional sobre Gestão Universitaria en América del Sur. Mar del Plata, diciembre de 2010.

⁽⁵⁾ MERCOSUR. Reunión de Ministros de Educación de los Países signatarios del Tratado del Mercado Común del Sur, Reunión de Ministros de Educación-Acta N. 09/96. Buenos Aires, 20/06/1996.

⁽⁶⁾ El término «acreditación» no se refiere a la evaluación de la Educación Superior por parte del SEM, sino solamente a la certificación de calidad (MARTINS & MENEZEL 2010).

investigadores en el MERCOSUR alargado (es decir, que incluye Bolivia y Chile). Sin embargo, como previsto en el art. 1, su aplicación presupone la adopción de «procedimientos y criterios» comunes.

De hecho, en el «Preámbulo», se reconoce la necesidad de pautar las acciones en el sector a partir de la salvaguardia de los estándares de calidad vigentes en cada País. Hay que destacar que tal premisa, si por un lado es necesaria en la búsqueda de un continuo perfeccionamiento de la calidad educativa en la región, por otro lado puede llevar a un «vaciamiento» del Acuerdo. Justificados por la necesidad de salvaguardar los criterios nacionales de calidad, los países pueden optar no por la aplicación del proceso diferenciado de validación previsto, sino por el normal procedimiento de re-validación del diploma; o sea, con la necesidad de proceder a un verdadero «análisis de mérito» y no al simple procedimiento de acreditación - que es la finalidad del Acuerdo.

En el caso de Brasil, ello ha sido el entendimiento prevalente del Superior Tribunal de Justicia, es decir, que el Acuerdo internacional no ha implicado la validación automática de diplomas extranjeros, sino solamente la necesidad de adoptar mecanismo de facilitación para que los títulos sean convalidados en el país⁽⁷⁾.

El entendimiento jurisprudencial coincide con el parecer del Consejo Nacional de Educación⁽⁸⁾ y da interpretación de doctri-

nadores como Augusto Maliska⁽⁹⁾, que hace una crítica sobre el procedimiento, pero confirma que, de hecho, el Acuerdo no posibilita la validación automática. Maliska en efecto advierte para el riesgo de que el resguardo cuanto a la salvaguardia de los estándares de calidad retire del Acuerdo su eficacia jurídica principal.

Así, quedó clara, a los fines de la implementación del Acuerdo, la necesidad de contar con mecanismos de cooperación que incluyeran la actuación de procedimientos y criterios finalizados a garantizar estándares de calidad comunes.

El Memorándum de Entendimiento para la creación de un mecanismo de acreditación, signado en 1998, tenía tal finalidad. Sin embargo, todavía no había sido implementado, debido, entre otros factores, a un contexto intra y extra bloque particularmente desfavorable, marcado por momentos de crisis política e institucional, que han llevado a una cierta parálisis de todo el proceso de integración⁽¹⁰⁾.

3. El marco regulatorio del SEM con el Plan de Acción 2001-2005. Los cambios en el ambiente interno y externo empezaron a partir de 2001 y, en el Sector Educativo, en cierto modo repercutió con la aprobación del Plan de Acción 2001-2005, que ha constituido un marco regulatorio para el Sector⁽¹¹⁾, al incorporar una serie de innovaciones, y la definición de la estrategias, de la misión y de los objetivos del SEM.

⁽⁷⁾ Por una jurisprudencia sobre el tema véase: Superior Tribunal de Justiça. EDCl no Recurso Especial n. 1.182.993 - PR (2010/0038618-7). Documento: 1075139 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 25/08/2011; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.182.993 - PR (2010/0038618-7). Documento: 13061885 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 30/11/2010; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.182.993 - PR (2010/0038618-7). Documento: 1057701 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2011; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 939.880 - RS (2007/0071875-0). Documento: 821311 - Inteiro Teor do Acórdão. Documento: 821311 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/10/2008; Superior Tribunal de Justiça. STJ - Informativo de Jurisprudência. Informativo n. 0471. Período: 2 a 6 de maio de 2011.

⁽⁸⁾ Conselho Nacional de Educação/Câmara de Edu-

cação Superior. Parecer CNE/CES n. 118/2010. Reexame do Parecer CNE/CES n. 218/2008, que aprecia a Indicação CNE/CES n. 6/2008, que trata do reconhecimento de títulos de pós-graduação stricto sensu, mestrado e doutorado, obtidos nos Estados Partes do MERCOSUL. Brasília, 7 de maio de 2010.

⁽⁹⁾ MALISKA, *Educação e integração regional: análise do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*, en *Rev. da AGU*, n. 21, 2009, p. 318, p. 321.

⁽¹⁰⁾ CIMADAMORE, *Crisis e instituciones: hacia el Mercosur del siglo XXI*, en DE SIERRA (comp.), *Los rostros del Mercosur: el difícil camino de lo comercial a lo societal*, Buenos Aires, 2001, pp. 229-255.

⁽¹¹⁾ DE AZEVEDO, *O MERCOSUL e a educação superior: qual integração? Atos de Pesquisa em Educação*, en PPGE/ME FURB, v. 4, n. 3, pp. 303-320, set./dez. 2009.

La estrategia del Plan de Acción 2001-2005 estuvo direccionada, en el campo de la Educación Superior, a tres grandes temas: acreditación, movilidad y cooperación interinstitucional⁽¹²⁾.

En ese marco, el tema de la acreditación se ha desarrollado con la implementación del ya mencionado mecanismo experimental de acreditación de carreras de grado universitario (MEXA), que ha iniciado un camino de discusiones, consenso y acuerdos aplicados, en una primera etapa, para alcanzar estándares comunes para la certificación de tres carreras: Agronomía, Ingeniería y Medicina⁽¹³⁾. Considerado uno de los mayores progresos de la inserción de la educación en el proceso de integración regional del MERCOSUR⁽¹⁴⁾, el MEXA ha permitido la acreditación, entre 2004 y 2006, de 62 Cursos en instituciones de enseñanza superior seleccionadas de los Países miembros más Bolivia y Chile⁽¹⁵⁾.

Ha permitido además la implementación del «Programa de Movilidad de los Estudiantes Universitarios del MERCOSUR» (MARCA)⁽¹⁶⁾, un proyecto de movilidad asociado a las carreras acreditadas por el MEXA.

A partir de una evaluación con resultados altamente satisfactorios del MEXA, se ha aprobado en 2008 un Memorandum de

Entendimiento para la creación e implementación de un sistema de acreditación permanente de cursos universitarios (ARCU-SUL), finalizado a garantizar la calidad de los títulos universitarios en los Países miembros y Asociados del MERCOSUR⁽¹⁷⁾.

Tal sistema constituye la creación de un mecanismo permanente de acreditación de cursos de grado del MERCOSUR. El primer ciclo de acreditaciones ha involucrado los cursos de agronomía, arquitectura, veterinaria, enfermería, ingeniería, medicina y odontología⁽¹⁸⁾.

4. Consideraciones finales. Actualmente, aunque haya representado el paso inicial para la extensión del alcance de la movilidad universitaria en América del Sur, la movilidad intra-bloque de los universitarios (profesores, investigadores y alumnos) sigue baja si comparada con el flujo hacia otras regiones como Norteamérica y Europa⁽¹⁹⁾.

En relación al reconocimiento y admisión de títulos, las acciones implementadas aun no trajeron un cambio significativo a la situación⁽²⁰⁾, debido a una carencia de informaciones, por parte de los IES (Institutos de Educación Superior) de los países, sobre los diferentes acuerdos estipulados⁽²¹⁾.

(12) MERCOSUR/CMC/DEC., n.15/01. Estructura orgánica y Plan de Acción 2001-2005 del Sector Educativo del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, 20 de diciembre de 2001.

(13) CAMBOURS DE DONINI, *El sector educativo del MERCOSUR en el marco de la integración regional: una mirada evaluativa al plan de acción 2006-2010*, Madrid, Centro de Estudios Iberoamericanos, Cuadernos Iberoamericanos de Integración, n. 4, 2009.

(14) PERROTTA, *La cooperación en MERCOSUR: el caso de las universidades*, en *Temas*, n. 54, p. 67-76, abril-junio/2008; SOUZA JÚNIOR, *A educação superior na agenda de integração do MERCOSUL: os programas promovidos pelo SEM*, en *Videre Futura*, en *Rev. científica digital*, año 1, vol. 1, jan/jul 2011.

(15) El MEXA ha sido inicialmente aplicado a las carreras de Agronomía, Ingeniería y Medicina. Véase DE AZEVEDO MOURA, DOS SANTOS SERIKAWA, *O MEXA e a integração regional do MERCOSUL*, en *Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades*, Niterói, 03 a 06 de Setembro de 2012.

(16) Sitio web Programa MARCA: <http://programa-marca.siu.edu.ar/> (fecha de última consulta: 1 de abril de 2013).

(17) MERCOSUL, 2008. MERCOSUL/CMC/DEC, n. 17/08. Véase PIRES, LEMAITRE, *Sistemas de acreditación y evaluación de la educación superior en América Latina y el Caribe*, en *Sistemas de acreditación y evaluación de la educación superior en América Latina y el Caribe*, cap. 8, Caracas: IESALC-UNESCO, 2008; ROBLEDO, CAILLÓN, *Procesos regionales en educación superior. El mecanismo de acreditación de carreras universitarias en el MERCOSUR: reconocimiento regional de los títulos y de la calidad de la formación*, en *Rev. educación y sociedad*, Caracas, n. 1, jan. 2009, pp. 73-98.

(18) «Sobre el MARCA. Programa de Movilidad Académica regional (MARCA)». Fecha de última consulta 20 de abril de 2013, <http://programamarca.siu.edu.ar/>.

(19) VERBIK, LASANOWSKI, *International Student Mobility: Patterns & Trends. The Observatory on Borderless Higher Education*, Association of Commonwealth Universities & Universities, United Kingdom, 2007.

(20) DE AZEVEDO MOURA, DOS SANTOS SERIKAWA, *O MEXA e a integração regional do MERCOSUL*, cit.

(21) AUPETIT, *Internacionalización y proveedores externos de educación superior en los países de América Latina y en el Caribe: principales problemáticas*, Departamento de Investigaciones Educativas Centro de Investigación y de Estudios, 2005.

Aún así, no obstante las dificultades existentes para la plena aplicación de algunos de esos acuerdos, el Sector Educativo del MERCOSUR ha logrado aprobar y actuar iniciativas finalizadas a una convergencia cada vez mayor de los estándares de calidad de los sistemas universitarios.

Entre los desafíos futuros, se subraya la implementación del Acuerdo de Admisión de Títulos y Grados y el perfeccionamiento de mecanismos como el MEXA y el ARCU-SUL, que pueden llevar a una paulatina y más favorable evolución del entendimiento jurisprudencial, que actualmente propende, como en el caso de Brasil, al no reconocimientos automático de títulos obtenidos en los otros países signatarios.

Paralelamente, la implementación de bases de datos comunes y de otros mecanismo que faciliten el intercambio de informaciones y la

creación de esquemas colectivos de trabajo favorecería la circulación de las informaciones, trayendo mejoras al actual sistema de comunicación del SEM y aumentando la calidad y la cantidad de datos que hoy en día se encuentran al alcance de investigadores o avaladores externos.

Semejantes formas de colaboración deben sin embargo entrar a hacer parte de las agendas nacionales de educación de forma no eventual sino orgánica. Además, requieren sistemas de recolección, análisis e intercambio de información transparentes, actualizados, basados en mecanismos y metodologías nacidos a partir de las buenas prácticas desarrolladas y reconocidas por los actores regionales.

*Thais Palermo Buti
Millena Favila Buralli Vigna*

Ius commune americano

Bibliografía: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, 1989; BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, Escuela Libre de Derecho, México, 1992; CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003; CARPIZO, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, en *Boletín de derecho comparado*, n. 114, 2005; COLOMER VIADEL, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, México, 2009; COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996; CRUZ BARNEY, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, 2004; DE LOS MOZOS, *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, en *Rev. Roma e América. Diritto romano comune. Riv. di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1996; DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*, México, 1998; DÍAZ-AMBRONA BAJADI (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001; DÍAZ BIALET,

La «transfusión» del derecho romano en América Latina, en ESBORRAZ (coord.), *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; DE LOS MOZOS, *Integración europea: derecho comunitario y derecho común*, en *Rev. de derecho privado*, Marzo 1993, p. 224; GARCÍA CANTERO, *El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavia)*, en *idem*, pp. 205 ss.; GANDOLFI, *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, 2006; HÄBERLE, *México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum*, en HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003; MIRROR, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, 2004; NÚÑEZ

PAZ, *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, 2000; ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra, 2007; REINER SCHULZE (edic.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008; SÁNCHEZ CORDERO, *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones Mexicanas*, México, 2006; SÁNCHEZ CORDERO, *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, México, 2006; VALADES, CARBONELL (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del Siglo XXI*, México, 2004; RABINOVICH-BERKMAN, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 2006; SCHIPANI (edic.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani Roma e America*, Padova, 1988; SCHIPANI (edic.), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani Roma e America*, Padova, 1991; TITO, *Bases para la integración del derecho contractual latinoamericano: ensayo del método*, Barranquilla, 2012.

1. Introducción. 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. Dentro del anterior contexto, se ha venido conformando un «nuevo derecho común», a través de diversas iniciativas institucionales, pero también científicas privadas, que recuerda mucho la idea y método del *ius commune* europeo bajomedieval y que busca como aquél convertirse en un derecho capaz de articular la multiplicidad de los *iura propria* nacionales, internacionales y locales, que conviven dentro del marco de la Unión

Europea⁽¹⁾. Dicho derecho común ha 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 principalística, c) en su método comparativo (sincrónico y diacrónico) y d) en su influencia sobre la educación y la cultura jurídica.

En el continente americano, el actual proceso de integración parte como el europeo de la segunda mitad del siglo XX y ha tenido diversas proyecciones geográficas y culturales que van desde el hispanoamericanismo hasta el panamericanismo, pasando por diversas instancias de carácter latinoamericano, centroamericano y caribeñas. Sin embargo, 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. No obstante ello y quizás precisamente por ello, se hace aún más necesario y urgente el que los juristas americanos se familiaricen con el derecho comunitario de la integración, que eventualmente, pudiera vertebrar el laberíntico sistema interamericano actualmente vigente. Más aún, la integración regional americana, que eventualmente y por diversos motivos geográficos, políticos, culturales y económicos, parece que habrá de concretarse en el corto o mediano plazo en dicho continente, necesitará también del

⁽¹⁾ Véase el libro pionero de 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 ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones Intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra, 2007.

diseño de un nuevo derecho común, en el cual ya se encuentran trabajando múltiples personas, sociedades particulares e instancias internacionales, para darle viabilidad a los procesos de intercambio transfronterizo, cada vez más intensos en la región.

2. El nuevo derecho común europeo. Es motivo de particular interés, como parte del desarrollo más reciente del derecho europeo, la fundación del Instituto Jurídico Europeo que tiene su sede en Viena. Adscrito a la Comisión Europea, ha empezado a funcionar apenas a partir de noviembre de 2011 con el propósito de constituir un foro de discusión para los juristas europeos y de otras tradiciones jurídicas, sobre el derecho de la Unión Europea y su progresivo desarrollo y maduración, habiendo adoptado un interesante programa para promover la integración de un derecho europeo de los contratos. Dicho Instituto está llamado así a participar en los trabajos que viene desarrollándose a instancias del Parlamento Europeo desde hace más de 20 años y 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⁽²⁾.

Las anteriores iniciativas han venido conformando un auténtico *mos europaeus*, capaz de servir como punto de partida para la codificación, en un esfuerzo de cooperación entre historiadores, romanistas, comparatistas y iusprivatistas⁽³⁾. Puede afirmarse que el derecho privado europeo, se encuentra actualmente en una fase avanzada de elaboración académica-jurisprudencial, en la medida en la que la ciencia jurídica se encuentra apuntalando un entramado dogmático que ya permite anunciar, en el horizonte cercano, un auténtico derecho privado común europeo. Dentro de este ámbito científico, se han ela-

borado ya distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho privado europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, que han buscado destacar las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Estas recopilaciones de principios y soluciones, similares a los *Restatements* del derecho estadounidense, han buscado dicha orientación práctica, pudiendo ser a su vez designados por las partes contratantes como derecho supletorio a sus acuerdos de voluntades.

Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse, junto con otras: 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 Pavia)*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros⁽⁴⁾.

En primer lugar, el grupo de *Los Principles of European Contract Law (PECL)* de la «Comisión Lando», comenzó a trabajar desde 1980 y ha venido publicando desde hace diez años distintos avances de su proyecto dedicado especialmente al derecho de las obligaciones. Sobre dicho proyecto a cargo del Profesor Ole Lando y en el que también participó Reinhard Zimmermann, cabe destacar que esta comisión trató de servir de puente entre la tradición jurídica continental y la anglosajona, buscando soluciones aceptables para ambas. El método seguido por la comisión fue el de la discusión por temas, sobre la

⁽²⁾ Cfr. REINER SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*, Munich, 2008.

⁽³⁾ *Ídem, passim*.

⁽⁴⁾ En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003. También pueden verse con provecho COING, *Derecho privado europeo*, Madrid, 1996; y DÍAZ-AMBRONA BAJADI (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, 2001.

base de una ponencia elaborada con base en el derecho comparado, para después elaborar un primer borrador que sería discutido en una sesión plenaria, bajo la premisa de que junto con la versión definitiva de los artículos, se publican la ponencia y la contraponencia originales⁽⁵⁾.

Fue sucesor del anterior esfuerzo, desde 1998 y con un ámbito material mayor que comprende el derecho de propiedad, el *Study Group on a European Civil Code* a cargo de Christian von Bar, que está trabajando en diversas materias privatísticas incluido el *trust*. Su método, al igual que el de la Comisión Lando, ha estado fuertemente influido por el recurso al derecho comparado, agregando a su texto articulado, comentarios sobre la pretensión normativa, ilustraciones mediante casos breves tendientes a aclarar el significado de las disposiciones, y notas sobre las disposiciones de derecho comparado a favor o en contra de la propuesta de la Comisión⁽⁶⁾. Un tercer esfuerzo digno de mención es el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, elaborado bajo la dirección de Giuseppe Gandolfi por la Academia de Privatistas Europeos que ya ha publicado una parte general sobre el derecho de las obligaciones. Dicho Anteproyecto fue sin duda auspiciado por la rica personalidad de Gandolfi en su capacidad de romanista, civilista y abogado en ejercicio de la profesión, que le permitieron conjuntar características especialmente positivas para impulsar un proyecto de esta naturaleza. En este proyecto trabajaron también varios juristas de relieve como José Luis de los Mozos, Alberto Trabucchi y Franz Wieacker. Sus objetivos han sido preparar la unificación del derecho contractual, mediante la formulación de reglas, que estén redactadas de modo tal que sean aceptables

en todos los países de la UE, habiendo terminado sus trabajos hacia 1999⁽⁷⁾.

También se han redactado los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil* por el *European Group on Tort Law*, o Grupo de Viena/Tilburg fundado por Jaap Spier⁽⁸⁾, e igualmente puede citarse el proyecto, también concluido, de los *Principios de Derecho Europeo de Trust*, publicado en 1999.

Un proyecto relativamente distinto a los anteriores es el del Grupo de Trento o del *Common Core of European Private Law*, que es muy amplio en cuanto a sus ocupaciones temáticas (propiedad, contratos, responsabilidad civil) y en cuanto a la red de juristas comprende, si bien su intención y método son enteramente distintos de los anteriores. En efecto, este último proyecto, más que buscar la formulación de un conjunto de reglas o principios comunes, ha querido señalar las líneas de convergencia y divergencia existentes entre los diversos ordenamientos europeos, para mostrar a su vez el «núcleo común» existente, a partir de cuestionarios sobre supuestos prácticos. Este grupo busca pues confeccionar un «mapa geográfico fidedigno del Derecho privado europeo» para «desenterrar el núcleo común»; pretende poner de relieve las analogías profundas, ocultas más allá de las diferencias formales. Su propósito no es ofrecer un conjunto de principios generales o reglas particulares, como en el caso de los otros proyectos, sino más bien ofrecer una «cartografía jurídica» sobre la cuestión, para saber hasta qué punto se acercan y se distancian los ordenamientos jurídicos nacionales europeos en materia de

⁽⁵⁾ Sobre su historia, objetivos y método de trabajo, así como resultados, véase SANZ, *Principios de derecho europeo de los contratos (Comisión Lando)*, en *Derecho privado europeo*, La Haya, 2000, pp. 193-198.

⁽⁶⁾ Sobre este proyecto, la estructura del *study group*, su metodología y sus resultados, véase ROCA TRIAS, *El «Study Group on a European Civil Code» (Proyecto Von Bar)*, en *Derecho privado europeo*, La Haya, 2000, pp. 199-204.

⁽⁷⁾ Sobre este anteproyecto, sobre la personalidad intelectual de Gandolfi, sobre la Academia de Privatistas Europeos y los Métodos y dilemas planteados dentro de sus discusiones, véase GARCÍA CANTERO, *El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia)*, en *Derecho privado europeo*, cit., pp. 205-215.

⁽⁸⁾ Sobre este grupo, sus antecedentes, y sus trabajos, véase a CASALS, *El «European Group on Tort Law» y la elaboración de unos «Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioi)»*, en *Derecho privado europeo*, cit., pp. 217-226.

derecho privado, con el propósito de servir como punto de partida para el desarrollo de ulteriores trabajos de armonización. En cuanto a su método, su aproximación al tema ha sido a partir de casos prácticos, para comparar las soluciones dados a los mismos. Su metodología es pues fáctica y no conceptual y toman en cuenta fuentes no legales del derecho como la jurisprudencia y la doctrina, ofreciendo una comparación de los distintos ordenamientos. Este grupo ya ha publicado diversas obras y tiene pendientes aún la edición de otras tantas⁽⁹⁾.

Finalmente, un último grupo de más reciente creación es el *Aquis Group* que tiene por objeto la reordenación de la legislación comunitaria que forma parte ya del «acervo» vigente de la Unión.

Lo que cada vez va quedando más claro, es que la integración del derecho privado europeo no podrá lograrse mediante las técnicas anacrónicas de la codificación legalista en su acepción decimonónica, sino que más bien deberá estructurarse de una manera flexible y abierta, que sin menoscabo del papel que debe corresponderle a la legislación, incluya también a los principios generales del derecho, como parte de una tradición jurisprudencial común, mediante el empleo de los métodos y las técnicas del derecho comparado y de la historia del derecho, en términos relativamente similares a aquéllos a través de los cuales la ciencia jurídica bajomedieval construyó su *corpus dogmático*⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Sobre los objetivos, método, organización y resultados de este proyecto, véase CÁMARA LAPUENTE, *El «Núcleo Común del Derecho Privado Europeo» (Proyecto de Trento)*, en *Derecho privado europeo*, cit., pp. 227-234.

⁽¹⁰⁾ En este sentido ha observado con razón José Luis de los Mozos: «Superado el modelo teórico de las codificaciones, que veían en los Códigos un instrumento para regular con automatismo las relaciones sociales, mediante una simple subsunción de la realidad, concebida *more geometrico*, con la crisis del positivismo legalista, estamos ahora en condiciones de concebir un "sistema" europeo de Derecho de obligaciones y contratos (...) tratando de construirle como un sistema "abierto", tal y como era en la época del Derecho común, no como un sistema "cerrado", desde la lógica del "mercado único". (...) Un sistema "abierto" no reniega de la ley, con ella va

Recapitulando lo anteriormente expuesto, la conformación de un derecho privado europeo, común a los Estados parte de la Unión, es un acontecimiento que ha venido gestándose a lo largo de los últimos años, cuyos perfiles todavía no se encuentran enteramente delineados, y que ha venido fraguándose tanto en el ámbito político institucional comunitario, cuanto en el jurídico del derecho derivado, así como también en el académico-científico, que a través de la historia y la comparación jurídicas, está concentrado en la reelaboración dogmática de una nueva ciencia jurídica europea, con la pretensión de integrar un derecho privado común, siguiendo para ello novedosas técnicas, claramente superadoras de la estrecha concepción codificadora del siglo XIX.

3. Hacia un *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. 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

mucho más lejos de la ley, utilizando el auxilio de la doctrina y de las demás fuentes y autoridades (...). En esta situación los "principios generales del Derecho" juegan un papel decisivo» (DE LOS MOZOS, *Integración europea: Derecho comunitario y derecho común*, en *Rev. de derecho privado*, Marzo 1993, p. 224. Igualmente observa atinadamente María Isabel Núñez Paz: «El término codificación no podemos desprenderlo de su originaria significación decimonónica. Pero el jurista contemporáneo tiene que esforzarse por empezar a entenderlo de otro modo. El sentido omnicompreensivo y rígido de su acepción decimonónica debe ser superado a favor de otro más flexible, en el que sin menospreciar la importancia de la ley, ésta no sea el único instrumento de regulación social. La historia ha mostrado los grandes errores, las lagunas y contradicciones del proceso legislativo» (NÚÑEZ PAZ, *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, 2000, p. 81).

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»⁽¹¹⁾. 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⁽¹²⁾.

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 - perspectivas 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⁽¹³⁾. 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⁽¹⁴⁾.

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⁽¹⁵⁾. Sin embargo, la experiencia europea ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria⁽¹⁶⁾. Recuérdense, por ejemplo,

⁽¹³⁾ MOLS, *La integración regional*, cit., p. 37.

⁽¹⁴⁾ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana*, cit., y *Id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano*, cit., *passim*, anteriormente en diversas monografías.

⁽¹⁵⁾ Véase SÁNCHEZ CORDERO, *Los informes doing business del Banco mundial. Reflexiones Mexicanas*, México, 2006; y SÁNCHEZ CORDERO (trad. y edic.), *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, México, 2006.

⁽¹⁶⁾ Zimmermann ha insistido recientemente como las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas del *common law* pertenecen a nuestra tradición jurídica 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*. ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit., *passim*.

⁽¹¹⁾ HÄBERLE, *México*, cit., p. 3.

⁽¹²⁾ 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 PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana*, y *Id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano*, cit.

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*⁽¹⁷⁾.

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⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de derecho europeo de los contratos (Comisión Lando)*, en CÁMARA, *Derecho privado europeo*, cit., p. 193 ss. Véase también LUCHETTI, PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto 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, Trabucchi, de los Mozos y Wieacker, por sólo mencionar algunos. Cfr. GARCÍA CANTERO, *El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavia)*, en *idem*, p. 205 ss. Véase también de Gandolfi, *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, en *Riv. trim. dir. proc. civile*, 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 CÁMARA LAPUENTE, *El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)*, en *idem*, p. 227 ss.

⁽¹⁸⁾ En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho

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⁽¹⁹⁾.

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, la armonización jurídica puede «lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendui iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico». GUZMÁN BRITO, *La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica*, en ESBORRAZ (coord.), *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. 180-181. 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.

⁽¹⁹⁾ Cfr. HÄBERLE, *México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum* en HÄBERLE, KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003, p. 17 ss. También son muy dignas de consideración las aproximaciones del constitucionalista peruano García Belaunde, particularmente sus dos artículos: *El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias, y ¿Existe un espacio público latinoamericano?*. Véase también a CARPIZO, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, en *Boletín de derecho comparado*, n. 114, 2005, pp. 972-985. Puede verse también provecho, aunque circunscrito más bien al ámbito iberoamericano, los libros de VALADÉS, CARBONELL (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2004 y de COLOMER VIADEL, *Introduc-*

Por lo que respecta al ámbito del «derecho privado», también se aprecia una interesante «línea de investigación» que ha venido destacando especialmente la «transfusión» del «derecho romano en América»⁽²⁰⁾, 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⁽²¹⁾, proyectándose durante el siglo XIX y hasta la codificación⁽²²⁾, 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

ción al constitucionalismo iberoamericano, México, 2009. En ése mismo ámbito, aunque limitado hasta la década de los 1990's, se encuentra la obra de BRAVO LIRA, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, Escuela Libre de Derecho, 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.

⁽²⁰⁾ 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»: DIAZ BIALET, *La «transfusión» del derecho romano en América Latina*, en ESBORRAZ (CO-ORD.), *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, p. 76. Una visión panorámica sobre el derecho privado en América Latina la ofrece el excelente libro de MIRROW, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, 2004.

⁽²¹⁾ Cfr. RABINOVICH-BERKMAN, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 2006.

⁽²²⁾ Sobre el derecho intermedio de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del derecho romano, véase GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, 2006. Para México el estudio clásico de 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 CRUZ BARNEY, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, 2004.

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»⁽²³⁾.

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⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Cfr. DE LOS MOZOS, *Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, en *Rev. Roma e América. Diritto romano comune. Riv. 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 GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. Véanse los espléndidos volúmenes conmemorativos SCHIPANI (edic.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani Roma e America*, Padova, 1998; y SCHIPANI (edic.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani Roma e America*, Padova, 1988; ID. (edic.), *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.

⁽²⁴⁾ Piénsese por ejemplo, en las investigaciones promovidas por el Programa Jean Monnet, de la Unión Europea, 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, la CLACSO, el Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina. Además, hay 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 Canadá, 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

En definitiva, que tanto el derecho de la integración regional, cuanto sobre todo el del nuevo derecho común, es una materia de extraordinaria actualidad, con grandes proyecciones para el futuro inmediato y mediato, con una enorme viabilidad geográfica, cultural y económica y con las mayores proyecciones en el ámbito jurídico, donde además, el papel que puede y debe desarrollar la doctri-

na 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.

Juan Pablo Pampillo Baliño

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 Heidelberg, f) el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina de la Universidad de La Plata y las contribuciones de Rappalini, 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. TITO, *Bases para la integración del derecho contractual latinoamericano: ensayo del método*, Barranquilla, 2012.

Jurisprudencia (función electoral)

Bibliografía: ARANGO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 33, Bogotá, D.C., 2004, pp. 189-190 (el texto se cita gracias al permiso otorgado el 25 de enero de 2005 por el Director de la Oficina de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia); AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal. I. Teoría general del proceso*, Bogotá, D.C., 2006; BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, 3ª reimpr., Bogotá, D.C., 2005, p. 199 ss.; BERNAL PULIDO, *El Precedente constitucional en Colombia*, en *Palestra del Tribunal constitucional*, Lima, 2008, p. 177; CAJAS SARRIA, *Jurisprudencia constitucional sobre el control de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952)*, en *Precedente-Anuario jurídico 2005*, Cali, pp. 13-33; CAJAS SARRIA, *Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, en *Precedente-Anuario jurídico 2007*, pp. 57-84; *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XVII (Jact-Lega), Buenos Aires, 1982, p. 621; FAJARDO SANDOVAL, *El precedente judicial: aproximación en la jurisdicción penal*, en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias*

Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca, vol. 5, 5-6, septiembre de 2005, Popayán, pp. 33-47; GOZAINI, *Sobre sentencias constitucionales y la expresión erga omnes*, en *Rev. iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 8, julio a diciembre de 2008, México, 2004, p. 189; HERNÁNDEZ VALLE, *La vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal constitucional*, en *Rev. iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 1, enero a junio de 2004, México, 2004, p. 48; HESSE, *La Jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, en *Rev. iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 4, enero a diciembre de 2005, México, 2005, pp. 157-168; LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1977; LÓPEZ MEDINA, GORDILLO, *Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*, en *Rev. de derecho público*, 15, Bogotá, D.C., 2002, pp. 3 -47; MARROQUIN ZULETA, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, D.F., 2008; MENDIVIL GUZMÁN, *El precedente constitucional en la exigibilidad de los derechos sociales*, en *Jurídicas CUC*, 4, julio a diciem-

bre de 2007, Barranquilla, pp. 7-15; OLANO GARCÍA, *Constitución política de Colombia - comentada y concordada* -, Bogotá, D.C., 2002, p. 616; SUÁREZ FRANCO, *Introducción al derecho civil*, Bogotá, D.C., 2008; TAJADURA TEJADA, *La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva procesal constitucional*, 9, enero a junio de 2008, México, 2008, pp. 167-192; TARUFFO, *Precedente y jurisprudencia*, en *Precedente-Anuario jurídico 2007*, Cali, pp. 85-99, trad. de Martínez Vallecilla y Gandini.

La jurisprudencia, ese nuevo derecho judicial, busca, según los profesores Diego López Medina y Roberto Gordillo⁽¹⁾: «darle forma concreta a los derechos constitucionales abstractos: a esas definiciones jurisprudenciales que se conocen como "sub-reglas" ya que introducen una especificación ulterior de los derechos que la enunciación política abstracta no puede tener».

Hace años, para hablar de jurisprudencia a secas, bastaría con citar a Ulpiano, quien en el Digesto (D. 1.1.10pr.) la define así: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

«¡Jurisprudencia! - diría Robespierre en la Asamblea Francesa cuando se quiso crear el Tribunal de Casación - ¡Qué horrible palabra! Este Tribunal no tendrá jurisprudencia. Vosotros no tenéis más jurisprudencia que la ley porque es la ley la que define la voluntad general y es ella el valladar inmovible de vuestros derechos como ciudadanos».

Jaime Azula Camacho⁽²⁾, dice que «en su acepción más amplia, la jurisprudencia puede concebirse como la manera en que los funcionarios judiciales entienden la norma o el criterio que sientan al crearla y exponen en las providencias que profieren».

Mientras que Roberto Suárez Franco⁽³⁾ nos expresa que viene del latín *iuris prudentia*, que quiere decir el derecho del más prudente, a lo cual agrega: «Por jurisprudencia entiéndase un conjunto de decisiones jurisdiccionales sobre un mismo punto de derecho. Es la ciencia o conocimiento del derecho. Puede considerarse también la interpretación jurisdiccional del derecho; por consiguiente, es hechura de magistrados y jueces, a diferencia de los principios generales del derecho, que son creados por deducción de las aplicaciones generales o particulares de las normas a los casos debatidos o a la revisión de las mismas sentencias».

Bien podríamos extendernos ampliamente acerca del concepto jurisprudencia, el valor del precedente y el futuro de un Common Law insertado dentro de nuestro sistema de derecho romano germánico o continental europeo, que ponía en primer orden a la ley y le daba a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar.

La Enciclopedia jurídica OMEBA⁽⁴⁾, dice que el vocablo jurisprudencia tiene tres acepciones usuales en Derecho.

La primera de ellas, que es la clásica, deriva del latín *iuris* (derecho) *prudentia* (sabiduría) y es usada para denominar en modo muy amplio y general a la ciencia del Derecho.

La segunda acepción alude al conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional dictados por órganos judiciales y administrativos. Estos pronunciamientos constituyen el llamado Derecho judicial en cuanto comprende a los fallos y sentencias emanados de los jueces y tribunales judiciales, o bien el denominado Derecho jurisprudencial administrativo, en cuanto involucra a las resoluciones finales de los tribunales administrativos.

La tercera acepción dice referencia al conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia. La coincidencia de sentido de ciertos grupos

(1) LÓPEZ MEDINA, GORDILLO, *Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*, en *Rev. de derecho público*, 15, Bogotá, D.C., 2002, p. 4.

(2) AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal. I. Teoría general del proceso*, Bogotá, D.C., 2006, pp. 24 a 26.

(3) SUÁREZ FRANCO, *Introducción al derecho civil*, Bogotá, D.C., 2008, p. 167.

(4) *Enc. jurídica Omeba*, t. XVII (Jact-Lega), Buenos Aires, 1982, p. 621.

de decisiones jurisdiccionales permite hablar, en estos casos, de jurisprudencia uniforme, lo cual, a su vez, traduce la unidad de criterio con que en la práctica son resueltos los casos análogos por los tribunales judiciales o administrativos.

Y agrega luego: En tanto constituye una serie de actos creadores de normas jurídicas, la jurisprudencia es fuente de Derecho. Pero en cuanto a la obligatoriedad jurídica que tienen para determinados órganos las normas jurisprudenciales, es posible distinguir dos diversos sistemas: a) El de la obligatoriedad instituida: determina que los precedentes jurisprudenciales emanados de órganos de jerarquía superior son obligatorios para los órganos inferiores. Ello ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos en que se establece la existencia y funciones de un tribunal de casación con el objeto de unificar todas las decisiones judiciales acerca de determinada materia, o también en aquellos sistemas en los cuales se admite consuetudinariamente la obligatoriedad de los precedentes. Es este último, el caso del sistema jurisprudencial del Common Law, que constituye, sin lugar a dudas, la parte más importante y significativa del Derecho anglo-estadounidense. b) El de la unidad científica: se funda en la conveniencia de uniformar las decisiones a fin de mantener, dentro de lineamientos generales, un orden interpretativo, propósito este que tiende, en definitiva a la concreción de un fundamental valor jurídico. Tal es lo que ocurre con la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales que, sin ser, en rigor, una fuente de normas obligatorias para los jueces, es, sin embargo, considerada como tal, en cuanto los mismos jueces, con un criterio científico unificador, adecuan al sentido de sus fallos el sentido de las decisiones precedentes. No ocurre lo propio, en punto a esto, con la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, pues el «Recurso de inaplicabilidad doctrinal o legal» instituido por la ley procesal de dicho estado, confiere obligatoriedad jurídica a las decisiones dictadas por la Corte sobre las materias motivo de recurso. Es así como encontramos que de acuerdo

con Konrad Hesse ⁽⁵⁾, que «la jurisprudencia se caracteriza, más bien, en su tipo básico, por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes, independientes, en los casos en los que el Derecho es controvertido o ha sido violado, en un procedimiento especial; sirve exclusivamente a la garantía y, con ella, a la concretización y evolución del Derecho. En el cumplimiento de esta tarea, la jurisprudencia desarrolla efectos ordenadores, racionalizadores y estabilizadores. Tiene mucho en común con la legislación. Sin embargo, le falta el elemento político de la legislación». Pero sin lugar a duda, ese elemento político en ocasiones se vislumbra en nuestra Corte Constitucional colombiana y no pocos lo desconocen, precisamente teniendo en cuenta que es el Senado de la República quien escoge a los magistrados de esta Corporación.

Ese aspecto lo ratifica el mismo Hesse ⁽⁶⁾ más adelante, al indicar la tarea especial de la jurisprudencia, así como de la propia jurisdicción constitucional, cuando dice que ésta: «tiene que decidir cuestiones con impacto político y de alcance político con más frecuencia que otras jurisdicciones. Sus decisiones pueden desarrollar incluso efectos políticos de notable alcance. Pueden aproximarse tanto más a una decisión política cuanto más no puedan deducirse normalmente partiendo de regulaciones detalladas, sino sólo con ayuda de los parámetros amplios e indeterminados de la Constitución. La ejecución de estas decisiones, por último, se somete a condiciones totalmente distintas a las de las decisiones de otros tribunales».

Y es que la jurisdicción constitucional, para este tratadista ⁽⁷⁾, es a través de la cual, el poder jurisprudencial se inserta hoy en el equilibrio de poderes, «e impone su sello no sólo a

⁽⁵⁾ HESSE, *La Jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, en *Rev. iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 4, enero a diciembre de 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, p. 157.

⁽⁶⁾ HESSE, *La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, cit., p. 164.

⁽⁷⁾ HESSE, *La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, cit., p. 163.

la ordenación de las funciones estatales, sino también al orden constitucional en su conjunto».

Por su parte, el tratadista argentino Segundo V. Linares Quintana⁽⁸⁾, en su obra «Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional», (t. 2), dice que «La jurisprudencia, en cuanto fuente mediata o indirecta del derecho constitucional, es la serie de decisiones pronunciadas por los tribunales que integran el poder judicial, y, en particular, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación - intérprete final y definitivo de la Constitución en el ordenamiento institucional argentino -, uniformes y constantes, sobre una determinada materia constitucional. De lo que se infiere que, contrariamente a lo que suele creerse frecuentemente, uno o aun varios fallos aislados no pueden constituir jurisprudencia. Bien observa González Calderón que no se puede llamar jurisprudencia constitucional a algunas decisiones esporádicas y a todas luces inconsistentes con el claro espíritu y letra de la ley suprema; ni a ciertos pronunciamientos que han sido dados por motivos circunstanciales, fuera de la órbita propia del poder judicial e invadiendo la esfera privativa de otro poder del Estado.

El valor de la jurisprudencia como fuente mediata del derecho constitucional es inapreciable. Solamente a través del estudio de sus principios, el constitucionalista podrá adquirir una idea exacta de la Constitución viva. «Vivimos bajo una Constitución, mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es» - ha dicho con real acierto el eminente juez norteamericano Charles Evans Hughes que con tanto brillo fuera Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Precisamente, sobre ese valor de la jurisprudencia dentro del sistema norteamericano, el mismo Linares Quintana, citando a Oscar Rabasa, nos expresa que «en los Estados Unidos, la jurisprudencia reviste una importancia mucho mayor que (...) en los demás estados latinoamericanos, por cuanto (...) según la doctrina norteamericana de derecho,

toda decisión judicial que ostensiblemente se haya pronunciado con arreglo a la ley constituye un testimonio imperativo o simplemente persuasivo de lo que es y debe ser el derecho. Esta regla jurídica de la jurisprudencia anglosajona que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos se denomina, en la terminología jurídica del derecho anglosajón: doctrina de *stare decisis* (acatar las decisiones)».

Generalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Consejo de Estado son «vinculantes para quienes administran justicia», lo cual se ha reiterado en tres subreglas: a) Mayoría calificada y precisa motivación; b) Debe señalarse en la parte resolutive y c) La motivación no constituye jurisprudencia.

Por ejemplo, en el caso de Colombia, el art. 230 Superior, ha sido analizado por la misma Corte Constitucional, al estudiar en 1996 la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dijo: «En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar - no obligatorio -, esto es, ella se considera *obiter dicta*».

Ésta tesis se ratifica con lo expresado por Konrad Hesse⁽⁹⁾, para quien la jurisprudencia existe exclusivamente para la garantía del Derecho siempre y cuando el juez sea imparcial y además «la jurisprudencia no permite ciertamente reconocer una línea inequívoca y fija. La razón (y la dificultad) para ello estriba en que los límites del control por el Tribunal Constitucional no se pueden describir siempre en una fórmula pétrea, válida en todo caso».

Luego, años más tarde, en el 2001, la Corte Constitucional se hizo una pregunta⁽¹⁰⁾ esencial: ¿cuál es el sentido que debe darse al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, y a su autonomía para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico?

⁽⁹⁾ Hesse, *La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional*, cit. p. 166.

⁽¹⁰⁾ Colombia, Corte constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁽⁸⁾ LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1977, pp. 482-487.

Para responder a dicho cuestionamiento, según la Corte, se debe tener en cuenta, a su vez, que: (i) el art. 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente; (ii) que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; (iii) que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; (iv) que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de la igualdad - como derecho - tienen como presupuestos la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado.

Valdría la pena señalar que, en el caso español, Javier Tajadura Tejada⁽¹¹⁾, en su artículo titulado «La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva constitucional», ha analizado el punto desde el Derecho español, expresando que «la función jurisdiccional en un Estado Constitucional de Derecho es muy diferente de la propia en un Estado legal de Derecho». Y agrega: «Ahora bien, a pesar de ello, el órgano superior del Poder Judicial sigue careciendo de legitimidad para crear derecho y por ello la jurisprudencia no es fuente del Derecho».

Creo entonces que una cosa es rechazar el papel de creador del Derecho del juez que se derivaría de la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho, y otra afirmar que la labor del órgano judicial se reduzca a una aplicación automática de la Ley como quiere Tajadura. Por esa razón, son muy significativas, las expresiones del profesor Rodolfo Arango⁽¹²⁾, quien analiza

las ventajas o desventajas de un sistema de precedentes constitucionales al decir: «(L)a Corte no controla lo que ella produce, en la medida en que una jurisprudencia coherente es imposible en las actuales circunstancias. Con esto ella misma contribuye al desprestigio de sus fallos, genera inseguridad jurídica y opaca la función de guarda supremo del orden constitucional. Esta situación se origina en varios factores, entre ellos el volumen de decisiones, la división interna de trabajo en nueve salas de tutela, la falta de una educación legal concedora de la técnica de precedentes, el excesivo individualismo de sus magistrados, etc. Algunos de estos problemas pueden corregirse sobre la marcha, como por ejemplo la actualización en materia constitucional, mientras que otros dependen de una decisión política. Me refiero a la modificación de la decisión de que la Corte intervenga en la mayor cantidad de casos para hacer justicia material en infinidad de situaciones injustas, para acrecentar su radio de influencia en la tarea de transformar la realidad nacional. Pero pasada la etapa de consolidación de la Corte Constitucional habría que pensar en la consolidación de su jurisprudencia como guía de la doctrina constitucional en el país. Para ello se requiere una reducción del número de salas de tutela, y quizás una especialización de la Corte en dos grandes salas, una competente para decidir sobre el control de actos reformativos de la constitución, leyes o decretos con fuerza de ley, y la otra para decidir casos de tutela, como sucede, por ejemplo, en el tribunal constitucional alemán. Esto, unido a la posibilidad de decidir discrecionalmente qué casos de tutela se revisan por la Corte, contribuiría a la construcción de líneas jurisprudenciales más claras y consistentes». En el libro «Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales», publicado por la conocida editorial española, Marcial Pons, el profesor Gabriel Mora Restrepo estudia

⁽¹¹⁾ TAJADURA TEJADA, *La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva constitucional*, en *Rev. iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 9, enero a junio de 2008, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pp. 167-192.

⁽¹²⁾ ARANGO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 33, Bogotá, D.C., 2004, pp. 189-190. El texto se cita

gracias al permiso otorgado el 25 de enero de 2005 por el Director de la Oficina de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

casos reales y controvertidos fallados por la Corte Constitucional colombiana y que hoy se consideran como «precedentes incontrovertibles», aunque, como se expresó en la reseña del texto ⁽¹³⁾, Mora Restrepo «pone en evidencia cómo los jueces constitucionales desconocen elementos centrales de todo proceso de razonamiento jurídico, generando así un conjunto de decisiones que distan mucho de las exigencias de la justicia y el orden constitucional». Mora Restrepo, recuerda el momento en el cual se despenalizó la Eutanasia en 1997 y uno de los ponentes de la iniciativa, el entonces Magistrado Carlos Gaviria, argumentó que la decisión tomada por el Tribunal obedecía a que «la Constitución tiene conceptos vacíos en los cuales caben distintas concepciones, incluso contradictorias entre sí». «Según esta tesis - sostiene Mora - los textos constituciones no

tendrían fuerza jurídica propia, sino que serían dependientes de la lectura que cada intérprete haga de ellos. Si esto es así, resultaría tan constitucional como inconstitucional permitir la eutanasia como castigarla; legalizar la dosis personal de la droga como prohibirla; legalizar el aborto como condenarlo, todo lo cual dependería de las mayorías imperantes en la Corte en un momento determinado, lo cual transforma a la Constitución en un instrumento de lucha ideológica entre quienes están llamados a defenderla: los jueces constitucionales». Compartimos el parecer de muchos, que como Bernal Pulido, dicen que «es innegable que el significado común de la expresión «"criterio auxiliar" es incompatible con la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia», pues es hoy día un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y aplicación del derecho.

⁽¹³⁾ Jurisabana virtual, año 2, 43, semana del 13 al 17 de abril de 2009.

Hernán Alejandro Olano García

Libertad de artes y de investigación científica

Bibliografía: AHUMADA CANABES, *La libertad de investigación científica, panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional*, en *Rev. chilena de derecho*, vol. 39, n. 2, agosto de 2012, pp. 411-445; DOMÉNECH PASCUAL, *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, 2004; MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Reus, España, 2011; MOLINA DEL POZO, *Tratado de Lisboa Tratado de la Unión Europea, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, Madrid, 2011; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Libertad de investigación científica y sexenios*, en *Rev. catalana de dret públic*, n. 44, 2012, pp. 225-252; ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗΣ (ORFANOUDAKIS), *Η εκπόνηση της διδακτορικής διατριβής και η ακαδημαϊκή ελευθερία*, Sakkoula, 2007.

1. Introducción. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 13, prevé que las artes y la investigación científica son libres y acuerda el respeto a la libertad de Cátedra ⁽¹⁾.

Dicho artículo se encuentra dentro del título segundo de la Carta, junto con el resto de las libertades ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Véase art. 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea: DOUE C 83 de 30-03-2010.

⁽²⁾ El título II de la Carta incluye los siguientes libertades y derechos: derecho a la libertad y a la seguridad (art. 69), respeto de la vida privada y familiar (art. 7), protección de los datos de carácter personal (art. 8), derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia (art. 9), libertad de pensamiento, de con-

Esta libertad y su regulación, que en la mayoría de los textos internacionales no se menciona como tal, ya que se entiende como una consecuencia de la libertad de expresión, no es nueva para los ordenamientos jurídicos de algunos países europeos. El reconocimiento de este derecho que tiene sus orígenes en la tradición constitucional alemana, aunque no podemos decir que se regula de manera homogénea en las varias Constituciones de los Estados miembros de la UE, sí que conviene destacar que existen normas que garantizan la libertad de artes y de investigación, con ciertas variaciones de contenido y de regulación, pero que se incluyen en los textos de nivel Constitucional de varios Estados miembros de la Unión⁽³⁾.

ciencia y de religión (art. 10), libertad de expresión e información (art. 11), libertad de reunión y asociación (art. 12), libertad de las artes y de las ciencias (art. 13), derecho a la educación (art. 14), libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15), libertad de empresa (art. 16), derecho a la propiedad (art. 17), derecho de asilo (art. 18), protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19).

⁽³⁾ Podemos mencionar aquí a modo de ejemplo: el art. 20 de la Constitución Española (1978) dentro del artículo sobre la libertad de expresión prevé entre otros: «Se reconocen y protegen los derechos: (...) b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra (...)» El art. 16 de la Constitución de Grecia («Σύνταγμα της Ελλάδας») (1975) en su primer párrafo prevé, «Son libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, y su desarrollo y promoción constituyen obligación del Estado. La libertad universitaria y la libertad de enseñanza no dispensarán, sin embargo, del deber de obediencia a la Constitución (...)». El art. 5.0 de la Constitución de Alemania (Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949 «Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland») (1949): «Serán libres el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza. La libertad de la enseñanza no exime, sin embargo, de la lealtad a la Constitución». El art. 33 de la Constitución de la República italiana («Costituzione della Repubblica Italiana») (1947) en su primer párrafo menciona: «Son libres el arte y la ciencia y será libre su enseñanza (...)». El art. 42 de la Constitución de Portugal («Constituição da República Portuguesa») (1976), prevé: «(...) Se garantiza la creación intelectual, artística y científica (...)». El art. 16 de la Constitución de Finlandia («Suomenperustuslaki») (2000) entre otros prevé, «(...) Se garantiza la libertad científica y artística y de educación superior (...)». El art. 54 de la Constitución de la República de Bulgaria («Конституция на Република България») (1991) prevé, entre otros: «(...) La creatividad artística, científica y tecnológica se re-

En los sistemas constitucionales de algunos países europeos, por otro lado, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito internacional⁽⁴⁾, se considera esta libertad como una modalidad de las libertades de pensamiento y de expresión, sin hacer especial mención a ella en particular. De esta manera, se protege a través de estas dos libertades y se garantiza a través de la protección de las mismas.

2. La libertad de arte. Si bien, como ya venimos diciendo, las Constituciones de varios Estados miembros incluyen alguna norma reguladora la libertad de arte, el término «arte» es muy difícil a concretar. Lo que uno considera como arte puede ser que para otro no lo sea, o lo que hoy no se considera como una obra de arte es posible que mañana se reconozca como tal. Además, el arte está relacionado con la creatividad, la necesidad de expresión y la necesidad de comunicación del artista con el público y es un concepto dinámico que cambia y se desarrolla continuamente. Por lo tanto, se evita una definición expresa en la normativa internacional, europea y

conocen y se garantizan por la ley (...)». El art. 59 de la Constitución de Eslovenia («Ustava Republike Slovenije») (1991), destaca: «(...) Se garantiza la libertad de la investigación científica y de esfuerzo artístico (...)».

⁽⁴⁾ En el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se menciona esta libertad, considerándola, sin embargo, protegida en el ámbito internacional por el art. 10 del CEDH, el cual se refiere a la libertad de expresión y prevé: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

nacional, y es, finalmente, la doctrina científica la que ha intentado dar soluciones a esta problemática con la propuesta de diferentes criterios o teorías, o una combinación de ellos para lograr ofrecer la definición del término. No hay un acuerdo general en la teoría sobre «qué es el arte» y «que es una obra artística», que pueda concretar estos términos, cubriendo los diferentes aspectos del arte. Existen varias teorías, cada una de las cuales intenta ofrecer criterios diferentes para la determinación de dicho concepto⁽⁵⁾. Una tendencia, lógica, teniendo en cuenta la evolución del arte en sí.

En el ámbito de la UE, encontramos la creación artística en los Tratados, y más en concreto en el título XII sobre la Cultura, en el art. 167 del TFUE, el cual indica, en cuanto a esta materia, que la Unión Europea tiene una competencia simplemente complementaria y de apoyo a la acción de los Estados miembros.

Sin embargo, la Unión Europea, teniendo como fin la conservación del patrimonio cultural común de Europa y para facilitar el acceso al mismo de todos, crea varios instrumentos para respaldar las acciones culturales en las cuales incluye, también, la creación artística⁽⁶⁾. El programa Cultura de la UE para el periodo 2007-2013, que tiene como objetivos la movilidad transnacional de los que trabajan para la cultura, la facilitación de la circulación de obras y de productos artísticos y culturales entre los países miembros, y el diálogo intercultural, cuenta con un presupuesto de 400 millones de Euros, facilitando de esta manera la cofinanciación de 300 actividades culturales al año⁽⁷⁾. Además, como confirmación del

interés creciente que demuestra la UE para esta materia, se prevé que el siguiente programa sobre la Cultura de la UE, que abarca los años 2014-2020, incrementa el presupuesto a los 500 millones de euros.

Las Instituciones y los Organismos de la UE, también se ocupan de la cultura y del arte. En cuanto a la Comisión, hay un Comisario responsable para la Educación, la Cultura, el multilingüismo y la juventud⁽⁸⁾. Dentro del Parlamento Europeo hay una Comisión permanente para la Cultura y la Educación⁽⁹⁾. En cuanto al Consejo, una de sus formaciones es el Consejo de Educación, Juventud y Cultura que convoca a los Ministros de Educación, Juventud, Cultura, y Deporte⁽¹⁰⁾. En el Comité de las Regiones hay una Comisión sobre Educación, Juventud, Cultura e Investigación (EDUC)⁽¹¹⁾, tiene responsabilidades sobre actividades y políticas relacionadas con la Educación la Cultura, la juventud y los deportes en nivel local y regional. Por último, la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (EACEA)⁽¹²⁾ es responsable para la gestión de partes específicos de los programas de la UE en los ámbitos de la cultura, la educación y el sector audiovisual.

En lo que se refiere al art. 13 de la Carta, hay que concretar que dicha libertad se *reconoce a todas las personas*. Sin embargo, hay que tener siempre en cuenta el ámbito de aplicación de la Carta: La obligación de respetar los derechos fundamentales enunciados en la Carta se limita a imponerse a

⁽⁵⁾ Véase, el artículo «*Ἐλευθερίας Τέχνης*» (*La libertad de arte*), en la revista jurídica sobre los derechos del hombre «*Δικαιώματα Τουανθρώπου*», n. 1/1999, p. 73 s. En ese mismo artículo se podrán encontrar las varias teorías que proponen criterios diferentes para la determinación del concepto «arte».

⁽⁶⁾ Véase en la pág. WEB oficial de la Unión Europea sobre la Cultura, disponible en: <http://europa.eu/>.

⁽⁷⁾ Más información sobre el programa Cultura de la Unión Europea, puede encontrar en la página WEB de dicho programa, disponible en: <http://eacea.ec.europa.eu/>.

⁽⁸⁾ Para el periodo 2010-2014 la Comisaria para la Educación, la Cultura, el multilingüismo y la juventud es Androula Vassiliou.

⁽⁹⁾ Véase, página WEB oficial de L Parlamento Europeo (Comisiones). Disponible en: <http://europarl.europa.eu/>.

⁽¹⁰⁾ Más información sobre esta formación del Consejo podrá encontrar en la página WEB oficial del Consejo de Educación, juventud, cultura e investigación, disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/>.

⁽¹¹⁾ Vid. Sitio WEB oficial del Comité de las Regiones. Comisión para la Educación la Cultura, la juventud y los deportes. Disponible en: <http://cor.europa.eu/>.

⁽¹²⁾ Para más información sobre la EACEA y su misión, véase, página WEB oficial de la EACEA, disponible en: <http://eacea.ec.europa.eu/>.

las Instituciones, los órganos y los organismos⁽¹³⁾ de la Unión Europea, respetando siempre el principio de subsidiariedad y a los Estados miembros solamente cuando aplican el Derecho de la UE⁽¹⁴⁾. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, más allá de las competencias de la Unión. Como impone el mismo principio de subsidiariedad, y se aclara explícitamente en la Carta, ésta última no puede de ningún modo suponer una ampliación de las competencias y las funciones atribuidas a la UE por los Tratados.

De todo lo anterior, se desprende que el ámbito de protección de esta libertad por parte de la Unión será, por ahora, bastante limitado, ya que siendo una competencia complementaria y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de la Carta, será difícil que surjan violaciones de ella en el ámbito de la UE. Sin embargo, el valor político y social que tiene el reconocimiento de esta libertad es indudable. Es obvia la voluntad de los redactores de la Carta en vez de acordar en ella simplemente los derechos y las libertades clásicos, los cuales se protegían, hasta ahora, por los

Convenios y Tratados Internacionales, incluir en ella, también libertades modernas, propias de las necesidades y el desarrollo de la sociedad moderna, reforzando el carácter político y social de la Unión.

En cuanto a la interpretación de esta libertad, hay que mencionar, que como hemos indicado desde el principio, es bastante difícil de concretar el concepto y el ámbito de la protección de esta libertad. Sin embargo, en la medida que, ella se incluye en el art. 10 del CEDH, su sentido, su alcance y las limitaciones admitidas serán las mismas. Por otro lado, la Carta, acuerda en cuanto a su interpretación, las tradiciones constitucionales de los diferentes Estados miembros, indicando que los derechos derivados de ellas y reconocidos en la Carta se deben interpretar en armonía con ellas⁽¹⁵⁾. En todo caso, la libertad de arte se ejercita siempre demostrando el respeto necesario a la dignidad humana⁽¹⁶⁾, proclamada en el artículo primero de la Carta.

Por último, no se nos debe olvidar la excepción que guarda el Protocolo Número 30 en cuanto a la vinculación jurídica de la Carta para Polonia y para el Reino Unido, que a petición de ambos, el mencionado texto jurídico no les vincula legalmente. Está acordado además, en las conclusiones del Consejo de 2009, establecerse una cláusula de excepción, también para la República Checa, que tendría lugar en la próxima reforma de los Tratados. Hay que esperar para observar las consecuencias que puede tener esta excepción en el ámbito de la UE y a las garantías de protección de los derechos reconocidos en la Carta en dicho ámbito.

3. La libertad de investigación científica.

Con el término «investigación» se entiende, como citan ya otros autores, «Las actividades mentales y técnicas que tienen como fin, de manera sistemática y demostrativa, obtener

⁽¹³⁾ Según, las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, los términos «órganos y organismos» se refieren a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de Derecho Derivado. Véase, DOUE, 2007/C 303/02, de 14 de diciembre de 2007, Explicación relativa al art. 51. Documento disponible en el sitio WEB oficial de EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁽¹⁴⁾ Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera), de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96, Cuestión Prejudicial, Daniele Annibaldi y Sindaco del Comune di Guidonia, Presidente Regione Lazio. Apart. 13: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta también (véase, en particular, la sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95, en *Rec.* 1997, p. I-2629, apartado 15) que, desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, tal como están expresados, en particular, en el Convenio. Por el contrario, el Tribunal de Justicia carece de dicha competencia en el caso de una normativa nacional que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario».

⁽¹⁵⁾ Véase art. 52 de la Carta.

⁽¹⁶⁾ *Vid.* art. 13 de las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE, 2007/C 303/02, de 14 de diciembre de 2007.

nuevos conocimientos»⁽¹⁷⁾. La «libertad de investigación», como señala J.M. Rodríguez de Santiago, es «el derecho fundamental que garantiza al investigador su autodeterminación individual en la realización de la actividad de obtención de nuevo conocimiento a través del método riguroso que caracteriza lo científico y en la difusión de sus resultados»⁽¹⁸⁾.

Bastante parecido a la libertad de las artes es el panorama a nivel nacional, europeo e internacional para la investigación científica. Las Constituciones de varios Estados miembros reconocen esta libertad explícitamente, junto con el derecho a la libertad de arte, en la mayoría de los casos, como un derecho fundamental autónomo, y algunos otros consideran dicha libertad protegida a través de la libertad de pensamiento y de expresión. En cuanto a la normativa internacional, si bien el CEDH, como hemos mencionado con anterioridad, no incluye esta libertad y se considera protegida a través de la libertad de expresión, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que incluye en la libertad de expresión y de opinión un apartado que prevé el de «no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»⁽¹⁹⁾, y más adelante⁽²⁰⁾ confirma, entre otros, el derecho de toda persona de «participar en el progreso científico y en los beneficios que

de él resulten» y el derecho «a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora». El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acuerda en el artículo sobre la libertad de expresión «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo índole»⁽²¹⁾. Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽²²⁾ también, prevé expresamente el respeto hacia «la libertad para la investigación científica»⁽²³⁾.

En el ámbito de la UE, dentro de los Tratados, encontramos la investigación científica en el título XIX del TFUE, que contiene los arts. 179 a 190, sobre la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio. En esta materia la Unión tiene un objetivo triple: Fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, contribuir al desarrollo de su competitividad y fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los Tratados. El fortalecimiento de las bases científicas y tecnológicas de la UE, se podrá conseguir a través de la realización de un espacio europeo de investigación, en el cual habrá libre circulación de investigadores, de conocimientos científicos y de tecnologías. El art. 180 del TFUE divide las acciones que debe tomar la UE con el fin de conseguir sus objetivos en este ámbito, en cuatro categorías:

1) La primera, se refiere a los programas de

⁽¹⁷⁾ Traducción libre del significado que da Manesis (Μανησις) en su libro sobre la libertad académica, *Ακαδημαϊκή Ελευθερία*, p. 676, que está citado en el libro de Orfanoudakis (Ορφανουδακίς), sobre la realización de la tesis doctoral y la libertad científica, *Η εκπόνηση της διδακτορικής διατριβής και η ακαδημαϊκή ελευθερία*, Sakkoula, 2007, p. 7.

⁽¹⁸⁾ Concepto que da RODRIGUEZ DE SANTIAGO, en su artículo *Libertad de investigación científica y sexenios*, publicado en la *Revista catalana de dret públic*, n. 44, 2012 pp. 225-252. Véase, también, DOMÉNECH PASCUAL, *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, 2004, pp. 34-35.

⁽¹⁹⁾ Véase art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, París, 10 de diciembre de 1948.

⁽²⁰⁾ Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁽²¹⁾ Véase art. 19 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos., adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁽²²⁾ *Vid.* art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

⁽²³⁾ Para más información sobre la protección de este derecho en el ámbito internacional, *vid.* AHUMADA CANABES, en su artículo *La libertad de investigación científica, panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional*, en *Rev. chilena de derecho*, vol. 39, n. 2, agosto de 2012, pp. 411-445 (capítulo 4. La libertad de investigación científica en el Derecho Internacional, pp. 428-435).

investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración: La Unión debe ejecutar dichos programas con el fin de promover la cooperación con las empresas, los centros de investigación y las Universidades y la cooperación entre estas entidades. 2) La segunda, se refiere al ámbito internacional, y prevé la cooperación de la Unión con terceros países y organizaciones internacionales en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración. 3) La tercera, se refiere a los resultados en esas tres materias de la Unión y prevé su difusión y explotación. 4) En cuanto a la cuarta categoría, que está relacionada con los investigadores de la UE, la Unión debe realizar acciones para estimular la formación y la movilidad de los mismos.

De acuerdo con los objetivos fijados por los Tratados, la UE aspira, ya para el año 2014, crear un Espacio Europeo de Investigación Único, dentro del cual los investigadores podrán trabajar desde cualquier lugar de la UE, reforzando la cooperación transfronteriza⁽²⁴⁾. El VII Programa-Marco para los años 2007-2013, dividido en cuatro ámbitos: cooperación, ideas, personas, capacidades, y contando con un presupuesto de 50.500 millones de euros, es un instrumento bastante potente para el desarrollo de este sector⁽²⁵⁾. El siguiente programa para la financiación de la investigación e innovación, «Horizonte 2020» que abarcará los años 2014-2020, aumentará el presupuesto destinado a estos sectores hasta 80.200 millones de euros.

En cuanto a las Instituciones y los Organismos de la UE, relacionados con la investigación y la innovación, la Comisión, tiene un Comisario responsable para investigación, innovación y ciencia⁽²⁶⁾. Dentro del Parlamento Europeo hay una Comisión permanente para la

⁽²⁴⁾ Véase en la página WEB oficial de la Unión Europea sobre Investigación e Innovación, disponible en: <http://europa.eu/>.

⁽²⁵⁾ Más información sobre el programa Cultura de la Unión Europea, puede encontrar en la página WEB del SEPTIMO PROGRAMA - MARCO, disponible en: <http://cordis.europa.eu/>.

⁽²⁶⁾ Para el periodo 2010-2014 la Comisaria para la Investigación, innovación y ciencia es Máire Geoghegan-Quinn.

Industria, Investigación y Energía⁽²⁷⁾. En lo que se refiere al Consejo, a partir del año 2002, se creó el Consejo de Competitividad, que incluía tres formaciones del Consejo previas: Mercado Interior, Industria e Investigación. Según los temas del orden del día, esta formación del Consejo, se integra por los Ministros de Asuntos Europeos, los Ministros de Industria, los Ministros de Investigación, etc.⁽²⁸⁾. Además, dentro de las políticas del Consejo se incluye la Cooperación Europea en Ciencia y Tecnología (COST)⁽²⁹⁾, que es el sistema más antiguo de redes dedicadas a la investigación.

En el Comité de las Regiones hay una Comisión sobre Educación, Juventud, Cultura e Investigación (EDUC)⁽³⁰⁾ y en el Comité Económico y Social Europeo, la sección de Mercado Único, Producción y Consumo, incluye en sus ámbitos de interés, entre otros, también la investigación⁽³¹⁾. Las dos agencias relacionadas con la investigación en el marco de la UE son la Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación y la Agencia Ejecutiva de Investigación.

Volviendo a la Carta de derechos fundamentales de la UE, hay que concretar que esta libertad tiene el mismo ámbito de aplicación que la libertad de las artes. Es decir, la obligación de respetar esta libertad se ha de imponer a las Instituciones, los órganos y los organismos de la Unión Europea, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y a los Estados miembros cuando estos últimos aplican el Derecho de la UE.

En cuanto a la interpretación de esta libertad,

⁽²⁷⁾ Véase, página WEB oficial del Parlamento Europeo (Comisiones). Disponible en: <http://europarl.europa.eu/>.

⁽²⁸⁾ Más información podrá sobre este Consejo podrá encontrar en la página WEB Oficial del Consejo (formaciones), disponible en: <http://consilium.europa.eu/>.

⁽²⁹⁾ Se trata de un marco intergubernamental europeo de cooperación internacional entre actividades de investigación financiadas a escala nacional.

⁽³⁰⁾ Vid. Sitio WEB oficial del Comité de las Regiones. Comisión para la Educación la Cultura, la juventud y los deportes. Disponible en: <http://cor.europa.eu/>.

⁽³¹⁾ Véase página WEB del Comité Económico y Social Europeo, disponible en: <http://eesc.europa.eu/>.

en la medida que, la misma se incluye en el art. 10 del CEDH, como una modalidad de la libertad de expresión, su sentido, su alcance y sus limitaciones serán iguales, sin olvidar que, en la medida que se deriva de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, su interpretación se realizará también en armonía con ellas. En todo caso, al igual que la libertad de arte, la libertad científica siempre debe tener respeto a la dignidad humana⁽³²⁾. Por último, señalar que el Protocolo Número 30, para la excepción de Polonia y del Reino Unido, de la vinculación jurídica de la Carta, también se habrá de tener en cuenta en cuanto a esta libertad.

4. La libertad de Cátedra. El significado del concepto «cátedra», según Ar. Manesis, se refiere a «la comunicación y la transmisión metódica, de manera argumentativa pedagógica, de las conclusiones de investigación, tanto de forma oral (en clases, docencias,

clases prácticas, ejercicios, conferencias), como de forma escrita (libros, tesis doctorales, estudios, “notas” y otras publicaciones, especialmente para la formación de científicos jóvenes)⁽³³⁾. Es obvio que el concepto de la «cátedra» es muy cercano al de la «investigación». Sin embargo, la «investigación» se refiere más bien al proceso para conseguir el conocimiento científico, mientras la «cátedra» se centra en el proceso de transmisión de un conocimiento científico⁽³⁴⁾. Por lo tanto, la Cartahace una mención especial al Derecho de Cátedra, protegiendo ampliamente la libertad que la misma otorga para posicionarse científica, académica e intelectualmente a quienes, por su actividad profesional ordinaria, deben hacer uso de ella.

Carlos Francisco Molina del Pozo
Chrysoula Archontaki

⁽³³⁾ Véase nota 17.

⁽³⁴⁾ Esta diferencia detecta Orfanoudakis (Ορφανουδακης), en su libro sobre la realización de la tesis doctoral y la libertad científica, *Η εκπόνηση της διδακτορικής διατριβής και η ακαδημαϊκή ελευθερία*, Sakkoula, 2007, p. 8.

⁽³²⁾ Vid. art. 13 de las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE, 2007/C 303/02, de 14.12-2007

Libertad de expresion como garantia regional

Bibliografía: ABREGÚ, COURTIS (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004; BERTONI, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Argentina, 2000; DE LUCA, *Delitos de expresión*, ponencia IX Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal 26, 27 y 28 de agosto de 2009, República Argentina, Provincia de Corrientes. «Derechos fundamentales y la ley penal»; EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2000; FISS, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, 2010; FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 2001; LORETTI, *Aplicación de los principios de li-*

bertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ABRAMOVICH, BOVINO, COURTIS, (comp.), *La Aplicación de los tratados sobre los derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CELS-Canadian Development Agency, 2007; GARCÍA RAMÍREZ, GONZA, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Chapultepec, 2009.

1. Concepto. La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales sobre los que se construye el Estado de Derecho. Constituye una condición necesaria para la

existencia misma de toda sociedad democrática.

Es el derecho sustantivo, natural e inalienable⁽¹⁾ de toda persona a expresar el pensamiento propio, sin restricciones, bajo cualquier modalidad y por cualquier medio de comunicación⁽²⁾.

La libertad de pensamiento es inescindible del derecho de exteriorizar libremente las ideas y opiniones, como así también de construirlas mediante la búsqueda, recepción y difusión de cualquier información a través de todo medio disponible para ello.

La libertad de expresión como derecho fundamental merecedor de una protección especial, entonces, resume todos aquellos aspectos citados precedentemente, a través de los cuales se instrumenta. Y todas estas perspectivas de un mismo derecho deben ser garantizadas simultáneamente.

Bajo estas condiciones, cumple una función social al posibilitar el debate público mediante el intercambio de ideas y opiniones sobre cuestiones de interés común, propiciando los cambios sociales y políticos en beneficio del sistema democrático⁽³⁾.

El derecho se sostiene en tres razones: es un derecho natural y sustantivo de las personas - fundamento individual -; facilita el descubrimiento de la verdad -fundamento social -; y favorece el proceso democrático - fundamento político⁽⁴⁾.

En idéntico sentido, la doctrina en general y la jurisprudencia interamericana en es-

pecial, le han otorgado a este derecho dos dimensiones: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones, y una colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir informaciones, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada⁽⁵⁾.

Cualquier afectación a la libertad de expresión lesiona tanto a quien se le imposibilita expresarse cuanto a los miembros de la sociedad a quienes se les impide conocer ese pensamiento o idea⁽⁶⁾.

Asimismo, el derecho tiene tres funciones. Primeramente, protege el derecho del individuo a pensar por sí mismo, sobre la base del acceso a la información por distintos medios, compartiendo con otras personas los pensamientos propios y ajenos. La formación cultural y el conocimiento se nutre de la información sobre la ciencia, la tecnología, la mera actualidad.

Luego, por ser indispensable para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos.

La función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios y para facilitar la autodeterminación personal y colectiva⁽⁷⁾.

De allí, la importancia que los medios de comunicación social, en particular la prensa, sean plurales, libres e independientes, dado que no puede desconocerse que «existen medios en sociedades no democráticas y medios no democráticos en sociedades que

(1) GELLI, *Constitución de la Nación argentina*, Buenos Aires, 2001, p. 80.

(2) EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 523.

(3) «El respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos» (Declaración de principios sobre libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principio 1, apartado 7, aprobada en octubre de 2000). Asimismo, que «una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma» (CIDH, Informe n. 11-96 del caso «Martorell» del 3 de mayo de 1996).

(4) GELLI, *Constitución de la Nación argentina*, cit., p. 82.

(5) *Vid.* Corte Interamericana, caso «Ricardo Canese», párr. 77; caso «Tristán Donoso», párrafo 109; caso «Kimel», párrafo 53; caso «Claude Reyes y otros», párrafos 75-76; caso «Herrera Ulloa», párrafo 108; caso «Ivcher Bronstein», párrafo 146; y «La Colegiación Obligatoria de Periodistas», Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30; entre otros.

(6) CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, «Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de Expresión», 25 de febrero de 2009, p. 5, <http://www.oas.org/es/>.

(7) *Cfr.* Corte Interamericana, caso «Herrera Ulloa».

pretenden serlo»⁽⁸⁾, puesto que «la robustez del debate público puede ser amenazado tan fácilmente por un privado - los medios de comunicación tienen el enorme poder de decidir qué emitir y qué desplazar - como por un organismo del Estado»⁽⁹⁾.

La tercera y última función que destaca la jurisprudencia interamericana es instrumental, dado que es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales⁽¹⁰⁾. Es considerada una «libertad estratégica y preferida»⁽¹¹⁾.

2. Sistema interamericano: ámbito y alcance. La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), en su art. 13, expresa lo siguiente: Artículo 13. *Libertad de Pensamiento y de Expresión.*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana han desarrollado una labor trascendental para afianzar el derecho a la libertad de expresión, tanto por el establecimiento de estándares interpretativos sobre el ámbito, alcance y limitaciones legítimas a través de sus resoluciones en casos concretos, cuanto por la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión⁽¹²⁾ y la emisión

de la Declaración de principios sobre la libertad de expresión⁽¹³⁾.

En este documento se resumieron las pautas de interpretación del art. 13 CADH fijadas en los precedentes de la CIDH y la Corte Interamericana, en especial a partir de la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica para la determinación de la compatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas impuesta en ese país por ley n. 4420 del 22 de setiembre de 1969.

En este sendero, es dable advertir que la protección dada para este derecho en el art. 13 de la CADH es más amplia que la prevista en el art. 10 del Convenio Europeo.

Conforme la opinión consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana, «la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas».

En ese mismo pronunciamiento, fue definida como un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática, en tanto posibilita la formación de la opinión pública, el desarrollo de los partidos políticos, gremios y demás organizaciones.

En palabras de la Corte Europea, «la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres»⁽¹⁴⁾.

El art. 13 CADH establece el ámbito y el alcance del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Establecida como una oficina permanente e independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la CIDH, procura estimular la defensa hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, complementando así la labor de la propia Comisión Interamericana (<http://www.oas.org/es/>).

⁽¹³⁾ CIDH, 108° período ordinario de sesiones, octubre de 2000.

⁽¹⁴⁾ Corte Europea de Derechos Humanos, caso «Handyside v. UK», sentencia 7 de diciembre de 1976.

⁽⁸⁾ DE LUCA, *Delitos de Expresión*, ponencia IX Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal 26, 27 y 28 de agosto de 2009, República Argentina, Provincia de Corrientes. «Derechos fundamentales y la ley penal» Panel «Libertad De Expresión: Criminalización de la protesta social. Calumnias e injurias. Libertad de Prensa - de opinión», <http://www.aapdp.com.ar/>.

⁽⁹⁾ FISS, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, 2010, p. 13.

⁽¹⁰⁾ *Ídem*.

⁽¹¹⁾ GELLI, *Constitución de la Nación argentina*, cit., p. 81.

⁽¹²⁾ La Relatoría Especial fue creada por la CIDH en octubre de 1997, durante su 97° Período de Sesiones.

El ámbito es tan amplio como posibilidades de comunicación entre las personas existen, dado que se encuentra protegida toda forma de expresión⁽¹⁵⁾ y todo contenido, más allá de la especial atención que los instrumentos del sistema convencional y la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana han dispensado a algunos de ellos en particular. Al referir a todo contenido, se alude tanto al que goza de aceptación social cuanto a aquel que ofenda, inquiete o perturbe al Estado o a cualquier sector social, dada la obligación de neutralidad estatal y la vigencia de los principios de pluralismo y tolerancia democráticos⁽¹⁶⁾.

La neutralidad del Estado significa que no se pone del lado de una u otra parte del debate, siendo la gente y no aquel, quien debe elegir entre los diversos puntos de vista en competencia, y su elección no debe ser manipulada por el Estado sesgando el debate público en un determinado sentido⁽¹⁷⁾.

Se encuentra comprendida la búsqueda, recepción y difusión de informaciones e ideas de toda índole. Al destacar la inexistencia de fronteras y enumerar los modos, incluye los medios tradicionales y las nuevas tecnologías que acentúan el carácter global de la protección a la libertad de expresión.

El alcance establecido en el inciso 1, impone el principio de universalidad de los sujetos y de los medios del derecho a la información, al serles garantizado tanto para quienes difunden cuanto para aquellos que reciben

⁽¹⁵⁾ Las expresiones artísticas están comprendidas en el ámbito americano y universal desde la propia literalidad de los tratados, a diferencia de Europa. Sin perjuicio de ello, la Comisión y la Corte Europea así lo entendieron por ejemplo en el caso «Muller», al considerar que el arte es una expresión de la opinión pública, como así también las expresiones de contenido comercial (Felgueras, Santiago «El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional», página 481 y siguientes; en Abregú y Courtis, compiladores, «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales», Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004).

⁽¹⁶⁾ CIDH, Relatoría para la libertad de expresión, «Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión», parágrafo 20 ss.

⁽¹⁷⁾ FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, 1999, p. 59.

y pueden conocer las ideas u opiniones de otros, constituyendo un derecho de doble vía que vincula las dimensiones individual y colectiva que lo caracteriza⁽¹⁸⁾.

El derecho internacional configuró la libertad de expresión como un derecho humano general que no admite restricciones derivadas de las fronteras de los Estados, debiendo la información circular sin limitaciones en sus diversas modalidades. Esta concepción ha jugado un papel fundamental en las relaciones internacionales, y se ha consolidado con la revolución electrónica y los cambios tecnológicos⁽¹⁹⁾.

En cuanto al alcance de la protección según las características de los medios, es importante tener presente la distinción efectuada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al interpretar la primera enmienda de la Constitución de ese país, reconociendo máxima protección a la libertad de expresión en internet por entender que el medio permite comunicarse casi en forma ilimitada y a bajo costo («Reno, Janet v. American Civil Liberties Union et al» 521 US 844-1997); postulando otra más relajada en el caso de operadores de televisión por cable («Turner Broadcasting System Inc. V. FCC», 521 US 622-1994); para finalmente, fijar un escrutinio judicial estricto en materia de radiodifusión justificado por la escasez del espectro radioeléctrico, ya que dicha limitación de recursos hace necesario que el Estado regule la actividad, a fin de asegurar la diversidad de voces («Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communication Commission et al.» 395 US 367-1968)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ LORETTI, *Aplicación de los principios de libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en ABRAMOVICH, BOVINO, COURTIS (comp.) *La Aplicación de los tratados sobre los derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CELS-Canadian Development Agency, 2007, pp. 965-986.

⁽¹⁹⁾ URIOSTE BRAGA, *Libertad de expresión y derechos humanos*, 2008, p. 218.

⁽²⁰⁾ República Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, causa n. 119/2010 «Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa», sentencia del 17 de abril de 2013 - voto del juez Ricardo Guarinoni.

En este contexto, antes y ahora, son los medios de comunicación social, particularmente la prensa, los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, siendo necesario que aquellos sean accesibles a todos sin discriminaciones permitiendo la pluralidad de voces y opiniones, impidiéndose los monopolios y facilitando el ejercicio independiente de la profesión de periodistas.

3. Limitaciones prohibidas y admitidas: censura previa y responsabilidades ulteriores. El art. 13, en referencia a la temática de este apartado, establece lo siguiente: «2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.»

En el inciso 2, prohíbe expresamente la censura previa, aunque admite supuestos de abuso de la libertad de expresión generadores de responsabilidades ulteriores.

Como todo derecho, más allá de su carácter estratégico es pasible de sufrir restricciones;

empero, para garantizar ampliamente su ejercicio descarta toda posibilidad de censura previa, salvo en los casos contemplados en los incisos 4 y 5. En el primero se privilegia la protección de los menores en concordancia con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽²¹⁾; no obstante, cabe destacar que la norma no impide la exhibición de un espectáculo público sino que solo autoriza a restringir el acceso de menores al mismo para la protección moral de éstos⁽²²⁾. Las previsiones de los incisos 4 y 5 se articulan con diversos instrumentos internacionales que prohíben ciertos discursos particularmente violentos y violatorios de los derechos humanos. Esta enumeración es taxativa y comprende discursos sobre la apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa del genocidio y pornografía infantil⁽²³⁾.

El rechazo de toda restricción anticipada se equilibra con la legitimación de la atribución de responsabilidades ulteriores por abusos de ejercicio. Significa admitir infracciones a la ley que solamente se producen con el ejercicio de la libertad de expresión y solamente se sancionan después de ejercerla⁽²⁴⁾.

Descartado el control preventivo, la imposición de sanciones por el ejercicio de la libertad de expresión solo es posible si se verifican las condiciones previstas en los apartados 1 y 2 del inciso 2 del art. 13 de la CADH y, a su vez, si se dan ciertos requisitos.

La CIDH y la Corte Interamericana consideran que para que una limitación a la libertad de expresión sea válida, debe cumplir con lo siguiente: a) que las causales de responsabilidad estén previamente establecidas y definidas expresamente, en forma clara y precisa, en una ley (principio de legalidad); b) que per-

(21) Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, EEUU, el 20 de noviembre de 1989.

(22) Cfr. Corte Interamericana, caso «La última tentación de Cristo»; caso «Palamare Iribarne».

(23) Relatoría Especial, *ob. cit.*, p. 8.

(24) Corte Interamericana, OC-5/85, voto del juez Piza Escalante, parágrafo 20.

siga objetivos autorizados por la Convención (principio de legitimidad); y c) que sea necesaria, proporcionada e idónea para cumplir los objetivos que persigue (principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad)⁽²⁵⁾.

En cuanto al concepto de «necesidad», al igual que lo previsto por la Convención Europea en su art. 10 y más allá de la referencia que hace ésta a una sociedad democrática, debe interpretarse que la restricción será legítima en tanto esté orientada a satisfacer un interés público imperativo, y sea aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido⁽²⁶⁾.

Las responsabilidades ulteriores pueden consistir en sanciones civiles o penales para quienes hayan realizado cierto tipo de manifestaciones violatorias de los derechos o la reputación de terceros, o que afectaren la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En el primer caso, dentro de los estándares establecidos en el orden supranacional, se ha ampliado el margen de crítica a funcionarios públicos, personalidades públicas o aquellas que no tengan ese carácter pero resulten involucradas en cuestiones de interés público⁽²⁷⁾.

La Corte Interamericana sostuvo que los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público, entre otras cosas porque han aceptado voluntariamente desarrollar actividades que salen del dominio de la esfera privada para insertarse en el ámbito del debate público. La sociedad tiene derecho a mantenerse informada, conocer y criticar respecto de aquellas cuestiones que son de su interés⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Relatoría Especial, ob. cit., con cita de OC-5/85, caso «Palamara Iribarne», caso «Herrera Ulloa», caso «Tristan Donoso», entre otros. En concordancia, Declaración de Principios sobre libertad de expresión, Principios 5, 6, 7, 10 y 11.

⁽²⁶⁾ Corte Interamericana, OC-5/85 «La colegiación de periodistas», párrafo 46.

⁽²⁷⁾ Corte Interamericana, caso «Castells», del 20 de abril de 1992 y Corte Europea, caso «Lingens», del 8 de julio de 1986; entre otros.

⁽²⁸⁾ Cfr. Corte Interamericana, casos «Canese», «Kimmel», «Tristán Donoso», entre otros.

También se ha desarrollado la doctrina de la real malicia para limitar las consecuencias ulteriores, por medio de la cual se exige a quien demanda la prueba que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notorio desprecio sobre si eran o no falsas.

Se ha dicho no sin audacia que «la libertad de expresión es un derecho eminentemente subversivo», en la medida que permite realizar tipicidades penales impunemente⁽²⁹⁾. Empero, en torno al honor se admite la impunidad parcial para los casos de interés público y la represión en asuntos particulares.

El sistema regional admite la reacción penal como una consecuencia legítima ante la expresión de informaciones u opiniones, sólo en aquellos casos en que la extrema gravedad de la conducta del emisor lo justifique; en cambio, considera que «la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública»⁽³⁰⁾.

La garantía se complementa con el derecho a la respuesta o réplica previsto en el art. 14 de la Convención⁽³¹⁾, a través del cual toda per-

⁽²⁹⁾ DE LUCA, *Delitos de Expresión*, cit.

⁽³⁰⁾ CIDH, «Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», <http://www.cidh.org/>.

⁽³¹⁾ CADH, Artículo 14: Derecho de Rectificación o Respuesta.- 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión

sona afectada por informaciones inexactas o agraviantes tiene el derecho a efectuar por el mismo medio de comunicación su rectificación o respuesta, sin que su materialización exima al de otras responsabilidades legales a quien haya transmitido o difundido aquella⁽³²⁾. Los Estados deben regular el modo de ejercicio del instituto de respuesta o réplica, de modo tal de darle efectividad en el orden jurídico interno⁽³³⁾.

En conclusión, existen ciertas expresiones garantizadas absolutamente al no ser pasibles de censura previa ni de responsabilidades ulteriores, y otras que sí pueden ser restringidas ex ante o, en caso de haber sido igualmente formuladas, ser sancionadas ex post.

En el inciso 3, prohíbe la utilización de mecanismos indirectos para impedir la difusión de opiniones y limitar la libertad de expresión, por ejemplo a través del no otorgamiento de licencias de televisión o frecuencias radioeléctricas, distribución arbitraria de publicidad oficial, presiones ocultas a editores, dueños de medios y periodistas, otorgamiento o negativa de licencias de radio y televisión, exigencias sobre las agencias de

su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.- 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.- 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

⁽³²⁾ URIOSTE BRAGA, *Libertad de expresión y derechos humanos*. Se la considera una acción de defensa o de desagravio para la protección del derecho al honor o el decoro del afectado, mediante el cual es posible la solución del conflicto privado mediante reparación, resarcimiento o reposición. Al mismo tiempo, es un recurso que habilita el acceso a los medios de comunicación, fomentando el debate público, cumpliendo de ese modo con la función social de la libertad de expresión (p. 223).

⁽³³⁾ Es motivo de debate el alcance de la expresión «en las condiciones que la ley establezca» como así también de la autoejecutabilidad (self executing) de una norma internacional o de la necesidad de una ley interna para la observancia de lo previsto en el derecho convencional. A respecto, ver la OC-7/86, votos de los jueces Gros Espiell y Piza Escalante. Caso «Ekmekdian c/ Sofovich».

publicidad para que no pauten en determinados medios, etcétera⁽³⁴⁾. Estas restricciones indirectas pueden provenir del Estado o de particulares⁽³⁵⁾.

Ante el interrogante sobre si la aplicación de responsabilidades ulteriores puede equipararse en sus consecuencias a la censura previa, dado el mecanismo de autocensura que podría provocar, la Convención establece una fórmula sencilla que puede resumirse en la siguiente frase: «censura previa nunca, responsabilidades ulteriores, sólo en ciertos casos y bajo ciertas condiciones»⁽³⁶⁾.

En síntesis, las reacciones no pueden convertirse en una frontera infranqueable para la libertad de expresión⁽³⁷⁾.

La inobservancia a las previsiones del art. 13 CADH genera responsabilidades para el Estado y el deber, conforme el art. 63, de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y a reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En los casos de violación a la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha impuesto la obligación de, por ejemplo, reparar patrimonialmente los daños materiales e inmateriales producidos; modificar el ordenamiento jurídico interno; entregar la información requerida; restituir el material secuestrado; dejar sin efecto las sentencias condenatorias y suprimir los antecedentes penales de los registros correspondientes; publicar las sentencias desfavorables de la

⁽³⁴⁾ Corte Interamericana, caso «Ivcher Bronstein», sentencia de 6 de febrero de 2001, donde se determinó que «la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboran e investigan para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana.», párr. 162.

⁽³⁵⁾ Corte Interamericana, caso «Ríos et al.», caso «Pedrozo et al.».

⁽³⁶⁾ BERTONI, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Argentina, 2000, p. 31.

⁽³⁷⁾ GARCÍA RAMÍREZ, GONZA, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Chapultepec, 2009, p. 44.

Corte Interamericana o realizar actos de desagravios para las víctimas; entre otras⁽³⁸⁾.

4. Perspectivas. El sistema interamericano de protección de derechos humanos cumple una función trascendente para la vigencia y protección de las libertades en los países de la región.

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado una labor fundamental para la elaboración de estándares interpretativos sobre el ámbito, alcance y limitaciones legítimas a través de sus resoluciones en casos concretos, consolidando la vigencia de las libertades individuales y propendiendo a la consolidación del sistema democrático en los países de la región.

⁽³⁸⁾ *Idem.*

Allá por 1859, John Stuar Mill se esperaba en que hubiera pasado el tiempo de defender la libertad de prensa, como contenedora de gobiernos corrompidos o tiránicos, y que no fuera ya necesario «buscar argumentos contra todo poder, legislativo o ejecutivo, cuyos intereses no sean los del pueblo, y que pretenda prescribirle sus opiniones y determinar las doctrinas y argumentos que está autorizado a escuchar»⁽³⁹⁾.

Casi dos siglos después las tensiones subsisten, empero la evolución del sistema formal e instrumental de garantías, ofrece perspectivas más sustentables y realistas que los meros deseos.

Marcelo Pablo Vázquez

⁽³⁹⁾ MILL, *Sobre la libertad*, en <http://www.ateismopositivo.com.ar/>.

Libertad de pensamiento

1. La libertad de pensamiento y expresión, elemento esencial en la construcción del estado democrático. A pesar de que hasta la fecha la Corte IDH no ha tenido la oportunidad de analizar⁽¹⁾ todos los aspectos protectores que se derivan del conteni-

⁽¹⁾ Hasta la fecha con unos veinte los casos en los que la Corte IDH ha analizado directamente la violación del art. 13 CADH. El mayor número lo conforman los casos de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales contra periodistas o líderes opositores; un segundo grupo de casos está formado por aquellos en los se pone límite a la libertad de pensamiento y expresión bien principalmente con medidas penales; en tercer lugar, tenemos los casos que están referidos al intento de control gubernamental sobre los medios de comunicación; también relevantes son los casos sobre censura previa, y cerrando el listado dos casos paradigmáticos uno sobre acceso a información en manos de órganos del estado y otro que estudia el caso de ejercicio de la libertad de expresión bajo coacción y fuerza.

do del art. 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos, en la jurisprudencia que ha dictado con base a ese artículo convencional se aprecia con claridad el valor e importante significado que esta libertad tiene para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁽²⁾.

La Corte Interamericana hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, por vez primera en su Opinión Consultiva OC-5/85, al establecer que, «la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opi-

⁽²⁾ Junto al trabajo de la Corte IDH, no hay que olvidar el importante papel que desempeña la Relatoría especial para la libertad de expresión dependiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

nión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre»⁽³⁾. Postura que reafirmará después en los casos contenciosos, en los que presentará a la libertad de expresión como una condición esencial para que una sociedad democrática esté adecuadamente formada⁽⁴⁾.

El fortalecimiento democrático que se deriva del art. 13 CADH se expresa con plena intensidad en ocasión de un proceso electoral como la Corte IDH ha podido analizar en *Ricardo Canese vs. Paraguay* pues constituye un bastión fundamental para el debate debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión⁽⁵⁾. En este sentido, la Corte IDH ha considerado necesario resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin ellas no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad⁽⁶⁾.

Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales⁽⁷⁾.

Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de esa dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan⁽⁸⁾; de ahí que el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas⁽⁹⁾.

⁽³⁾ Cfr. Corte IDH, OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 CADH), párrafo 70.

⁽⁴⁾ Corte IDH, 5 de febrero de 2001, «*La última tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos et al. v. Chile*), serie C, n. 73, párrafo 68.

⁽⁵⁾ Corte IDH, 31 de agosto de 2004, *Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 111, párrafo 88. Hechos similares en *Id.*, 22 de noviembre de 2004, *Carpio Nicolle et al. vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 117, periodista, candidato presidencial atentan contra su vida.

⁽⁶⁾ De ahí la lógica que sigue la CADH - a diferencia de otros tratados internacionales de DDHH -, al co-

locar a la libertad de pensamiento junto a la libertad de expresión y no junto a la libertad de conciencia y religión, por la necesidad de fortalecer ese espacio público en el que se garantice el ámbito interno del pensamiento que una vez exteriorizado ayuda a la difusión del pluralismo ideológico y social, esenciales para la construcción democrática.

⁽⁷⁾ Corte IDH, 26 de mayo de 2010, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 212, párrafo 173.

⁽⁸⁾ Corte IDH, 29 de noviembre de 2011, *Fontevicchia y D'Amico v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 238, párrafos 42-44.

⁽⁹⁾ *Idem*, párrafo 45.

2. Contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en la interpretación que la Corte IDH ha dado al art. 13 CADH hasta el momento. 2.1. Derecho con una dimensión individual y social. El caso *Ivcher Bronstein v. Perú* y el de *La última tentación de Cristo v. Chile* ambos fallados por la Corte en 2001 presentan la oportunidad perfecta para que se delimite con precisión el contenido convencionalmente protegido del derecho de libertad de pensamiento y expresión, que comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. «Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno»⁽¹⁰⁾.

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el

ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el art. 13 de la Convención⁽¹¹⁾.

El ejercicio efectivo de la libertad de expresión como ha señalado la Corte IDH en *Ríos y otros vs. Venezuela*, implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan, lo que genera concretas obligaciones para el estado: debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice la vulnerabilidad de quienes la ejercen, y ha de adoptar medidas para proteger los derechos de éstos, así como investigar hechos que los perjudiquen;⁽¹²⁾ y debe 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⁽¹³⁾.

2.2. Derecho a acceder a la información que se encuentra bajo control del estado. En el importante caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Corte ha tenido la oportunidad de establecer que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar

⁽¹⁰⁾ Corte IDH, «*La última tentación de Cristo*» (*Olmado Bustos et al. v. Chile*), cit., párrafo 64.

⁽¹¹⁾ Corte IDH, «*La última tentación de Cristo*» (*Olmado Bustos et al. v. Chile*), cit., párrafos 65-67. Y en el mismo sentido puede verse, Id., 6 de febrero de 2001, *Ivcher Bronstein v. Perú*. Reparaciones y costas, serie C, n. 74, párrafos 146-148.

⁽¹²⁾ Corte IDH, 28 de enero de 2009, *Ríos et al. v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 194, párrafo 107.

⁽¹³⁾ Corte IDH, *Ríos et al. v. Venezuela*, cit., párrafo 137.

y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso⁽¹⁴⁾. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública⁽¹⁵⁾.

Finalmente, en Gomes Lund⁽¹⁶⁾ el Tribunal también ha establecido que en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Corte IDH, 19 de septiembre de 2006, *Claude Reyes et al. v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 151, párrafo 86.

⁽¹⁵⁾ Corte IDH, *Claude Reyes et al. v. Chile*, cit., párrafo 87.

⁽¹⁶⁾ Corte IDH, 24 de noviembre de 2010, *Gomes Lund et al. («Guerrilha do Araguaia») v. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 219. Es un tema de desaparición forzosa y a diferencia de lo que hizo la Corte en Heliodoro Portugal, ahora sí analiza libertad de pensamiento y expresión. Acciones judiciales y acceso a la información, que sobre la desaparición obra en manos del estado.

⁽¹⁷⁾ El Tribunal entiende que puede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información rela-

2.3. Protección de los medios de comunicación como garantía del derecho de libertad de pensamiento y expresión. La Corte considera que la importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Por eso es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad⁽¹⁸⁾.

El periodismo se presenta entonces como la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención⁽¹⁹⁾; por eso es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca⁽²⁰⁾.

tiva a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Corte IDH, *Palamara Iribarne v. Chile*, cit., párrafo 77.

⁽¹⁸⁾ Corte IDH, *lvcher Bronstein v. Perú*, cit., párrafos 149-150.

⁽¹⁹⁾ Corte IDH, 2 de julio de 2004, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 107, párrafo 118.

⁽²⁰⁾ Corte IDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, cit., párrafo 119.

3. Restricciones al derecho de libertad de pensamiento y expresión. El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: esas restricciones deben estar expresamente fijadas por la ley; deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y deben ser necesarias en una sociedad democrática⁽²¹⁾. Así, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo⁽²²⁾.

3.1. Prohibición de censura previa. Curioso resulta que la Corte IDH haya tenido la oportunidad de analizar la figura de la prohibición de censura previa establecida en el art. 13.4 de la CADH en dos casos contra Chile⁽²³⁾. Así señala la Corte que, aunque el artículo en cuestión establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos lo hace únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos,

cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión⁽²⁴⁾. Dado que «la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles», para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones⁽²⁵⁾.

3.2. Necesaria justificación de las restricciones al ejercicio del derecho. La Corte ha señalado que «es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información». En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad⁽²⁶⁾. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad⁽²⁷⁾.

La libertad de expresión, piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también si resultan ingratas. Tales son las demandas del pluralismo democrático. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue⁽²⁸⁾.

⁽²¹⁾ Corte IDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, cit., párrafo 120.

⁽²²⁾ Corte IDH, 27 de enero de 2009, *Tristán Donoso v. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 193, párrafo 113.

⁽²³⁾ Uno referido a la proyección de la película *La última tentación de Cristo* en los cines chilenos, no autorizada porque sobre la misma se aplicó censura previa, y el otro referido a los violentos modos utilizados para impedir la publicación de un libro sobre ética en los servicios de inteligencia escrito por un ex oficial, *Palamara Iribarne*. En ambos resulta evidente que el estado no ha cumplido con el deber de adaptar su legislación a los estándares convencionales.

⁽²⁴⁾ Corte IDH, «*La última tentación de Cristo*» (*Olmado Bustos et al. v. Chile*), cit., párrafo 70.

⁽²⁵⁾ Corte IDH, 22 de noviembre de 2005, *Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 135, párrafo 72.

⁽²⁶⁾ Corte IDH, 2 de mayo de 2008, *Kimel v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 177, párrafo 63.

⁽²⁷⁾ Corte IDH, 20 de noviembre de 2009, *Usón Ramírez v. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, n. 207, párrafo 56.

⁽²⁸⁾ Corte IDH, *Ríos et al. v. Venezuela*, cit., párrafo 105.

La Corte IDH ha utilizado con regularidad el examen de proporcionalidad a las medidas restrictivas a la libertad de pensamiento y expresión, especialmente cuando se ha utilizado la vía penal para hacerlo. Para dilucidar si en el caso concreto esas reglas interpretativas del contenido del derecho de libertad de expresión han sido respetadas el Tribunal (...) examina si la medida restrictiva que impuso el orden interno cumplió con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria⁽²⁹⁾ y proporcional.

Sobre la estricta proporcionalidad de la medida se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquélla no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación⁽³⁰⁾; es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁽³¹⁾. Para efectuar esta ponderación se debe analizar, el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue gra-

ve, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario, y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra y reputación⁽³²⁾.

3.3. Derecho al honor y libertad de pensamiento y expresión. La relevancia del interés público. Las expresiones referidas a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección. Los funcionarios públicos están más expuestos a la crítica del público, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza⁽³³⁾.

Hay protección de las opiniones o afirmaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, como son los relacionados al funcionamiento del Estado, a la afectación de intereses o derechos generales, o a asuntos que le acarrea consecuencias importantes⁽³⁴⁾. Las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí. Una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor, la que en todo caso es protegida si no se encuentra desprovista de fundamento⁽³⁵⁾.

⁽²⁹⁾ Así, sobre la necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión la Corte recuerda que se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación Corte IDH, *Usón Ramírez v. Venezuela*, cit., párrafo 74.

⁽³⁰⁾ Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el art. 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo.

⁽³¹⁾ Corte IDH, *Usón Ramírez v. Venezuela*, cit., párrafo 79.

⁽³²⁾ Corte IDH, *Usón Ramírez v. Venezuela*, cit., párrafo 80.

⁽³³⁾ Corte IDH, *Tristán Donoso v. Panamá*, cit., párrafo 115.

⁽³⁴⁾ Corte IDH, *Tristán Donoso v. Panamá*, cit., párrafo 121.

⁽³⁵⁾ CCorte IDH, *Tristán Donoso v. Panamá*, cit., párrafos 124 a 126.

Tribunal recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. No obstante, toda persona tiene, entre otros, derecho a la vida privada y se prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. Ese ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacio-

nadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público⁽³⁶⁾. Estas son pues las consideraciones que ha hecho la Corte IDH sobre el art. 13 CADH. Su lectura debe combinarse con la de los informes de la Relatoría especial sobre libertad de expresión que trabaja en la CIDH y que se ha convertido en un observador autorizado sobre el estado de la libertad de pensamiento en la región.

Susana Mosquera Monelos

⁽³⁶⁾ Corte IDH, *Fontevicchia y D'Amico v. Argentina*, cit., párrafos 47-48.

Libertad de religión (en el Convenio Europeo de Derechos Humanos)

Bibliografía: ANGELETTI, *Autonomia dell'istruzione pubblica, insegnamenti religiosi non confessionali e libertà educativa dei genitori. Una lettura alla luce dell'art. 2 del Protocollo n. 1 CEDU*, en CASSETTI (ed.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 171-190; ANGELETTI, *Kosteski v. FYRM: spunti di riflessione sulla religiosità individuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Riv. telematica (www.statoechiese.it), mayo de 2010; ANNICCHINO, *How Wide is the Margin? The United States Supreme Court and the European Court of Human Rights on Religion in Public Schools*, en *Annuaire Droit et Religions*, 5, 2010-2011; BELGIORNO DE STEFANO, *L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte Europea dei diritti umani*, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Riv. telematica (www.statoechiese.it), junio de 2008; BENIGNI, *L'educazione religiosa nella scuola pubblica. Il modello concordatario-pattizio nei paesi latini europei*, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Riv. telematica (www.statoechiese.it), octubre de 2012; CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del*

crocifisso, Torino, 2010; CUMPER, *The accommodation of 'uncontroversial' religious practices*, en LOENEN, GOLDSCHMIDT (ed.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Oxford, 2007, pp. 195-210; DOE, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford, 2011; EVANS, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001; EVANS, *Religious Education in Public Schools: an International Human Rights Perspective*, en *Human Rights Law Review*, 8, 2008, pp. 449-473; EVANS, *Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: Approaches, Trends and Tensions*, in CANE, EVANS, ROBINSON (ed.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge, 2008, pp. 291-315; EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, 1997; FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l'art. 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA (ed.), *Diritto e religione in Europa*, Bologna, 2012, pp. 27-53; FERRARI, PASTORELLI, *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Ashgate, 2012; HABERMAS, *Religion in the Public Sphere*,

en *European Journal of Philosophy*, 14, 1, 2006, pp. 1-25; HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009; HUNTER, HENIN (edic.), *Law, Religious Freedoms and Education in Europe*, Aldershot, 2011; KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 1999; KNIGHTS, *Approaches to Diversity in the Domestic Courts: Article 9 of the European Convention on Human Rights*, en GRILLO, BALLARD, FERRARI et al., *Legal Practice and Cultural Diversity*, Aldershot, 2009, pp. 283-298; KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford, 2007; KNIGHTS, *Religious Symbols in the School: Freedom of Religion, Minorities and Education*, en *E.H.R.L.R.*, 5, 2005, pp. 499-516; LANGLAUDE, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, 2007; LIED, *The Norwegian Christianity, Religion and Philosophy subject KRL ein Strasbourg*, *British Journal of Religious Education*, vol. 31, n. 3, 2009, pp. 263-275; MARTÍNEZ, TORRÓN, *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo*, *RGDCDEE*, n. 15, octubre de 2007; MARTÍNEZ, TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *RGDCDEE*, 2, 2003; MARTÍNEZ, TORRÓN, NAVARRO, VALLS, *Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, in LINDHOLM, COLE DURHAM, THAZIB (edic.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, M. Nijhoff, The Hague, 2004; PARISI, *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica: il caso Folgerø contro Norvegia*, en *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2009, pp. 729-748; RELAÑO, *Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights*, en *British Journal of Religious Education*, vol. 32, n. 1, 2010, pp. 19-29; ROCA FERNÁNDEZ, *Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar*, *RGDCDEE*, 17, 2008; RUIZ, CAPILLAS, CAÑAMARES ARRIBAS, *La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega*, *RGDCDEE*, 15, 2007; TAYLOR, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2005; TULKENS, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en MAZZOLA (edic.), *Diritto e religione in Europa*, Bologna, 2012, pp. 87-102; VENTURA, *La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, en Mazzola R. (edic.), *Diritto e religione in Europa*,

Bologna, 2012, pp. 293-362; VENTURA, *Religious Pluralism and Human Rights in Europe. Equality in the regulation of religion*, en LOENEN, GOLDSCHMIDT (edic.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Oxford, 2007, pp. 119-128; VENTURA, *The Changing Civil Religion of Secular Europe*, en *The George Washington International Law Review*, 4, 2010, pp. 947-961.

1. La libertad religiosa en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

El proceso de integración europea introdujo nuevos protagonistas y nuevas reglas en la compleja relación entre el derecho secular y el fenómeno religioso. Con la creación del Consejo de Europa y el inicio de las primeras instituciones comunitarias, después del final de la Segunda Guerra Mundial, para los derechos humanos se abre una nueva fase, que ve a los ordenamientos jurídicos nacionales no como los únicos defensores y árbitros de la libertad de sus ciudadanos.

Los Estados adherentes al Consejo de Europa dan lugar a un espacio jurídico ampliado, en el que las tradiciones constitucionales nacionales sirven como un denominador común para una reescritura de los derechos fundamentales.

Los Estados adherentes al Consejo de Europa dan lugar a un espacio jurídico ampliado, en el que las tradiciones constitucionales nacionales sirven como un denominador común para una reescritura de los derechos fundamentales.

La garantía de la correcta aplicación a nivel nacional de lo que establece la Convención se realiza mediante la creación de un mecanismo de supervisión supranacional de carácter regional.

El órgano jurisdiccional previsto a tal efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sucesivamente «TEDH»), fue destinada a desempeñar el papel de actor principal en un arduo proceso constitucional europeo, que todavía está en pleno desarrollo.

Para las comunidades religiosas y los creyentes, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (sucesivamente «CEDH» o simplemente «Convenio») es el instrumento en grado de trazar el perímetro de las facultades relacionadas con el derecho a la libertad religiosa.

Lo que ayuda a cambiar, inevitablemente, algunas configuraciones establecidas a nivel nacional, en la relación entre instituciones políticas e instituciones religiosas.

Tanto desde una perspectiva política, como religiosa, los diez países que originalmente firmaron el Convenio (Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Irlanda, Reino Unido, Noruega, Suecia, Dinamarca) mostraron una cierta homogeneidad, vinculada, por un lado al modelo de democracia liberal, y por otro, al común background cristiano, católico y protestante.

El concepto y la importancia de la religión, enraizados en la herencia cultural y social de esos países, apoyaron el desarrollo de un complejo dispositivo que garantiza la libertad religiosa. Sin embargo, como se ha observado, el art. 9 CEDH proporciona una protección mayor a la vigente en muchos de los países miembros.

Esta situación es probablemente el origen de la interpretación restrictiva de dicha disposición llevada a cabo por la Comisión de los Derechos Humanos del Consejo de Europa (sucesivamente «Comisión») en los primeros años de actividad y, tal vez, por la falta de interés mostrado sea por la Comisión que por el TEDH en materia de libertad religiosa, por lo menos hasta la década de los noventa.

A la persona, se le reconoce ante todo el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, respetando el principio de igualdad de la dignidad de todo ser humano, *mainstream* de las diferentes teorías sobre los derechos humanos elaboradas después de la Segunda Guerra Mundial.

Fundándose en una interpretación literal de la disposición, en un primer momento los jueces europeos descartaron que una confesión religiosa, como tal, pueda establecer recurso contra una violación directa del art. 9 CEDH.

Sin embargo, pronto esta lectura fue sustituida por una visión más amplia de la Comisión y en definitiva se aclaró que una comunidad o un grupo religioso tiene el derecho de recurrir a el Tribunal de Estrasburgo, porque actúan de todos modos en nombre y en defensa de sus miembros⁽¹⁾.

(1) Comisión Europea de los Derechos Humanos (sucesivamente Comisión EDH), *X and Church of Scientology v. Sweden*, 1979, n. 7805/77; Id., *X v. The United Kingdom*, 198, n. 8160/78.

Desde entonces, el TEDH ha sido invadida por un gran número de controversias originadas por recursos provenientes de las comunidades religiosas, por lo que, la rica jurisprudencia surgida ha afectado al desarrollo de un estándar común europeo para la protección de la libertad religiosa colectiva.

2. El derecho a profesar la propia religión. En el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está incluido en una norma situada entre la disposición relativa al derecho a la privacidad, que garantiza a toda persona el derecho a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8 CEDH) y entre aquella disposición que reglamente el derecho a la libertad de expresión, en la que se incluyen la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin injerencia de las autoridades públicas (art. 10 CEDH).

En su totalidad, las tres disposiciones presentan muchas similitudes y componen un tejido normativo que normalmente se presta a ser citado con frecuencia en los procedimientos ante el TEDH.

El art. 9 está dividido en dos secciones, la primera de las cuales establece las facultades contenidas en el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, utilizando una fórmula similar a la de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y confirmada, aunque con algunas diferencias, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Según el Convenio, el derecho a la profesión religiosa (el llamado *fórum internum*) es absoluto y no susceptible de restricción⁽²⁾ y su garantía se extiende también a los no creyentes, a las convicciones filosóficas⁽³⁾, a los llamados «Nuevos Movimientos Religiosos»⁽⁴⁾.

(2) TEDH, *Saniewski v. Poland*, 2001, n. 40319/98; Id., *Darby v. Sweden*, 1990, n. 11581/85.

(3) Comisión EDH, *Arrowsmith v. The United Kingdom*, 1977, n. 7050/75.

(4) TEDH, *Church of Scientology Moscow v. Russia*, 2007, n. 18147/02.

Para poder beneficiarse de la protección otorgada por el art. 9, es necesario que la convicción del creyente sea seria, coherente y vinculante, y que sea para él, fiel guía y punto de referencia en la vida cotidiana⁽⁵⁾.

Si la creencia tiene esas características⁽⁶⁾, no es competencia del Estado dar evaluaciones subjetivas sobre la legitimidad de la doctrina profesada⁽⁷⁾.

Ni tampoco el TEDH tuvo jamás la intención de proporcionar su propia definición, sin ambigüedades, sea del término «*religion*», que de «*belief*».

Entre las facultades inherentes a la profesión de fe, el art. 9 prevé explícitamente el *jus poenitendi*. La libertad de cambiar de religión debe ser protegida contra toda forma de adoctrinamiento por parte del Estado, especialmente en la educación y en contra de toda injerencia para obligar al creyente a revelar sus creencias⁽⁸⁾.

En estrecha relación con el *jus poenitendi* se encuentra el derecho al proselitismo religioso y de propaganda, también reconocido dentro del ámbito del art. 9. En este sentido, el TEDH ha intervenido con la primera de las sentencias sobre el tema de la libertad religiosa, diferenciando (no sin cierta ambigüedad) entre un legítimo proselitismo (que por lo tanto está protegido por el Convenio) y un tipo de proselitismo agresivo, que no respeta los derechos de los demás, no legítimo en base al art. 9⁽⁹⁾.

3. Los derechos a la educación en materia de religión y moral (art. 2 del Protocolo n. 1 CEDH). Como *lex specialis* en relación con la libertad de conciencia y de religión, el Convenio establece el derecho de los padres a educar a sus hijos conformemente con sus propias convicciones.

El Protocolo 1 del Convenio, que fue firmado en París en 1952, prevé en el art. 2, párrafo 2, que: «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas».

Con el término «funciones», la disposición se refiere no sólo a la educación sino también a las formas morales y religiosas de la transmisión de conocimientos, al proyecto educativo de la escuela y a las funciones de tipo administrativo o disciplinario⁽¹⁰⁾.

Las instituciones públicas deben, en primer lugar, garantizar el respeto del pluralismo en las escuelas públicas⁽¹¹⁾ y, si es previsto, reconocer las escuelas privadas confesionales en condiciones no discriminatorias⁽¹²⁾.

El Protocolo establece como principio general la preservación, por un lado de los derechos educativos de los padres, y por otro de las libertades que incumben al menor de edad.

Los derechos del menor no pueden ser oprimidos por las libertades de los padres, siendo

⁽⁵⁾ TEDH, *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982, n. 7511/76 et 7743/76; Comisión EDH, *Arrowsmith v. The United Kingdom*, 1977, n. 7050/75.

⁽⁶⁾ TEDH, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, n. 2346/02.

⁽⁷⁾ TEDH, *Manoussakis et al. v. Greece*, 1996, n. 18748/91; Id., *Hasan e Chaush v. Bulgaria*, 2000, n. 30985/96; Id., *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, 2001, n. 45701/99.

⁽⁸⁾ TEDH, *Grzelak v. Poland*, 2010, n. 7710/02; Id., *Sinan İşik v. Turkey*, 2010, n. 21924/05; Id., *Buscarini et al. v. San Marino*, 1999, n. 24645/94; Id., *Alexandridis v. Greece*, 2008, n. 19516/06; Id., *Dimitras et al. v. Greece*, 2013, n. 44077/09, 15369/10, 41345/10.

⁽⁹⁾ TEDH, *Kokkinakis v. Greece*, 1993, n. 14307/88; Id., *Larissis et al. v. Greece*, 1998, nn. 23372/94, 26377/94, 26378/94.

⁽¹⁰⁾ TEDH, *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 1982, nn. 7511/76, 7743/76; Id., *Valsamis v. Greece*, 1996, n. 21787/93; Id., *Folgerø et al. v. Norway*, 2007, n. 15472/02; Id., *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, 1993, n. 13134/87; Id., *Olsson v. Sweden*, 1988, n. 10465/83; Id., *Hoffmann v. Austria*, 1992, n. 12875/87. Vid. R (*Williamson*) v. *Secretary of State for Education and Employment*, UKHL, 2005.

⁽¹¹⁾ Comisión EDH, X e Y v. *The United Kingdom*, 1982, n. 9461/81; Id., *Folgerø et al. v. Norway*, 2007, n. 15472/02. Vid. R (*Shabina Begum*) v. *Headteacher and Governors of Denbigh High School*, UKHL, 200615.

⁽¹²⁾ Comisión EDH, X v. *The United Kingdom*, 1978, n. 7782/77; Id., *Verein Gemeinsam Lernen v. Austria*, 1995, n. 23419/94. Vid. UNHR Cee, *Waldman v. Canada*, comm. n. 694/1996, U.N.doc. C/CCPR/C/67/D/694/1996, 1999.

el menor el sujeto al cual se dirigen las garantías de la Convención sobre el derecho a la educación⁽¹³⁾.

En la práctica judicial se produce con frecuencia el contraste entre la familia, que considera la orientación pedagógica de la escuela un obstáculo para sus objetivos educativos, marcados por una cierta jerarquía de valores o por un cierto modelo religioso, y el gobierno nacional que, en frente a el TEDH, defiende las instituciones educativas y científicas de la educación, orientado hacia el objetivo de enseñar a los jóvenes a respetar el pluralismo y el diálogo.

Desde el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca*⁽¹⁴⁾, en el que el Tribunal reconoce que la enseñanza de la educación sexual, siempre que se dicte de manera crítica, objetiva y pluralista, no es incompatible con el art. 2, Primer Protocolo (y por lo tanto no se debe prever una exención), la posición del Tribunal de Estrasburgo es la de reconocerle a las instituciones de los Estados un amplio margen facultativo.

En los casos gemelos *Valsamis y Efstratiou v. Grecia*⁽¹⁵⁾, el Tribunal rechazó la apelación de algunos padres contra la obligación de participar en el desfile anual de la escuela para el día nacional que conmemora las batallas entre Grecia e Italia durante el fascismo, teniendo en cuenta que la participación de los niños no afecta a las creencias pacifistas de los padres, como estos reclamaban.

Con ese juicio de valor, sin embargo, el Tribunal parece incurrir en una contradicción implícita del deber de neutralidad e imparcialidad en materia de religión, algo que se

les ha solicitado a los gobiernos nacionales reiteradamente.

Para la jurisprudencia europea, el criterio para discriminar entre una educación legítima (o actividad escolar) dada en forma obligatoria y un adoctrinamiento, perjudicial de los derechos educativos de los padres, depende de la evaluación de la naturaleza imparcial de los contenidos y del método propuesto por la escuela.

Pertenece a la autonomía de la escuela establecer la presencia, en los programas de estudio, de disciplinas que aborden cuestiones de moral laica, de ética y de religión.

En la medida en que esas enseñanzas se ofrezcan con un objetivo científico, imparcial y pluralista, el TEDH considera que no hay violaciones de la libertad de conciencia de los padres⁽¹⁶⁾. Por el contrario, cuando no exista neutralidad, el Tribunal de Estrasburgo invita a prever por lo menos la facultad de elección para los alumnos que lo requieran.

Esto es lo que sucedió en el caso *Folgerø v. Noruega*⁽¹⁷⁾, en el cual se aceptó el recurso contra una enseñanza obligatoria de ética y de religión, teniendo en cuenta el carácter no pluralista y parcial del curso, para el cual se preveía únicamente una exención parcial y encima motivada.

En cambio, el TEDH declaró inadmisibile el recurso *Appel - Irrgang v. Alemania*⁽¹⁸⁾, opinando que las autoridades escolásticas tienen la responsabilidad de garantizar el pluralismo educativo y la neutralidad de la enseñanza, para cumplir con el derecho fundamental a la educación de los padres, evitando las prácticas irregulares de proselitismo y adoctrinamiento, que, sin embargo, no se encuentran en el caso considerado por el TEDH.

En conclusión, podemos ver cómo el frecuente recurso al criterio del margen de dis-

⁽¹³⁾ Comisión EDH, *Bernard et al. v. Luxembourg*, 1993, n. 17187/90; Id., *Konrad et al. v. Germany*, 2006, n. 35504/03; Id., *B.N. and S.N. v. Sweden*, 1993, n. 17678/91; Id., *Leuffen v. Germany*, 1992, n. 19844/92.

⁽¹⁴⁾ TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen v. Denmark*, 1976, nn. 5095/71, 5920/72, 5926/72; Id., *Jimenez Alonso and Jimenez Merino v. Spain*, 2000, n. 51188/99; Comisión EDH, *W. and D.M., M and H.I. v. The United Kingdom*, 1984, n. 10228/82, 10229/82; Id., *X v. The United Kingdom*, 1979, n. 8010/77; TEDH, *Lautsi v. Italia*, 2011, n. 30814/06.

⁽¹⁵⁾ TEDH, *Valsamis v. Greece*, 1996, n. 21787/93; TEDH, *Efstratiou v. Greece*, 1996, n. 24095/94.

⁽¹⁶⁾ Comisión EDH, *Angeleni v. Sweden*, 1986, n. 10491/83; Id., *Bernard et al. v. Luxembourg*, 1993, n. 17187/90; Id., *C.J., J.J. and E.J. v. Poland*, 1996, n. 23380/94; Id., *Karnell and Hardt v. Sweden*, 1973, n. 4733/71.

⁽¹⁷⁾ EDH, *Folgerø et al. v. Norway*, 2007, n. 15472/02; Id., *Zengin v. Turkey*, 2007, n. 1448/04.

⁽¹⁸⁾ TEDH, *Appel - Irrgang v. Germany*, 2009, n. 45216/07.

creción del Estado, aunque moderado por la opinión del TEDH, arriesga a desviar la atención de los jueces europeos de la intención original del art. 2 del Primer Protocolo, que tiene como objetivo preservar el pluralismo educativo a través, sobre todo, del respeto de la conciencia de los individuos.

Tal vez, este objetivo se posiciona en segundo plano, con respecto a la promoción de la autonomía del proyecto educativo de las instituciones escolásticas.

4. Las formas de manifestación de la religión. El art. 9 CEDH establece que el derecho a la libertad religiosa puede manifestarse (el llamado *forum externum*) individualmente o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos.

La lista mencionada en la disposición no tiene carácter exhaustivo, considerando el hecho de que las tareas pueden ser refutadas de diferentes maneras según las específicas tradiciones religiosas.

En la práctica, se debe a la interpretación evolutiva de el TEDH, por ejemplo, el reconocimiento de la adopción de una vestimenta religiosa como una forma de práctica, después de una primera interpretación más restrictiva, fundada en la suposición de que no «cualquier acto motivado por razones religiosas está cubierta por la garantías del artículo 9»⁽¹⁹⁾.

La norma también establece límites específicos para el ejercicio de la libertad religiosa, que las instituciones públicas pueden aplicar para proteger otros derechos de igual rango, manteniendo un equilibrio necesario entre los intereses en juego.

Con respecto a esto, el art. 9 está formulado para garantizar que el derecho a manifestar la religión o las convicciones no pueda ser objeto de más restricciones que las especificadas en dicha disposición.

Las medidas restrictivas adoptadas por las instituciones nacionales deben estar previstas por la ley y deben ser necesarias, en una sociedad democrática, para garantizar

la seguridad pública, el orden público⁽²⁰⁾, la salud⁽²¹⁾ y la moral, o, incluso para la protección de los derechos y libertades de los demás.

El criterio de la reserva de ley exige que la medida adoptada por el Estado tenga un fundamento en la regla general y abstracta, hecha de manera suficientemente precisa y accesible a aquellos que tienen la obligación de respetarla⁽²²⁾.

Más compleja se presenta la interpretación de lo que se entiende por «medida necesaria en una sociedad democrática». Es implícita la referencia a la importancia del modelo constitucional de gobierno democrático, que es el punto de partida y una base común de comparación, por la que el Consejo de Europa comenzó la construcción de un espacio jurídico europeo basado en el respeto de los derechos humanos y en la defensa de unos valores comunes fundamentales, tales como el pluralismo, la tolerancia, la no discriminación, y la neutralidad del Estado en materia de conciencia de los ciudadanos.

La defensa del carácter democrático de los ordenamientos nacionales europeos, es un objetivo fuertemente compartido a nivel regional, reforzado por la aparición de las instituciones comunitarias, que se han desarrollado en la Unión Europea, y perseguido a través de la actividad del Tribunal de Estrasburgo.

Este último, con la famosa decisión *Refah Partisi v. Turquía* rechazó el recurso de un partido político turco de inspiración islámica, que, a pesar de tener un gran número de seguidores en el país, fue disuelto como resultado de una sentencia de la Corte Constitucional, porque considerado peligroso para el mantenimiento del Estado laico y la preservación del modelo democrático turco. Los jueces europeos se presentan como

⁽²⁰⁾ Comisión EDH, *Chappell v. The United Kingdom*, 1987, n. 12587/86.

⁽²¹⁾ TEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, 2000, n. 27417/95.

⁽²²⁾ Comisión EDH, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, 1977, n. 6538/74; TEDH, *Hasan e Chaush v. Bulgaria*, 2000, n. 30985/96; Id., *Biserica Adevărat Ortodoxă din Moldova v. Moldova*, 2007, n. 952/03.

⁽¹⁹⁾ TEDH, *Leyla Şahin v. Turkey*, 2005, n. 44774/98.

defensores de una *militant democracy*. El respeto del pluralismo religioso e ideológico, aducido por *Refah Partisi*, da lugar a un interés superior en el mantenimiento de las instituciones democráticas en el espacio jurídico europeo⁽²³⁾.

Si el orden democrático es el marco jurídico en el cual se debe evaluar la legitimidad de las restricciones impuestas por el Estado a la libertad religiosa, la proporcionalidad de la medida (su «necesidad» en concreto) pone en cuestión los valores de otros no menos importantes pero más fuertemente anclados en el específico contexto histórico y cultural de cada país.

En este contexto se sitúa la discreción del Estado, al cual el TEDH a menudo se refiere para alcanzar un equilibrio de los intereses en juego, reservándose un papel subsidiario. Esto es lo que pasa especialmente cuando no es fácil encontrar, en la regulación de un determinado fenómeno a nivel nacional, un *consensus* estándar a nivel europeo.

En las disputas sobre religión y sus dinámicas en las relaciones con las autoridades civiles, los jueces europeos utilizan con frecuencia, en particular, el criterio del margen de reconocimiento, para después conciliarlo con su papel de supervisores de la correcta aplicación del Convenio.

El juicio del TEDH no se refiere abstractamente a la legalidad de la legislación de un país, sino a la proporcionalidad de las medidas adoptadas en el caso específico, en base a una argumentación de hecho y de derecho.

El objetivo es respetar las especificidades nacionales en materia de gestión del fenómeno religioso, tratando al mismo tiempo de orientar el proceso de elaboración europea hacia la implementación de un estándar común de protección de la libertad religiosa, a partir del modelo democrático y pluralista que se mencionó anteriormente.

Las tensiones posibles entre estas dos necesidades están bien representados en el famoso caso *Lautsi v. Italia*⁽²⁴⁾ sobre la cuestionada

presencia de Crucifijos en las aulas escolásticas italianas.

Llamada a juzgar sobre la presunta violación del art. 9 CEDH y del art. 2 del Protocolo Primero, en 2009, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que la exposición del Crucifijo en las escuelas públicas viola los principios de neutralidad religiosa y de respeto por el pluralismo que debe caracterizar el sistema de educación pública, aceptando de este modo el recurso de la señora Lautsi contra el gobierno italiano. Esta decisión, que dio origen a un fuerte debate, ha sido aclamado por algunos como una clara confirmación de la adhesión del Tribunal a un modelo de «laicidad europea», basado en la idea de que la neutralidad del espacio público requiere la privatización de la religión y su «ausencia visible» de la esfera pública.

La apelación posterior del gobierno italiano y la reacción de muchos países (la mayoría de ellos de base confesional, católica y ortodoxa), que intervinieron en el procedimiento en apoyo de la posición italiana, llevó a la Gran Sala, en segunda instancia, a revertir completamente la sentencia, declarando que la mera presencia de un «símbolo pasivo», como debe ser considerada la exposición del Crucifijo, no entra en conflicto con los principios del Convenio y no posee valor en sí mismo, para afectar a los derechos educativos de la demandante⁽²⁵⁾.

La posición del Tribunal se basa en gran medida en el margen de discrecionalidad y casi retrocediendo sobre su decisión, coloca el caso dentro del específico recorrido histórico, cultural y religioso del Estado italiano, reconociendo la compatibilidad con el estándar europeo de laicidad, en el cual la neutralidad no implica la exclusión de las manifestaciones religiosas de la esfera pública.

5. El ejercicio de la libertad religiosa en forma conjunta. Como el TEDH ha afirmado en reiteradas ocasiones, la libertad religiosa es la piedra angular de una sociedad

⁽²³⁾ TEDH, *Refah Partisi et al. v. Turkey*, 2003, n. 41340/98, 41342/98, 41343/98.

⁽²⁴⁾ TEDH, *Lautsi v. Italia*, 2011, n. 30814/06.

⁽²⁵⁾ TEDH, *Lautsi v. Italia*, 2011, n. 30814/06; cfr. TEDH, *Otto Preminger Institut v. Austria*, 1994, n. 13470/87.

democrática, un elemento esencial que va a constituir no sólo la identidad de los creyentes, sino también el valioso patrimonio de los no creyentes y agnósticos⁽²⁶⁾.

Corolarios de esta libertad son el principio de no discriminación y el reconocimiento de los derechos de los grupos religiosos.

En cuanto a las garantías de los derechos colectivos, la evolución de la jurisprudencia de Estrasburgo ha sido influenciada por las transformaciones del Consejo de Europa después de la caída del Muro de Berlín, con la adhesión de un gran número de países de Europa Oriental, que tienen una historia del proceso político y constitucional alejada de la vivencia de Europa Occidental.

Entre los años Noventa y los primeros años del nuevo milenio, la composición del Consejo se amplió hasta los actuales 47 Estados miembros y la geografía religiosa europea cambia, con los católicos y los ortodoxos que superan en número a los protestantes.

En el mismo período se produjo un marcado incremento en el número de recursos ante los Órganos de Estrasburgo en referencia a las cuestiones de la libertad religiosa; la causa de este aumento se explica, tal vez, en la apertura del Convenio a los países de Europa del Este, acompañado por la pluralización de confesiones religiosas presentes y por el surgir del fenómeno religioso en el espacio público.

De hecho, hay un gran número de recursos provenientes de los Estados de reciente adhesión, que es síntoma de las dificultades asociadas a la construcción de la arquitectura política democrática y pluralista, sobre las ruinas de regímenes autoritarios y, tal vez, de algunas de las características de los modelos de relación entre instituciones políticas y confesiones religiosas de los países de matriz ortodoxa. En este sentido, el aumento del número de condenas por el TEDH contra los países ortodoxos, junto con el récord de sanciones contra Grecia (entre los países de más antigua adhesión), parece sugerir una problemática más acentuada de los países orto-

doxos en relación a los principios y a las garantías a los cuales se refiere el art. 9 CEDH. El activismo del Tribunal de Estrasburgo en relación con la protección de la libertad religiosa colectiva comienza con algunas decisiones relativas a la libertad de elección de sus dirigentes por parte de grupos religiosos⁽²⁷⁾, para luego tomar en consideración un gran número de conflictos relativos a la autonomía de las confesiones religiosas en frente de las instituciones del Estado⁽²⁸⁾; la capacidad de gestionar los lugares de culto⁽²⁹⁾ y de participar en la concesión de beneficios económicos para las necesidades religiosas; el reconocimiento de la personalidad jurídica en conformidad con las normas y prácticas no discriminatorias⁽³⁰⁾.

Ese reconocimiento, en concreto, es un nudo importante porque a menudo es el requisito necesario para el grupo para obtener exenciones o beneficios especiales del Estado.

Por otro lado, el uso de la legislación restrictiva en cuanto al reconocimiento permite a las instituciones públicas «seleccionar» a los beneficiarios potenciales y, a veces, instrumento fundamental para un control y una forma de prevención de los grupos, considerados una amenaza para el orden público. La convergencia de estos intereses lleva el TEDH a no juzgar el contenido de los requisitos previstos por los ordenamientos nacionales, sino garantizar que no haya discriminación

⁽²⁷⁾ TEDH, *Hasan e Chaush v. Bulgaria*, 2000, n. 30985/96; Id., *Serif v. Greece*, 1999, n. 38178/97; Id., *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, 2001, n. 45701/99; Id., *Agga v. Greece*, 2002, n. 50776/99, 52912/99; Id., *Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*, 2004, n. 39023/97; Id., *Siebenhaar v. Germany*, 2011, n. 18136/02; TEDH, *Schuth v. Germany*, 2010, n. 1620/03.

⁽²⁸⁾ TEDH, *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, 2006, n. 72881/01.

⁽²⁹⁾ TEDH, *Manoussakis et al. v. Greece*, 1996, n. 18748/91.

⁽³⁰⁾ TEDH, *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, 2006, n. 72881/01; Id., *Church of Scientology Moscow v. Russia*, 2007, n. 18147/02; Id., *Canea Catholic Church v. Greece*, 1997, n. 25528/94; Id., *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et al. v. Austria*, 2008, n. 40825/98; *Verein der Freunde der Christengemeinschaft et al. v. Austria*, 2009, n. 76581/01.

⁽²⁶⁾ TEDH, *Kokkinakis v. Greece*, 1993, n. 14307/88.

injustificada en la aplicación de leyes o intentos de acoso contra una determinada comunidad de creyentes⁽³¹⁾.

Como criterios generales de orientación de sus decisiones, el Tribunal utiliza el principio de no injerencia del Estado en los asuntos de las comunidades religiosas, la imparcialidad y la no discriminación⁽³²⁾. Ambos corolarios del respeto por el pluralismo y de la neutralidad de las instituciones para hacer frente a las confesiones religiosas. En algunos casos, los jueces europeos reconocen al Estado la obligación positiva de proteger, en presencia de un abuso cometido por un grupo mayoritario con respecto a una minoría⁽³³⁾.

En última instancia, respetando la pluralidad de modelos de relaciones, las instituciones públicas tienen que gestionar los asuntos religiosos con actitud neutral y no discriminatoria y actuar como reguladores imparciales de los conflictos religiosos⁽³⁴⁾.

Sin embargo, no es difícil ver en esta lectura del Tribunal el modelo continental europeo de laicidad, las características del cual, como hemos visto, parecen prevalentes en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

6. La profesión individual de fe religiosa.

Las cuestiones relativas a la presencia de la religión en el espacio público y la neutralidad como requisito de la acción de las instituciones del Estado parecen ser fundamentales para la dimensión colectiva del fenómeno religioso, pero se presentan con igual evidencia, incluso cuando están en juego los

aspectos individuales de la libertad.

En este ámbito, la jurisprudencia europea es criticada con respecto, sobre todo, al enfoque argumentativo utilizado en casos de objeción de conciencia o de conflicto entre fieles y confesión religiosa a la que pertenecen. Como ya se ha mencionado en tema de educación escolástica, en algunos casos es el Tribunal de Estrasburgo que determina cuales son las creencias religiosas que se pueden definir como tales, mientras en otros casos el TEDH acepta las declaraciones de las confesiones de que se trate, con el fin de establecer la ortodoxia de la conducta individual⁽³⁵⁾. Uno de los temas más problemáticos tratados por el TEDH sin duda se refiere al uso del vestuario y de símbolos religiosos en el espacio público institucional. En este sentido, la jurisprudencia prevalente parece anteponer la preservación de la paz social y del orden público ante el respeto de las prácticas religiosas de los fieles.

Con estos argumentos, el Tribunal consideró legítimo que el Estado imponga que una profesora quite el velo islámico en las aulas de una escuela pública en Suiza⁽³⁶⁾; del mismo modo apoyó la decisión de las autoridades turcas que impidieron la entrada en las aulas universitarias a una estudiante que usaba el velo islámico, motivada por el gobierno por la necesidad de preservar el carácter laico de la Universidad y la tolerancia mutua entre los grupos religiosos⁽³⁷⁾.

Además de un amplio uso de la discrecionalidad

⁽³¹⁾ TEDH, *Leela Förderkreis et al. v. Germany*, 2008, n. 58911/00; Id., *Jehovah's Witnesses of Moscow et al. v. Russia*, 2010, n. 302/02; Id., *Church of Scientology Moscow v. Russia*, 2007, n. 18147/02; Id., *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, 2006, n. 72881/01; Id., *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et al. v. Austria*, 2008, n. 40825/98.

⁽³²⁾ TEDH, *Affaire Association Les Témoins de Jéhovah v. France*, 2012, n. 8916/05; Comisión EDH, *Sivananda De Yoga Vedanta v. France*, 1998, n. 30260/96.

⁽³³⁾ TEDH, *97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, 2007, n. 71156/01.

⁽³⁴⁾ TEDH, *Serif v. Greece*, n. 38178/97 (1999); Id., *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, 2000, n. 27417/95.

⁽³⁵⁾ TEDH, *Kosteski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 2006, n. 55170/00; Comisión EDH, *Chauhan v. The United Kingdom*, 1990, n. 11518/85; Id., *Grandrath v. The Federal Republic of Germany*, 1966, n. 2299/64; Id., *N. v. Sweden*, 1984, n. 10410/83; Id., *Raninen v. Finland*, 1996, n. 20972/92; TEDH, *Löffelmann v. Austria*, 2009, n. 42967/98.

⁽³⁶⁾ TEDH, *Dahlab v. Switzerland*, 2001, n. 42393/98.

⁽³⁷⁾ TEDH, *Leyla Şahin v. Turkey*, 2005, n. 44774/98; Id., *Köse and 93 Others v. Turkey*, 2006, n. 26625/02; Id., *Kurtulmus v. Turkey*, 2006, n. 65500/01; Id., *Doğru v. France*, 2008, n. 27058/05; Id., *Kervanci v. France*, 2008, n. 31645/04; TEDH, *Aktas v. France*, 2009, n. 43563/08; Id., *Bayrak v. France*, 2009, n. 14308/08; Id., *Gamaledyn v. France*, 2009, n. 18527/08; Id., *Ghazal v. France*, 2009, n. 29134/08; Id., *Jasvir Singh v. France*, 2009, n. 25463/08; Id., *Ranjit Singh v. France*, 2009, n. 27561/08.

dad estatal, el enfoque general que deriva de los numerosos casos relativos a la utilización de símbolos religiosos en las instituciones educativas pueden resumirse en la convicción de que la neutralidad de un espacio público institucional (como lo es la escuela) tiene como función promover el pluralismo y el respeto mutuo entre las distintas identidades culturales que constituyen una sociedad multicultural e interreligiosa.

A su vez, esta neutralidad puede ser garantizada por la ausencia de símbolos de identidad religiosa, que puedan afectar a la trayectoria educativa de los menores. En este contexto, las garantías que se requieren en una escuela no parecen tan persuasivas cuando la vestimenta religiosa se lleva en un espacio público diferente, como puede ser una calle o una plaza. En estos casos, las medidas restrictivas establecidas por las instituciones públicas pueden ser desproporcionados e irrazonables a los ojos del Tribunal⁽³⁸⁾.

Entre los lugares de expresión religiosa más problemáticos, se tiene que considerar sobre todo el ambiente de trabajo, que da vida, como es lógico, a una importante jurisprudencia de el TEDH.

Por mucho tiempo, el Tribunal europeo ha opinado que el empleador no tiene la obligación de responder positivamente a cualquier petición del empleado para disponer de facilidades o facultades especiales que promuevan el ejercicio de los ritos o prácticas religiosas. Por el hecho de que el trabajador ha elegido voluntariamente y libremente una profesión determinada, y manteniendo la libertad de dimitirse, el trabajador ve protegido su derecho a la libertad religiosa. No se podría decir que esta libertad fuese injustamente limitada cuando los compromisos contractuales asumidos exijan a todos, sin discriminación, el cumplimiento de determinadas tareas o el respeto de ciertos horarios de trabajo⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ TEDH, *Ahmet Arslan et al. v. Turkey*, 2010, n. 41135/98; Id., *Kavakçı v. Turkey*, 2007, n. 71907/01; Id., *Ilicak v. Turkey*, 2007, n. 15394/02; Id., *Silay v. Turkey*, 2007, n. 8691/02.

⁽³⁹⁾ Comisión EDH, *Chauhan v. The United Kingdom*,

Este *pattern* ha sido objeto recientemente de algunos significativos «ajustes», como en el caso de un profesor de una universidad confesional privada italiana, del cual se ha acogido el recurso contra la decisión (no justificada) de las autoridades eclesiásticas que impidieron que presentara la candidatura para un concurso, como resultado de algunas de sus posiciones consideradas contrarias a la doctrina católica⁽⁴⁰⁾.

En particular, adquiere importancia por las probables consecuencias sobre la jurisprudencia futura del Tribunal, los cuatros casos *Eweida* y otros contra el Reino Unido⁽⁴¹⁾.

En los primeros dos casos las recurrentes, reclamaban el derecho a expresar sus creencias religiosas a través del uso de símbolos en el vestuario.

En los otros dos casos, las recurrentes pidieron que se las exentara, por razones religiosas, de la prestación de determinados servicios a ciudadanos homosexuales.

Por lo que se refiere al primer grupo de casos, el TEDH ha acogido favorablemente el primero recurso, reconociendo la prevalencia del derecho de la recurrente, dependiente de la *British Airways*, de que lleve un crucifijo en el uniforme, sobre las razones de la compañía aérea, que reivindica el derecho a la imagen.

En el otro caso, un recurso similar con el objetivo de legitimar el uso del crucifijo en el trabajo, ha sido rechazado por el TEDH, por el primordial interés a la salud, siendo la recurrente una enfermera de una clínica geriátrica.

Mientras en los primeros casos, las demandas relativas a la adopción de un símbolo religioso aparece ante el juez europeo, cla-

1990, n. 11518/85; Id., *Knudsen v. Norway*, 1985, n. 11045/84; TEDH, *Kalaç v. Turkey*, 1997, n. 20704/92; Comisión EDH, *Stedman v. The United Kingdom*, 1997, n. 29107/95; Id., *Kontinen v. Finland*, 1996, n. 24949/94; TEDH, *Pichon and Sajous v. France*, 2001, n. 49853/99; Id., *Ivanova v. Bulgaria*, 2007, n. 52435/99.

⁽⁴⁰⁾ TEDH, *Lombardi Vallauri v. Italy*, 2009, n. 39128/05.

⁽⁴¹⁾ TEDH, *Eweida et al. v. The United Kingdom*, 2013, nn. 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10.

ramente intrínsecas al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, lo que requiere, por tanto, un equilibrio reflexivo de los intereses en juego, en el segundo grupo de casos, que hubiera merecido un equilibrio de intereses más ponderado, el Tribunal adoptó una actitud de favor para las instituciones implicadas (un registro público y una agencia de asesoría privada), a través del conocido sistema de planteo según margen de discreción del Estado.

En el primero de esos casos, la recurrente solicitaba que se le excusara de la obligación de registrar las uniones civiles de las personas homosexuales, en el segundo, la recurrente no quería prestar servicios de asesoramiento psicológico a las parejas homosexuales.

Los jueces de Estrasburgo decidieron los dos casos, sin tomar en consideración el parámetro interpretativo de la objeción de conciencia, que hubiera servido como un método útil para la reconciliación entre las opciones éticas y los valores de las recurrentes, en conflicto con la moralidad imperante, aprobada por el legislador, y el interés legítimo de las instituciones para perseguir políticas contra la discriminación.

En definitiva, emerge una práctica religiosa personal donde es bastante fácil entender la obediencia formal de algunos preceptos rituales, pero donde no se entienden las implicaciones problemáticas inherentes a querer poner en práctica, en la vida social, los comportamientos, coherentemente consecuentes con la religión o con la ética profesada.

7. Conclusiones sobre el papel del Tribunal de Estrasburgo. No hay duda de que el TEDH desempeña un papel de liderazgo en el diseño y en la construcción de un modelo europeo de protección de los derechos de libertad religiosa.

A través del trabajo de interpretación de los

jueces de Estrasburgo, se puede observar la elaboración (y una continua reelaboración) de un estándar de garantía de la libertad religiosa individual y colectiva, que reúne sin duda la madurada experiencia jurídica europea en la disciplina del fenómeno religioso. Al mismo tiempo, en la jurisprudencia del TEDH se puede encontrar nueva reescritura del derecho a la libertad religiosa, de manera independiente «generada» por los protagonistas europeos.

La coexistencia dinámica entre estos dos matrices a menudo produce una síntesis positiva, de la cual se fortalece la protección de la libertad religiosa. En otras ocasiones dicha coexistencia da lugar a tensiones entre los sistemas jurídicos nacionales, la historia y la cultura religiosa del país en cuestión.

Con la ampliación del Consejo de Europa y de las adhesiones al Convenio, la variedad de tradiciones jurídicas representadas ha hecho cada vez más difícil para el Tribunal el recurso a las normas jurídicas nacionales, acentuando cada vez más y con mayor énfasis su papel creativo y «constitucional».

Hoy en día podemos decir que los jueces europeos desempeñan su propia función, la de garantizar el cumplimiento del Convenio por los Estados contrayentes, sea a través de la actividad jurisprudencial (decidiendo ante el caso específico), que, incluso, produciendo derecho.

Dentro de este proceso constitucional, el Tribunal se mueve tratando de conciliar dos requisitos que a menudo no son fáciles de armonizar: por un lado, cumpliendo con la seguridad jurídica (a pesar de que no está obligada por el *stare decisis*), dando la debida importancia a los precedentes, y por otro lado, actualizando el contenido y los principios del Convenio, adaptándolos a las transformaciones del panorama legislativo europeo y, sobre todo, a su sentido común.

Silvia Angeletti

Libertad de religión (en el derecho de la Unión Europea)

Bibliografía: CARRERA, PARKIN, *The place of Religion in European Union Law and Policy: Competing Approaches and Actors inside the European Commission*, en *Justice and Home Affairs, Liberty and Security in Europe Papers*, 2010; DAVE, *Europe: the Exceptional Case. Parameters of faith in the Modern World*, Darton, UK, 2002; DOE, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford, 2011; FERRARI, *Law and Religion in a Secular World: A European Perspective*, en *Ecclesiastic Law Journal*, vol. 14, 2012, pp. 355-370; MENÉNDEZ, *Pious Europe? Why Europe should not define itself as Christian*, en *European Law Review*, 2005, pp. 133-148; MINKENBERG, *The Policy Impact of Church-State Relations: Family Policy and Abortion in Britain, France, and Germany*, en MADELEY, ENYEDI, *Church and State in Contemporary Europe: The Chimera of Neutrality*, London, 2003; ROBBER (edic.), *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005; ROBBER, *Diversity of State-religion relations and European Union unity*, en *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 7, 2004, pp. 304-316; WEILER, *The Transformation of Europe*, en *Yale Law Journal*, 1993, vol. 100, pp. 2403-2483; WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.

1. La religión y el proceso de integración.

La religión se ha convertido en parte del proceso de europeización de la Unión Europea, y la razón no es porque haya una específica política europea en materia de religión o que la Unión considere la religión en el marco de sus competencias⁽¹⁾, sino que la religión, o las entidades religiosas juegan un papel importante en muchas de las actividades de la Unión.

La religión forma parte de las estrategias de *governance* de la Unión o está incluida en el ámbito de competencias compartidas, como

⁽¹⁾ El art. 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece las competencias exclusivas de la Unión. En el segundo párrafo del art. 4 están previstas competencias en una serie de áreas en las que los organismos de religión o religiosos desempeñan sus actividades. Lo que apoya la afirmación de que la religión está presente en la gran parte de las actividades de la Unión.

el empleo⁽²⁾, la educación⁽³⁾ o la salud⁽⁴⁾. La Unión considera la religión como un derecho fundamental.

Además, la Unión considera que un diálogo abierto con las entidades religiosas puede dar una contribución significativa al proceso de integración.

De hecho la Declaración 11 anexa al Tratado de Ámsterdam reconoció esta contribución, que ahora está prevista en el art. 17, párrafo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (sucesivamente «TFUE»), que establece que la Unión reconoce a las organizaciones religiosas «su aportación específica» para que «la Unión manten[ga] un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones».

Por lo tanto, la religión, en sus múltiples facetas, hace parte del *background* de las estructuras de la Unión, a veces explícitamente, pero a menudo menos perceptible⁽⁵⁾.

⁽²⁾ La directiva 76/207/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, permite a los Estados miembros (véase el art. 2, párrafo 2) «excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio», como el sacerdocio.

⁽³⁾ El art. 14, párrafo 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

⁽⁴⁾ El art. 5, párrafo 2, del Reglamento 1905/2006 por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo prevé el aumento del acceso a la atención sanitaria «a los grupos marginados, incluidos las mujeres y los niños, las personas pertenecientes a los grupos sujetos a discriminación por razones étnicas, religiosas o cualquier otra discriminación y las personas discapacitadas».

⁽⁵⁾ MENÉNDEZ, *Pious Europe? Why Europe should not define itself as Christian*, *European Law Review*, 2005, pp. 133-148, y p. 138, discutiendo sobre el artículo de Joseph Weiler, *The Transformation of Europe*, en

2. Definición de «religión». Ahora bien, la religión juega un papel importante en la Unión Europea y se podría esperar encontrar una definición de «religión» en el ordenamiento de la Unión, sin embargo, no hay ninguna.

La fuente que más se acerca a una definición es el art. 10, párrafo 1, letra b) de la Directiva 2004/83, que señala que el concepto de religión comprende, en particular «la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta⁽⁶⁾. La directiva claramente pretende ser inclusiva. Sin embargo, se ha elegido la perspectiva según la cual la creencia religiosa se profesa a través de la participación de los demás e implica un cierto aspecto de culto o de conducta común.

Entonces debe encontrarse alguna expresión externa. El art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que «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,

Yale Law Journal, 1993, vol. 100, pp. 2403-2483, y el libro *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, destaque «*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*». Además principios como lo de subsidiariedad de la Iglesia Católica tuvo un profundo impacto en la *governance* de la Unión.

⁽⁶⁾ Véase Directiva 2004/83/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, en la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y las relativas al contenido de la protección concedida.

en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos»⁽⁷⁾.

Es posible sostener por lo tanto, que existe una creencia visible que se manifiesta externamente. El concepto de religión, por lo tanto, está enfocado en la noción de creencia y en su manifestación. La definición de esta creencia religiosa se deja a los Estados miembros.

De hecho, el art. 17, párrafo 2, TFUE establece que «La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales ».

3. El concepto de religión en los Estados miembros. En el Reino Unido, el concepto de religión no se define bien.

Más bien se reconocen las entidades religiosas. En el caso *Halsbury*⁽⁸⁾ se opinó que «El reconocimiento presupone necesariamente que las personas puedan expresar sus creencias religiosas en una forma reconocible, por lo que tal expresión puede razonablemente ser considerada como característica del individuo, y que una sociedad de personas que tienen algunos principios religiosos en común, se expresen en algunas formas reconocibles (...) Por lo tanto, se presupone una declaración u otra expresión externa de la fe común (...)». Además, en el párrafo 132 la sentencia *Halsbury* afirma que «todos los organismos religiosos gozan del mismo reconocimiento por la ley».

Sin embargo, la definición de lo que se constituye un organismo religioso está a cargo de los tribunales.

Asimismo: «cualquier cuestión que se refiera a la identificación de una Iglesia [es decir en cuanto a sus principios o criterios expresados en sus doctrinas, credos, formularios, confesiones y pruebas (...)] debe ser determinada» por el juez.

Esto podría aludir al hecho de que para iden-

⁽⁷⁾ Este artículo deriva directamente del art. 9 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

⁽⁸⁾ *Halsbury's Laws of England, Ecclesiastical Law* (1975, 4th ed.), London: Butterworths, párrafo 130.

tificar un organismo como religioso, debería ser posible individualizar sus doctrinas, credos, confesiones y ritos, entre otros.

En Italia, el art. 19 de la Constitución establece que «todo hombre tiene derecho a profesar libremente su fe en todas las formas posibles, sólo o en asociación con otros, para promover y ejercer su culto en público o en privado, siempre que los ritos no ofendan la decencia común». En el art. 8, apartado 1, establece que «todas las religiones son igualmente libres ante la ley».

En Francia, la ley de 1905, en su art. 1 establece: «La República asegura la libertad de conciencia. Ella garantiza el libre ejercicio de la religión, sujeto solamente a las restricciones que se mencionan (...) para el interés del orden público»⁽⁹⁾.

Parece, por lo tanto, que los Estados miembros no definen la religión como tal. De hecho, Lord Walker, en un caso del Reino Unido, señaló que «ciertamente no es necesario, y probablemente no es útil (...) intentar llegar a una definición estricta [de la religión]. Los tribunales de distintas jurisdicciones (...) casi siempre han comentado sobre dicha dificultad (...). La tendencia de la autoridad (como se debe esperar en una época de sociedades cada vez más multiculturales y en las cuales aumenta el respeto por los derechos humanos) se dirige hacia una nueva y más amplia, idea de religión»⁽¹⁰⁾.

De hecho, parece más coherente el sentido de autodeterminación y autonomía⁽¹¹⁾, que cada organismo religioso define a sí mismo y entonces que esté a cargo de los tribunales

de los Estados miembros determinar si esta autodefinición es aceptable o no.

Lo que está claro es que tiene que haber alguna forma de creencia, fe y manifestación.

4. Los organismos religiosos. Sin embargo, la importancia de identificar un organismo religioso se acentúa, especialmente cuando estas entidades desean convertirse en personas jurídicas.

N. Doe observa que dichos grupos religiosos pueden convertirse en fundaciones, trust, organizaciones no lucrativas, sociedades u otro tipo de asociación⁽¹²⁾.

Para determinar si un organismo es un organismo religioso, con el fin de otorgar la personalidad jurídica, se debe hacer referencia a la doctrina, a los rituales, a los instrumentos normativos internos y a la estructura institucional, incluyendo su composición.

Esto también, se deja en manos de la administración pública y de los jueces de los Estados miembros⁽¹³⁾.

Por lo tanto, existe una relación clara entre iglesia y Estado, sobre la que se basa la Unión Europea⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ DOE, *Law and Religion in Europe*, Oxford, 2011, p. 92.

⁽¹³⁾ En algunos de los Estados miembros las organizaciones religiosas tienen que estar registradas. Por ejemplo, las comunidades religiosas de Finlandia (con exclusión de la Iglesia luterana y ortodoxa) son sujetos de derecho privado. Ellas pueden estar registradas por la Junta Nacional de Patentes y Registro y en consecuencia obtienen la capacidad jurídica plena. En Suecia, todas las religiones están ahora sujetas a las Ley sobre las Comunidades Religiosas de 1998, que establece un sistema de registración que les permite ser reconocido como persona jurídica.

⁽¹⁴⁾ En las fuentes jurídicas se pueden encontrar varios modelos de relaciones entre Estado e Iglesias. Véase DAVIE, *Europe: the Exceptional Case. Parameters of faith in the Modern World*, Longman and Todd, Darton, UK, 2002, que toma en consideración los modelos a continuación: i) Sistemas estatales en los cuales existen vínculos entre el ejecutivo del Estado y de la Iglesia, por ejemplo, Inglaterra, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Malta, Bulgaria y Suecia históricamente; ii) Sistemas de separación donde Iglesia y Estado están separados; en dichos Países hay una barrera constitucional que prohíbe la intervención del Estado en los asuntos de la Iglesia, por ejemplo, Francia (con excepción de tres departamentos orientales), Países Bajos e Irlanda; iii) Sistemas híbridos, o sistemas cooperativos (llamados a veces

⁽⁹⁾ Para un panorama de las normas de cada Estado miembro, v. ROBBER (edic.), *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005.

⁽¹⁰⁾ UK: *R v Secretary of state for Education, ex p Williamson*, 2005, UKHL 15, párrafo 54.

⁽¹¹⁾ Por ejemplo el art. 8, apartado 2, de la Constitución Italiana reconoce a toda religión (con exclusión de la Iglesia católica a la cual se refiere el art. 7) el derecho de organizarse de manera autónoma. La Constitución de Irlanda establece que (art. 44, párrafo 5) «Every religious denomination shall have the right to manage its own affairs». La Constitución alemana, en el art. 140 GG, afirma que las organizaciones religiosas tienen autonomía de organización en los límites de la ley.

5. Unión Europea y papel de la religión.

Sin embargo, lo que es crucial según J. Wexler, es que las organizaciones regionales, como la Unión Europea, no aprueban ni desaprueban la religión.

Entonces, esto se basa en un «endorsement test»⁽¹⁵⁾. Por lo que, un observador razonable cree que la Unión ha enviado un mensaje a los miembros que no se les reconoce como adheridos a la comunidad política y un mensaje a los miembros confidentes, favoritos por la comunidad política⁽¹⁶⁾.

Se argumenta que la Unión Europea se basa en la ética cristiana. Pero, como A.J. Menéndez opina «hay que evitar la identificación de ser europeo con el ser cristiano, si realmente queremos hacer posible la integración de todos los europeos, cuales sean sus creencias religiosas»⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, si la religión tiene que ser concebida como derecho fundamental de la Unión Europea, para expresar ese derecho se necesita una cierta comprensión de lo que significa la religión.

Según el Tribunal Constitucional Alemán «La afirmación simple y la auto definición de una comunidad que profesa una religión (...) no se puede justificar por sí misma y por sus miembros; es necesario en cambio, que una comunidad religiosa posea el aspecto que la distingue y un propio contenido espiritual»⁽¹⁸⁾.

«sistemas concordatarios») con separación junto con el reconocimiento de las tareas comunes que enlazan Iglesia y Estado, por ejemplo, España, Italia, Alemania, Bélgica, Austria, Hungría, Portugal y los Países bálticos.

⁽¹⁵⁾ Se hace una distinción entre el Estado que apoya una particular religión, lo que no es aceptable, y los Estados miembros que muestren símbolos religiosos como parte de su patrimonio cultural nacional, que en cambio es aceptable. Véase Corte Europea de los Derechos Humanos, *Lautsi v. Italy*, App. n. 30814/06, 3 de noviembre de 2009.

⁽¹⁶⁾ El «endorsement test» fue propuesto por Sandra Day O'Connor, miembro de la United States Supreme Court en el caso *Lynch v. Donnelly* del 1984, que se refería a la libertad de religión (*vid. Lynch v. Donnelly* 465 US. 668, 689 (1984) (O'Connor, J. Concurring)).

⁽¹⁷⁾ MENÉNDEZ, *Pious Europe? Why Europe should not define itself as Christian*, en *European Law Review*, cit., p. 148.

⁽¹⁸⁾ Corte Constitucional Alemana, BVerfGE 84, 341.

Además, como señala N. Doe «el punto clave es que para la UE la regulación de la religión es ante todo responsabilidad de los Estados miembros a nivel nacional»⁽¹⁹⁾.

La noción de religión a la cual se refiere la Unión Europea no es por lo tanto fácilmente identificable, siendo un problema para los Estados miembros.

Pero, independientemente de la definición, es evidente que la Unión Europea destaca la importancia del papel que desempeña la religión.

En el preámbulo del Tratado de la Unión Europea (sucesivamente «TUE») se establece que la Unión se inspira a «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, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho».

Como dicho con anterioridad, el art. 17, párrafo 3 TFUE reconoce la «contribución específica» de las iglesias europeas al proceso de integración.

En el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que la Unión es «Consciente de su patrimonio espiritual y moral». El valor que se le atribuye a la religión se transforma en el del diálogo, por el hecho de que «la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias» (art. 17, párrafo 3, TFUE).

De hecho, la idea de mantener un diálogo con las Iglesias inició con un discurso en 1992 por Jacques Delors, el entonces Presidente de la Comisión Europea, que dio lugar a la iniciativa «Un alma para Europa» con el fin de que involucrara a las comunidades religiosas en el diálogo con las instituciones europeas⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ DOE, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p. 241.

⁽²⁰⁾ Un Alma para Europa está compuesto por los siguientes organismos: 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; Muslim Council for co-operation in Europe.

Según J. Rivers existen varios argumentos de debate, como aquel sobre el carácter religioso de la Unión Europea, o el concerniente a la cuestión de las relaciones exteriores de la Unión Europea con respecto a la libertad religiosa como también la no discriminación, y el debate sobre la contribución de asociaciones religiosas a la *governance* de Europa.

Actualmente, la responsabilidad de este diálogo está a cargo del *Bureau of European Policy-Advisors (BEPA)*, que depende directamente del Presidente de la Comisión Europea.

Como señalan S. Carrera y J. Parkin la naturaleza de este diálogo inter-religioso en el ámbito europeo conduce a poner en marcha una serie de proyectos financiados⁽²¹⁾.

El proyecto MICACLE⁽²²⁾ se refiere al papel que las iglesias cristianas y las comunidades religiosas pueden desempeñar en el proceso de integración.

El proyecto DIRECT⁽²³⁾ crea un proceso de diálogo y una red entre los líderes religiosos de todas las religiones, así también entre las autoridades nacionales y locales y los responsables políticos, con la finalidad de avanzar hacia los valores esenciales europeos, incluidos los derechos de las mujeres y de los jóvenes.

El diálogo se construye a través de una red dentro de la sociedad civil y también se involucran una serie de ONG, como Cáritas Europa⁽²⁴⁾, y Eurodiaconía⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ CARRERA, PARKIN, *The place of Religion in European Union Law and Policy: Competing Approaches and Actors inside the European Commission*, en *Justice and Home Affairs, Liberty and Security in Europe Papers*, 2010. Véase *Religare Working Document n. 1/ September 2010*. Este documento se puede leer en el website *Religare* a la dirección www.regigare.com

⁽²²⁾ *Models of Integration through Religion, Activation, Cultural Learning and Exchange - vid. Churches' Commission for Migrants in Europe web-site, www.cme.be.*

⁽²³⁾ *Dialogue for Integration Engaging Religious Communities*, véase el *International Organization for Migration, www.iom.fi.*

⁽²⁴⁾ *Caritas Europa* es una Confederación europea de organizaciones católicas de servicios de socorro, de desarrollo y sociales que operan en Europa, véase www.caritas-europa.org.

⁽²⁵⁾ *Eurodiaconía* es una federación de Iglesias, organizaciones no públicas de asistencia social y organizaciones no gubernamentales que prestan servicios so-

6. La libertad de religión como derecho fundamental. Más allá del diálogo interreligioso, el Derecho de la Unión Europea protege la libertad religiosa como un derecho fundamental según el ya citado art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este derecho, por lo tanto, es un derecho subjetivo. Como afirmó Lord Nicholls en la causa *R v Secretary of State for Education and Employment, ex p Williamson*⁽²⁶⁾ «Las religiones y las creencias de otra índole forman parte de la esencia de cada individuo. Ellas son una parte integrante de su personalidad e individualidad. En una sociedad civilizada los individuos respetan las creencias de los demás. Este aspecto les permite vivir en armonía. Esto es uno de los rasgos de identidad de una sociedad civilizada».

El derecho de libertad religiosa va más allá de los que profesan una creencia teísta o no teísta y atea. En la jurisprudencia *Kokkinakis c. Grecia*⁽²⁷⁾ el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostuvo que «la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática en el sentido del Convenio. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y de su concepción por la vida, pero también es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes. El pluralismo que se ha logrado durante los siglos, indisoluble de una sociedad democrática, depende de eso»⁽²⁸⁾.

ciales y de salud y de educación basada en los valores cristianos - véase www.eurodiaconia.org.

⁽²⁶⁾ *UK R v Secretary of State for Education and Employment*, 2005, UKHL 15.

⁽²⁷⁾ *Kokkinakis v. Greece*, 1994, 17 EHRR 397. No obstante esta sentencia se refiera a la Convención Europea de Derechos Humanos se puede aplicar también al art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁽²⁸⁾ De hecho, el art. 124 de la Constitución de Grecia Article 124 establece que «La libertad de conciencia religiosa abarca todas las creencias religiosas y no religiosas o ateas, así como diferencias dogmáticas y administrativas con cualquier religión (herejía o cisma) y todas las personas, griega o extranjera, de acuerdo con el principio de igualdad».

Parece claro, por lo tanto, que es parte de la idea de libertad de religión que una persona se sienta libre de creer lo que él o ella desea y ejercitar esa creencia. Esto siempre y cuando esa creencia, y la acción consiguiente, no sea contraria a la ley y permita a otros practicar su fe como parte de su individualidad y personalidad.

Lord Nicholls en *R. c. Secretary of State for Education and Employment ex p Williamson* recuerda que «cuando surgen cuestiones de manifestación (...) una creencia debe satisfacer algún requisito modesto objetivo mínimo (...) [que] debe ser consistente con los estándares básicos de la dignidad humana o integridad (...) [que] se refieren a cuestiones más que meramente trivial (...) posee un adecuado grado de seriedad e importancia (...) [y] debe ser una creencia en un problema fundamental (...) [y] coherente con el sentido de ser inteligible y capaz de ser entendido». Es necesario que haya algún tipo de creencia identificable por sí misma, que, como señala G. Robber⁽²⁹⁾, mantenga un ámbito de positiva tolerancia hacia otras creencias. Pero la idea de libertad de creencias y prácticas religiosas, en su sentido más amplio, se refiere al principio de autodeterminación.

La libertad religiosa garantiza la libertad de creencia, la libertad de culto y de este modo la libertad de reunirse y formar una organización religiosa. Esto constituye un aspecto más amplio de la libertad religiosa no sólo para el individuo sino también para la organización.

Así, la libertad abarca no sólo la libertad de las personas en sus creencias y prácticas, sino también las organizaciones religiosas en la realización de determinadas actividades y en el estar libre de discriminación. Muchas organizaciones religiosas están activas en la esfera pública, realizando servicios en campos como: educación, salud, matrimonio, divorcio y funerales. Muchas organizaciones religiosas están involucradas también en obras de caridad de algún tipo, como por ejemplo

las que ayudan a las personas sin hogar.

El art. 14, párrafo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que «Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto hacia los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme con sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

De la misma manera, el Consejo de Europa, en su art. 2 del Primer Protocolo de CEDH establece el derecho a la educación y que los Estados tienen que respetar los derechos de los padres a asegurar que la educación y la enseñanza sean conformes a sus propias convicciones religiosas y filosóficas⁽³⁰⁾.

7. Libertad de religión y libertad de organización. Así, la noción de libertad religiosa se extiende, de parte de los Estados miembros, a la concesión de ciertas actividades del sector público a las organizaciones religiosas. Por lo tanto, una distinción que debe hacerse es entre la libertad reconocida al individuo para practicar sus creencias religiosas y la libertad de las organizaciones para que tengan algún papel en la prestación de servicios del sector público. Sin embargo, más allá de esta libertad también se induce a creer que las organizaciones religiosas también estén libres para controlar sus propios asuntos. Ya se ha hecho referencia al matrimonio⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ ICCPR Article 18(4) establece que «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».

⁽³¹⁾ DoE, *Law and Religion in European: A Comparative Introduction*, cit., identifica tres categorías que se refieren a los matrimonios religiosos, i) Estados que reconocen la validez y los efectos públicos de determinados matrimonios religiosos formados en el momento de su celebración ritual, siempre y cuando las condiciones de la ley civil se cumplan; ii) Estados que reconocen los matrimonios católicos como los matrimonios religiosos con efecto desde el momento de su celebración ritual, sin reconocer los matrimonios realizados por los ministros de otras comunidades religiosas como matrimonios celebrados esencialmente civiles sólo en un contexto religioso y formado en el registro civil posterior. iii) Estados que no reconocen

⁽²⁹⁾ ROBBERS, *Diversity of State-religion relations and European Union unity*, in *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 7, 2004, pp. 304-316.

La Directiva 93/119 en relación con la masacre de animales para consumo establece que ⁽³²⁾ «la autoridad religiosa del Estado miembro por cuenta de la cual se efectúen sacrificios será competente para la ejecución y el control de las disposiciones particulares aplicables al sacrificio conforme con determinados ritos religiosos» (art. 2, n. 8, apartado 2).

Otra área en la cual se aplica la libertad religiosa es la legislación laboral.

Por ejemplo, en la Directiva 2003/88 ⁽³³⁾, el art. 17, párrafo 1, establece algunas excepciones al art. 3 por lo que se refiere al descanso diario; el art. 6 prevé reglas específicas con respecto a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal; el art. 8 se refiere a la duración del trabajo nocturno para los trabajadores que desempeñan actividades litúrgicas en iglesias y comunidades religiosas. La noción de la libertad religiosa incluye también la libertad de las organizaciones de regular sus actividades internas de manera que constituyan excepciones a algunas de las leyes generales de un Estado miembro, como en la práctica laboral o la disciplina de los alimentos.

8. Prohibición de la discriminación en base a la religión. Sin embargo, junto a estos derechos religiosos se encuentra el derecho a no ser discriminado y el ejercicio de la equidad de la religión.

En virtud del art. 10 TFUE, la lucha contra la discriminación especialmente por sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, es un objetivo de la Unión.

La prohibición de la discriminación por mo-

tivos religiosos también se encuentra en muchas de las constituciones de los Estados miembros y, como consecuencia de las directivas de la Unión Europea dentro de las legislaciones nacionales.

Como enseña N. Doe está prohibida la discriminación religiosa en Francia, Irlanda, Italia, Portugal y Suecia; la discriminación en base a las convicciones religiosas en Letonia y Malta; en materia de religión o de creencia en Alemania, España, Chipre y la República Checa, Hungría, Eslovenia y el Reino Unido; por lo que se refiere a la religión y a las creencias en Austria, Finlandia, Polonia y Luxemburgo; con respecto a la religión o a otra fe en Dinamarca y Bulgaria; a las creencias religiosas o de otro tipo en Grecia; con referencia a las creencias religiosas o a las opiniones políticas o de otro tipo en Estonia, creencias religiosas o filosóficas, en Bélgica y los Países Bajos; a las creencias religiosas en Lituania.

Cualquier forma de discriminación religiosa requerirá que el juez defienda la naturaleza de la religión y/o de la creencia.

La discriminación directa es cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra, mientras que la discriminación indirecta se realiza cuando una disposición aparentemente neutral, criterios o prácticas aparentemente neutros ponen a personas de religión o creencia determinada en desventaja particular con respecto a otras personas ⁽³⁴⁾.

Entonces la discriminación se produce en contra de las personas porque tienen una creencia particular, religiosa o de otro tipo. La discriminación puede ocurrir cuando un empleador prohíbe el uso de ropas religiosas, como el velo, o no selecciona a un varón musulmán que está calificado para el puesto y tiene una experiencia relevante ⁽³⁵⁾.

Se puede hacer una excepción a la no discriminación en ciertas circunstancias y cuando

los matrimonios religiosos en absoluto, pero puede permitir una ceremonia religiosa posterior al matrimonio civil, o incluso penalizar su solemnización por la ley penal si se realiza antes de un matrimonio civil.

⁽³²⁾ Directiva 93/119/CE del Consejo del 22 de diciembre de 1993 relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza.

⁽³³⁾ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la disciplina del tiempo de trabajo.

⁽³⁴⁾ Art. 2, párrafo 2, letras a) e b) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

⁽³⁵⁾ UK *Bodi v. Teletext* [2005] ET Case no. 3300497/2005, 13-14 de octubre de 2005.

esas circunstancias se refieren a los empleadores con una misión ética. Sin embargo, en esos casos la discriminación debe referirse a un requisito profesional esencial y determinante.

Otros ejemplos en que una organización pueda discriminar es que los ministros de la religión pueden ser sólo de género masculino o sólo de una creencia religiosa. Otro caso es el del hogar de ancianos afiliado a una religión que despidió a un empleado sobre la base de que deja la Iglesia⁽³⁶⁾.

Por lo tanto la noción de la libertad de religión, contiene una serie de componentes. En primer lugar las personas deben sentirse libres de practicar su propia creencia de la manera que consideren, siempre que sometidas a las legislaciones de los Estados miembros. Aquí hay una fuerte noción de autodeterminación.

En segundo lugar las personas que practican su fe religiosa deben quedar libres de discriminación, tanto dentro de los sectores públicos como privados.

En tercer lugar las organizaciones religiosas deben estar libres, no sólo de la organización de su estructura interna, en algunos casos no aplicando legislación contra la discriminación, sino también de participar en proceso decisonal en sus respectivos Estados miembros, como también dentro de la Unión Europea. Dicha libertad incluye también la concepción de que los religiosos deben ser protegidos. No sólo para que puedan ser libres de practicar su fe, sino también para que se les conciba como una contribución a la sociedad. Inevitablemente, esta protección debe extenderse a la protección de los religiosos, sea a través de derecho privado, sea por medio del sistema penal.

Muchos Estados miembros tienen, por ejemplo, un delito de difamación de la religión, directamente o indirectamente incluido en la disciplina general la difamación⁽³⁷⁾.

Los actos que se consideran como difama-

ción son palabras y gestos. La justificación de este tipo de delito de difamación es, como afirma N. Doe «de orden público sin reconocimiento explícito ni valor inherente a la doctrina religiosa contestada»⁽³⁸⁾. Más allá de difamación algunos Estados miembros protegen los sentimientos religiosos, es decir, la protección de las personas de una fe religiosa, para que nadie se mofe de ellas en público a causa de sus creencias religiosas.

Se señala también la protección del culto religioso, en el caso de perturbación de los servicios religiosos u otras funciones religiosas públicas. Otros delitos incluyen la incitación a la discriminación religiosa y al odio. La violencia o actos de provocación incluyen la publicación de la provocación.

En el Reino Unido, se considera incitación al odio religioso: las palabras o comportamientos, las visualizaciones, publicaciones o la distribución de material escrito, la ejecución pública de una obra de teatro, la distribución, la exposición o la reproducción de una grabación, e incluso la trasmisión de un programa⁽³⁹⁾.

El delito cubre las acciones amenazantes, abusivas o insultantes destinadas a incitar al odio religioso.

Tales delitos contra las personas o las organizaciones religiosas, inevitablemente, producen una tensión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión⁽⁴⁰⁾.

La libertad de expresión es también un derecho fundamental, dada a los individuos y por extensión también, por ejemplo, a los medios de comunicación. La libertad de prensa puede estar protegida por las leyes de los Estados miembros⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, cit., p.144.

⁽³⁹⁾ UK: Racial and Religious Hatred Act 2006, s 29.

⁽⁴⁰⁾ El art. 10, párrafo 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

⁽⁴¹⁾ Bélgica: Const., art. 25; Italia: Const., art. 21; y Grecia: Const., art. 14, *inter alia*.

⁽³⁶⁾ Ireland, Equal Status Act 2000, s 7.

⁽³⁷⁾ Esto se puede encontrar en las leyes de Irlanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia, entre otros. En Austria hay una infracción de la doctrina religiosa despectiva.

Esta libertad permite a la prensa expresar sus opiniones sobre la religión y sobre asuntos religiosos, no obstante dicha libertad no puede convertirse en difamación, ultraje religioso o incitamiento al odio religioso.

En algunos Estados miembros los medios de comunicación están sujetos a un sistema de control propio, que prohíbe a los periodistas fomentar la discriminación, el ridículo, los prejuicios o el odio por motivos de religión⁽⁴²⁾.

Esto también se extiende a la publicidad y a la radiodifusión ya sea por radio o televisión. Está claro, pues, que la libertad religiosa involucra no sólo los sistemas de derecho privado, sino también los sistemas jurídicos penales por medio de la protección de la creencia religiosa y de las organizaciones contra la difamación, la conducta ofensiva y la incitación al odio⁽⁴³⁾.

Sin embargo, los Estados miembros consideran esto como una cuestión de orden público, no como un respaldo de la religión *per se*.

La protección de la libertad de religión, por supuesto, no es absoluta. Las organizaciones religiosas también tienen que cumplir con las leyes de los Estados miembros y los Estados podrán, por razones de políticas públicas, dejar de aplicar algunas de las libertades previstas por la Unión Europea.

9. Conclusiones. Sin embargo, desde la Declaración del Tratado de Ámsterdam o tal vez incluso antes, con el programa «Un alma para Europa» de Jacques Delors, la religión se ha convertido en parte del proceso de integración de la Unión Europea, más allá del diálogo con la sociedad civil⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Irlanda: National Union of Journalists Code of Conduct, párrafo 10.

⁽⁴³⁾ Aunque la blasfemia es actualmente o llega a ser despenalizada, en algunos Estados miembros todavía se consideran la blasfemia un delito. Sin embargo, en la mayoría de Estados miembros ha sido abolido el delito de blasfemia.

⁽⁴⁴⁾ Como ROBBER, *Diversity of State-religion relations and European Union unity*, en *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 7, 2004, pp. 304-316; véase la p. 312 observa "let aside the common constitutional tradi-

No se puede, y no se debe negar que la Unión tiene sus raíces en el cristianismo y, probablemente, en el catolicismo romano, y todavía, su preocupación no es excluir a las otras religiones.

La Unión considera la religión como pluralista, como parte de la diversidad religiosa multi-dimensional que es necesaria para una Unión incluyente e integrada.

Al mismo tiempo, la Unión Europea es consciente de su *governance* secular, de sus *laïciténouvelle, laïcité positive, laïciténeutre*⁽⁴⁵⁾. La Unión es universal y neutral garantizando así la igualdad de trato hacia todas las religiones. Esto también ha sido visto como una secularización no sólo de la Unión Europea, sino también de sus Estados miembros. Sin embargo, como S. Ferrari⁽⁴⁶⁾ observa, este proceso de secularización inicialmente puede aparecer como que la religión pierde su influencia en la sociedad, en cambio se trata de una transferencia, es decir, de la transmisión de valores religiosos en formas seculares dentro de la esfera ideológica e institucional.

Sin embargo, un peligro que se ve en esta secularización de la esfera pública es que hay una reproducción de los principios teológicos cristianos en disfraz secular.

Al igual que S. Ferrari señala que si este es el caso, entonces este modelo de secularización «corre el riesgo de ser ininteligible

tions of the Member States concerning their laws on religion...The European law on religion 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.

⁽⁴⁵⁾ «Laïcité de l'État: expression signifiant que l'État (1) est par nature un phénomène 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».

⁽⁴⁶⁾ FERRARI, *Law and Religion in a Secular World: A European Perspective*, en *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 14, 2012, pp. 355-370.

para las comunidades originarias de otras culturas que no están relacionadas con las actitudes generadas por la antropología judeo-cristiana»⁽⁴⁷⁾.

Esto quiere decir, por supuesto, que la relación que la religión tiene con la Unión Europea debe centrarse sobre la neutralidad positiva de la Unión (*laïcité neutre*) en materia religiosa.

Según M. Minkenberg, el considerar esta neutralidad positiva, significa que la Unión Europea (aunque él se refería a los Estados) no es simplemente neutral respecto a las comunidades religiosas, sino que les otorga ciertos privilegios que se justifican por el reconocimiento de un papel positivo de la religión en la Unión⁽⁴⁸⁾.

La religión juega un papel especial en la política, porque como afirma P.J. Katzenstein, las Iglesias no son simplemente grupos de interés, sino que ellas actúan como «instituciones paraestatales».

Las Iglesias en todos los Estados miembros prestan una cantidad significativa de servicios sociales, estableciendo un vínculo directo con el sector público. Las Iglesias entonces, no sólo se pueden considerar como grupos de interés, sino que tienen también un reconocimiento público especial ya que simultáneamente se las considera organiza-

ciones privadas.

Sin embargo la Unión también ve que la religión y la política pueden aportar un elemento no deseado, incluso peligroso.

La Unión reconoce los peligros de la radicalización de grupos religiosos⁽⁴⁹⁾.

Como Z. Enyedi también señala, refiriéndose a las observaciones del ponente en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1999 cuando se hablaba de las sectas religiosas, el peligro de algunas sectas religiosas y la estrechez mental de grupos religiosos que pueden impedir una sensibilidad natural hacia valores espirituales de la gente. La Unión, posee como uno de sus objetivos el de proteger contra las opiniones religiosas que no incluyen la tolerancia. Sin embargo, tal amenaza, aunque grave, representa una proporción muy pequeña de las actividades religiosas dentro de la Unión Europea. La Unión ve con claridad su herencia cristiana, el valor de la religión, en todas sus formas, para contribuir al desarrollo de las políticas de la Unión a través de un proceso de diálogo.

Se siente la necesidad de proteger la libertad religiosa, y al mismo tiempo la Unión se compromete a la neutralidad y a la laicidad.

Hedley Christ

⁽⁴⁷⁾ FERRARI, *ob. cit.*, p. 362.

⁽⁴⁸⁾ MINKENBERG, *The Policy Impact of Church-State Relations: Family Policy and Abortion in Britain, France, and Germany*, en MADELEY, ENYEDI, *Church and State in Contemporary Europe: The Chimera of Neutrality*, London, 2003, p.198.

⁽⁴⁹⁾ El art. 11 de la Posición Común 2005/304/PESC del Consejo del 12 de abril de 2005 afirma que «La UE evaluará la posible cooperación a escala nacional y regional en este ámbito, sugiriendo vías de investigación y utilizando una serie de instrumentos para abordar el problema de la relación entre la radicalización de los grupos religiosos y su vulnerabilidad a ser reclutados como terroristas, desde una perspectiva de prevención de conflictos y de consolidación de la paz».

Libertad de reunión y de asociación

Bibliografía: MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Tratado de Lisboa Tratado de la Unión Europea, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Manifiesto para la elección europea: para una Europa unida y democrática*, en *Rev. de documentación administrativa*, INAP, n. 177, Madrid, 1978.

Las libertades de reunión y asociación forman parte de lo que actualmente conocemos como Estado de Derecho, conformando una parte sustancial de los principios básicos en los que se sustenta la Democracia moderna. Así, hoy en día, en la Unión Europea, no concebimos que un Estado miembro no respete la expresión de la voluntad de sus pueblos a través del respeto a estas libertades públicas individuales, que junto con otras libertades y derechos, como los de pensamiento o expresión, conforman parte del ideario de Democracia moderna. Como Derechos Fundamentales, estas libertades, se encuentran recogidas en sendos textos jurídicos, tanto a nivel de los Estados miembros, como a escala europea e internacional⁽¹⁾. Como ejemplos de lo recién mencionado, citaremos el art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a nivel internacional; el art. 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ambos textos parte del acervo jurídico de la Unión Europea; y, a escala Estatal, encontramos ejemplos en los textos constitucionales de los Estados miembros⁽²⁾.

⁽¹⁾ Para el desarrollo de este artículo, nos centraremos especialmente en los textos correspondientes a la Unión Europea.

⁽²⁾ Específicamente, en los textos constitucionales de los Estados miembros pueden encontrarse ejemplos como los arts. 8 y 9 del alemán, el art. 10.7 del aus-

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aparecen concatenados y relacionados entre sí, las libertades de reunión y de asociación, en su art. 12. Ambos derechos se reconocen a todas las personas con lo que, implícitamente, se está a su vez haciendo referencia al Capítulo III de la misma Carta, de la Igualdad, especialmente en lo referente al art. 21, que prohíbe toda discriminación, y especialmente, entre otras, las ejercidas por orígenes sociales, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, o pertenencia a una minoría nacional. Asimismo, el art. 22 del citado texto, reconoce y respeta la diversidad, y el art. 23 garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en el ámbito laboral. De esta manera, el inicio del art. 12 de la Carta con la expresión «toda persona», hace extensivas, tanto la libertad de reunión como de asociación, a todos los ciudadanos y ciudadanas de la Unión Europea.

Creemos que con la intención de dotar de contenido las citadas libertades, el art. 12 de la Carta, hace especial referencia en su punto primero al carácter pacífico que necesariamente ha de tener toda reunión, en consonancia con el art. 3, apartados 1 y 5, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TUE), que determina que una de las finalidades de la Unión es promover la paz, tanto entre sus ciudadanos como en sus relaciones con el resto del mundo. Podemos decir que, la libertad de asociación, a su

triaco, los arts. 26 y 27 del belga, los arts. 43 y 44 del búlgaro, el art. 21 del chipriota, los arts. 42 y 43 del croata, los arts. 78 y 79 del danés, los arts. 28 y 29 del eslovaco, el art. 42 del esloveno, los arts. 21 y 22 del español, los arts. 47 y 48 del estonio, el art. 13 del finés, los arts. 11 y 12 del griego, los arts. 62 y 63 del húngaro, el art. 40.6 del irlandés, los arts. 17 y 19 del italiano, los arts. 102 y 103 del letón, los arts. 35 y 36 del lituano, los arts. 25 y 26 del luxemburgués, el art. 42 del maltés, los arts. 8 y 9 de los Países Bajos, los arts. 57 y 58 del polaco, los arts 45 y 46 del portugués, el art. 23 del Reino Unido, los arts 36 y 37 del rumano, y los arts. 1.3 y 1.5 del sueco.

máximo nivel, se expresa como la búsqueda y consecución de los ideales de paz que han guiado a la Unión Europea desde sus inicios. Igualmente, el art. 205 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), haciendo referencia a los mismos principios creadores de la Unión, refuerza la necesidad de mantener y defender la paz, los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, como compromiso tanto entre los Estados miembros de la Unión, como en lo referente a su acción internacional.

Asimismo, el ya mencionado art. 12, pone de relevancia que la libertad de asociación ha de considerarse a todos los niveles, y especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico; reconociendo explícitamente el derecho a fundar y afiliarse a sindicatos, de pertenecer a partidos políticos diversos, de ejercer a través de la participación en los mismos la libertad de pensamiento proclamada en el art. 10 de la Carta, y la libertad de expresión proclamada en el art. 11.

Además, reconoce la existencia y relevancia de las asociaciones civiles, que en los últimos 30 años han cobrado gran relevancia en la canalización de las inquietudes sociales a través del nacimiento de numerosas y diversas asociaciones civiles conocidas como ONG's (Organizaciones No Gubernamentales), y de otras tantas asociaciones de carácter benéfico como asociaciones humanitarias, de voluntariado o solidaridad, y que suelen ser conocidas como el *tercer sector*.

En este aspecto, resulta importante destacar la relevancia de las mismas como vehículos de participación ciudadana, con ausencia de finalidad de lucro, y que permiten la realización de fines sociales o de interés general, que de otra manera resultarían de difícil articulación o incluso olvidados por las instituciones formales; transformándose así en vehículos de políticas sociales, a través de la concesión de ayudas y subvenciones, que refuerzan y complementan la labor de la sociedad civil organizada.

Respecto de estas entidades, también hemos de destacar las diferentes tipologías que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, desde las llamadas mutualistas, como asocia-

ciones de vecinos o familiares, que persiguen la defensa de los intereses de sus miembros; y, de otra parte, entidades altruistas, que trabajan en pos de la defensa de intereses más generales o de sectores en riesgo de exclusión, como pueden ser las asociaciones de defensa de los Derechos Humanos, Derechos Sociales, o Instituciones religiosas de caridad. Un aspecto a destacar de este tipo de entidades que surgen al amparo de la libertad de asociación, es su capacidad para construir redes sociales, que en muchos casos trascienden los intereses particulares y traspasan las fronteras de los Estados miembros; construyendo, en parte, la integración social que el mismo concepto de ciudadanía europea pretende y necesita para su desarrollo. Fomentando la participación ciudadana y el voluntariado, convirtiéndose en vehículos de interlocución social ante las administraciones públicas; podemos incluir en la lista antes indicada a las cooperativas, las sociedades de fomento, las cámaras empresariales, los colegios profesionales o los comedores sociales. En consonancia con lo ya mencionado, el apartado 2 del art. 12 de la Carta, alude específicamente a los partidos políticos a escala de la Unión, como expresión de la voluntad política de los ciudadanos. Dada la importancia y actualidad de este punto, le dedicaremos especial atención en las siguientes líneas.

Desde el inicio de la construcción de lo que hoy conocemos como Unión Europea, y especialmente desde finales de los años sesenta del siglo XX, surgió en Europa una fuerte corriente política federalista, que defendía la idea de que la consecución de una unión aduanera y la realización del Mercado Común (económico) no serían suficientes para garantizar la integración europea, la paz y la necesidad de desarrollo colectivo, si no se instauraba a su vez una unidad política⁽³⁾. Aunque la corriente federalista no siempre ha sido mayoritaria en la historia europea,

⁽³⁾ Vid. MOLINA DEL POZO, *Manifiesto para la elección europea: para una Europa unida y democrática*, en *Rev. de documentación administrativa*, INAP, n. 177, Madrid, 1978.

creemos importante mencionarla, dado que su influencia ha sido vital a la hora de delimitar las instituciones políticas de la Unión tal y como las conocemos hoy en día. Desde esa época, se ha reforzado la idea de la importancia de la democracia como sistema que permita el desarrollo pacífico de la Unión, tanto a nivel de sus Estados miembros, como a nivel de las propias instituciones y organismos de la Unión Europea. Por mencionar un ejemplo práctico de lo antes dicho, ha sido esta corriente política y de pensamiento, la que ha propiciado las elecciones directas al Parlamento Europeo, tal y como las conocemos hoy en día.

Por este motivo, los partidos políticos cobran especial importancia en la vida institucional de la Unión, como instrumento de la voluntad de los ciudadanos, y no sólo han de tener su propia dimensión nacional, dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros, sino también una dimensión europea que les permita organizarse y canalizar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión en su conjunto. Nacen desde entonces, formaciones nacionales que confluyen en partidos y grupos parlamentarios a nivel europeo, con la intención de establecer una relación directa entre las instituciones de la Unión, sus políticas y su gobierno.

A nivel formal, podemos encontrar partidos políticos *stricto sensu*, como asociación de ciudadanos de la Unión que persiguen objetivos políticos comunes, reconocidos en al menos un Estado miembro; o, pueden formar una coalición de partidos políticos, en base a su afinidad ideológica y no por nacionalidades. A tal fin, siempre han de tener reconocimiento jurídico en al menos un Estado miembro, respetar los valores y principios sobre los que se sustenta la Unión, y haber participado en elecciones europeas.

En la actualidad, los partidos políticos a escala europea, carecen de una imagen transparente en la ciudadanía, y se producen movimientos espontáneos de protesta ciudadana en casi todos los Estados miembros, especialmente en lo referente a la corrupción de los funcionarios políticos y a las fuentes de financiación, tanto de partidos políticos

como de sindicatos. Se encuentran así en entredicho, no sólo la finalidad de dichas organizaciones, sino la capacidad e idoneidad de sus dirigentes y miembros más destacados para cumplir las recomendaciones, en cierto modo altruistas, que sus funciones requieren, incurriendo en sonados casos de corrupción, enriquecimiento patrimonial ilícito y tráfico de influencias.

Dichas protestas, pueden ser de diferente signo político y lo que manifiestan es una clara disociación entre los representantes políticos, las instituciones y los ciudadanos. Basta recordar los movimientos sociales de protesta surgidos desde el año 2009 en diversos Estados miembros, como expresión del descontento contra la corrupción y las medidas adoptadas contra la crisis económica imperante, tanto por los gobiernos de los Estados miembros como por las instituciones de la Unión.

Como ejemplo de estos movimientos, principal pero no excluyentemente, en los países del sur, podemos hacer referencia al movimiento 15-M, que canalizó el descontento con los partidos políticos y la corrupción en España; el Movimiento 5 Estrellas en Italia, o las protestas ciudadanas en Grecia, Portugal, Bélgica, Bulgaria o Chipre, contra las políticas de austeridad propuestas como remedio a la crisis económica y de empleo de los últimos años. Encontramos también, otro tipo de protestas, contra la crisis y la falta de representación, principalmente de sectores juveniles con poco acceso a la educación, sin trabajo y en riesgo de exclusión, en países como Francia o Reino Unido; en Alemania protestas contra el desempleo o protestas universitarias en Austria. Todas estas protestas pueden rastrearse especialmente a través de las redes sociales, ya que no presentan organizaciones formales que las respalden, y se extienden como expresión del descontento ciudadano, en lo que podríamos denominar una crisis del modelo de representación.

En lo que concierne a los sindicatos, también encuentran su inclusión en las instituciones y los mecanismos de gobierno de la Unión Europea, como representantes de los trabajadores y especialmente como defensores de

los derechos de los trabajadores y como su canal institucional de expresión y defensa de sus intereses. Así, el Título X del TFUE, dedicado a la Política Social, contempla en el art. 152, el reconocimiento y el papel de los interlocutores sociales específicos de cada ámbito, facilitando el diálogo y respetando su autonomía; y, el art. 153, declara que la Unión apoyará la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y los empresarios, haciendo de esta manera referencia tanto a los sindicatos de trabajadores, como a las asociaciones y federaciones de empresarios.

En la misma línea, el art. 156 del TFUE, reconoce el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas; dotando una vez más de contenido al derecho de asociación, brindándole legitimidad institucional para ejercer derechos de representación, derecho íntimamente ligado al derecho de asociación.

Al igual que en lo referente a los partidos políticos, los sindicatos se encuentran agrupados a nivel regional y general, dentro de cada uno de los Estados miembros y tienen, además, la libertad de asociarse entre Estados miembros que compartan actividades específicas o, a nivel general, en Federaciones o Confederaciones europeas. Como ejemplo de esta práctica, podemos mencionar la actividad de la Confederación Europea de Sindicatos, que se fundó en 1973 con el objetivo de representar a los trabajadores de los Estados miembros a escala europea, trabajando con las instituciones europeas en la determinación y el establecimiento de políticas sociales y de empleo.

Esta importancia de los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones civiles en el entramado institucional de la Unión Europea, se ve claramente representada en algunos artículos del TUE y del TFUE, referentes a la organización, funcionamiento y control de las instituciones.

En este sentido, el art. 10 del TUE determina que el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa, y reconoce, en su apartado tercero, el derecho de todo ciudadano a participar en la vida democrática de la Unión. Asimismo, en su apartado

cuarto, reconoce la existencia de partidos políticos a escala europea, cuyo objetivo será contribuir a formar la *conciencia política europea* y a expresar la voluntad de los ciudadanos. Es así como se determina que, a través del voto ciudadano y de la participación política y sindical, la ciudadanía europea ejerce su capital función de control democrático sobre los asuntos comunitarios.

Por otra parte, el art. 14 del TUE determina en su párrafo segundo que el Parlamento Europeo está compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión; y, en su párrafo tercero, que dichos representantes serán diputados elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años.

En otro ámbito, además de las funciones de representación de intereses, propias de los sindicatos y las asociaciones de empresarios, el art. 163 del TFUE incorpora representantes de ambos, asociaciones de trabajadores y empresarios, como parte del Comité de la Comisión que se encargará de la administración del *Fondo Social Europeo*, tendiente a mejorar las condiciones de empleo y contribuir a la elevación del nivel de vida dentro del mercado interior, así como a la movilidad geográfica y la reconversión profesional.

En todo lo anteriormente dicho, queda plasmada la importancia y significación de la libertad de asociación, como parte de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión, a nivel político, sindical y cívico. Y además, por todo lo expuesto, cobra vital importancia hoy en día la necesidad de una reforma institucional, que permita a los ciudadanos recuperar la participación, la transparencia y la credibilidad de los partidos políticos y los sindicatos como instrumentos de canalización de su propia voluntad.

En este sentido, también cabe destacar el esfuerzo de la Unión Europea por dotar de transparencia el sistema de toma de decisiones y de formulación de políticas, a través de la implementación del *Registro Europeo de Grupos de Interés*. Dicho registro es voluntario, y forma parte de la *Iniciativa Europea en favor de la Transparencia*, que tiene como objetivo dar cuenta de las actividades de la

Unión, especialmente en el modo en que se gasta el presupuesto. Organismos como ONG, empresas privadas, bufetes de abogados y sindicatos están en contacto diario con el personal de la Comisión Europea, la única institución que puede proponer legislación, y que cobra así vital importancia. Se intenta así, dotar de transparencia al conocido como sistema de *lobbies*, grupos que representan intereses particulares y tratan a través de la presentación de informes y la organización de actos, de influir en la legislación.

Aunque voluntario, el registro tiene unos requisitos a cumplir, como que se debe comunicar la identidad, objetivos y ámbitos de interés de los grupos; se debe indicar sus fuentes de financiación, y se adquiere el compromiso de observar un código de conducta en las relaciones entre el personal de la Comisión y los miembros de los grupos.

En este mismo orden de actuación, el *Informe sobre Ciudadanía de la Unión Europea de 2013*, reconoce la importancia de hacer efectivos los Derechos y Libertades de los ciudadanos de la Unión, reconociendo que hoy en día aun existen obstáculos para su ejercicio cotidiano. Según dicho informe, garantizar una mayor participación en la vida democrática de la Unión, resulta fundamental en el proceso aun inacabado de construcción de la Unión política entre los ciudadanos de los Estados miembros.

De todo lo dicho, se desprende tanto la importancia de las libertades de reunión y asociación, especialmente en lo concerniente a la sociedad civil, los partidos políticos y los sindicatos, siempre a escala europea, por una parte; y la imperiosa necesidad de articular mecanismos veraces y fiables, capaces de regular la transparencia en las acciones de las citadas organizaciones, así como también la regulación y control de las fuentes y formas de financiación.

En lo que respecta al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, es importante destacar que, en su art. 11, reconoce asimismo el derecho de toda persona a la libertad de reunión pacífica y asociación, en los mismos términos que

hemos detallado anteriormente al respecto; y haciendo, también, mención especial al derecho a fundar y afiliarse a sindicatos para la defensa de sus intereses.

Ahora bien, dada la diferencia en la intencionalidad de ambos textos, consideramos vital destacar el punto 2 del citado precepto. Si bien la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea comporta un evidente y destacado nivel de protección para los ciudadanos, el Convenio recientemente mencionado incluye aquí una doble dimensión.

Por una parte, a través del reconocimiento de ciertos límites a estos derechos más allá del carácter pacífico de la libertad de reunión y el carácter lícito de las actividades que se fomenten o defiendan a través de la libertad de asociación, da lugar a una serie de restricciones. Es así como, el Convenio de Roma, contempla que han de tenerse en consideración restricciones a dichas libertades, previstas siempre por Ley y contempladas democráticamente, que constituyan medidas necesarias para «(...) la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.». Igualmente, y como correlato, recoge la posibilidad de que dichas restricciones se amplíen en el caso de referirse a miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía o la Administración del Estado.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que, como Derechos Fundamentales, las libertades de reunión y asociación, reconocidas en el Convenio, adquieren el estatus de derechos que pueden defenderse judicialmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es así como, se legitima la presentación de demandas individuales e interestatales, que siempre deben ser interpuestas contra uno o más Estados. Las demandas individuales, son aquellas que pueden ser presentadas por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental que estima que sus derechos han sido violados. Las demandas interestatales, por otra parte, son las interpuestas por un Estado contra otro Estado.

Conforme al art. 46 del mismo Convenio, los Estados parte, se comprometen a acatar las sentencias definitivas, dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a las demandas que se le planteen y sean admitidas. La supervisión de la ejecu-

ción de las sentencias definitivas corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que velará por su ejecución.

Carlos Francisco Molina del Pozo

María Rapalo Lichtensztein

Libre circulación de las personas (alcance y límites)

Bibliografía: ABARCA JUNCO, 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 *Rev. electrónica de estudios internacionales*, n. 23, 2012, disponible en www.reei.org; BASALDÚA, *Mercosur y derecho de la integración*, Buenos Aires, 1999; BERTONI, *La libre circulación y los derechos fundamentales en los procesos de integración regional*, en *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, 2011, pp. 99-111; BLÁZQUEZ PEINADO, *Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam*, en *Rev. de derecho comunitario europeo*, año 2, n. 3, 1998, pp. 261-280; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (a propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany E.A.)*, en *Rev. de derecho comunitario europeo*, año 6, n. 13, 2002, pp. 943-960; BURSESE, *La libre circulación de personas en el MERCOSUR y en la región suramericana: un enfoque migratorio*, en *La Unión Europea y MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Buenos Aires, 2008, pp. 93-114; CHIARETTO, *La libre circulación de personas como factor de integración en la Unión Europea*, en *La Unión Europea y MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Buenos Aires, 2008, pp. 83-92; DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, en *Rev. del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, n. 92, 2011; IZA,

Unión Europea ¿Paradigma de integración?, Buenos Aires, 2004; LINDE PANIAGUA, *La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea*, en *Rev. de derecho de la Unión Europea*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, n. 5, segundo semestre 2003; MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1998; MANGAS MARTÍN, LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010; MARIN CONSARNAU, TJUE - sentencia de 5-5-2011, 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 *Rev. de derecho comunitario europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 41, enero-abril 2012; MARTÍN VIDA, *La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social*, en *Rev. de derecho constitucional europeo*, n. 8, julio-diciembre 2007, pp. 95-137; 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; MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997; PÉREZ VICHICH, *Fundamentos teóricos del tratamiento de la movili-*

dad de personas en el Mercosur, en Entelequia. Rev. interdisciplinar, n. 4, junio 2007, pp. 256-270; PÉREZ VICHICH, *Nosotros y los otros. Las fronteras del trabajo en el Mercosur*, INCASUR, Buenos Aires, 1995; PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, 2010; RUIZ RODRIGUEZ, *Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea*, en *Rev. de derecho de la Unión Europea*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, n. 4, 1^{er} semestre 2003; VALLE, *La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, en *Rev. de derecho comunitario europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, enero-junio 1998.

1. La libre circulación de personas en el ámbito de la integración regional. La constitución de las antiguas comunidades europeas - hoy Unión Europea - a mediados del siglo pasado ⁽¹⁾ se caracteriza por impulsar el desarrollo de libertades económicas a las que se considera determinantes para su realización ⁽²⁾. Dentro de esas libertades, la libre circulación de personas, en una primera etapa, va a presentarse como libre circulación de trabajadores ⁽³⁾. Con la evolución del proceso de integración europeo, la libertad que estudiamos, va a ir superando su naturaleza de libertad económica unida al mercado común para convertirse en una consecuencia directa del estatuto de ciudadanía de la Unión. El modelo de integración europea es seguido, en su fase inicial, por otros procesos de integración regional. En América del Sur, el Mercosur - constituido por el Tratado de Asunción de 1991 - promueve la libre circulación de, entre otros, los «factores de producción» con el objeto de constituir un mercado común. La actual Comunidad Andina de Naciones (CAN) - antiguo Pacto

Andino (1969) -, por su parte, sin contar con referencias expresas a la libre circulación de personas en sus tratados constitutivos ha desarrollado de manera fragmentada - igual que el Mercosur - la materia teniendo como objetivo la creación de un mercado común. Tanto en uno como otro proceso la normativa expresa sobre la materia es muy reciente - adoptada en su mayoría en la primera década de este siglo - sin llegarse aún a los consensos necesarios para su aplicación plena. Otros procesos de integración como el NAFTA directamente han optado por avanzar en el desarrollo de la integración de los mercados sin libre circulación de trabajadores. Ello no deja de constituir una paradoja para la era de la globalización: dos países unidos por un tratado de libre comercio como EE.UU y México están separados por una frontera militarizada.

En cualquier caso, las dificultades que encuentra la libre circulación de personas para su vigencia, al momento de su análisis no pueden ser disociadas de la dimensión económica que la misma representa. Los intereses económicos no permanecen ajenos al desplazamiento y cruce de fronteras, por parte de personas, en la medida que éstas influyen directamente, por ejemplo, en el mercado laboral, la seguridad social o la estructura sanitaria del país de acogida. La existencia de una dimensión económica ha llevado a limitar el ejercicio mismo de dicha libertad, incluyéndose restricciones al desplazamiento y residencia.

La existencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, además, ha demostrado ser fundamental para el desarrollo conceptual y la vigencia de la libre circulación de personas. Al 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 definitivo, o la CAN donde el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no cuenta - hasta donde sabemos - con sentencias que desarrollen sustancialmente esta libertad.

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

⁽²⁾ La libre circulación de bienes, servicios, capitales y trabajadores.

⁽³⁾ Cfr. art. 3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE).

2. La libre circulación de personas en la Unión Europea. El Tratado de Roma (1957), mediante el cual nace la entonces Comunidad Económica Europea, ya se dijo contemplaba la libre circulación de personas económicamente activas (trabajadores) en función del desarrollo de un mercado común⁽⁴⁾. 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⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾, va ha ser dejado de lado⁽⁷⁾ para finalmente dar lugar a un crite-

rio 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⁽⁸⁾.

El *salto cualitativo* vino de la mano del Tratado de la Unión Europea (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»⁽⁹⁾.

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 art. 20.1 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en

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 de 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.

⁽⁸⁾ 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).

⁽⁹⁾ Ver su comentario al art. 45 en MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1998, p. 719.

⁽⁴⁾ 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.

⁽⁵⁾ PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Buenos Aires, 2010, pp. 696-697.

⁽⁶⁾ 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.

⁽⁷⁾ 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

adelante TFUE, antiguo art. 17 TCE): «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».

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 art. 21.1 (TFUE, antiguo art. 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 art. 45.1 que: «Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

El efecto directo del antiguo art. 18.1 (TCE) - actual art. 21.1, TFUE - fue asumido directamente por la jurisprudencia comunitaria⁽¹⁰⁾. 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»⁽¹¹⁾. 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 estableci-

do 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⁽¹²⁾. 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⁽¹³⁾.

Se trata de la «comunitarización» del acervo de Schengen⁽¹⁴⁾, cuya razón de ser se dirige 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»⁽¹⁵⁾.

La libre circulación de personas, señala Molina del Pozo, tiene una triple vertiente⁽¹⁶⁾: 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.

En la definición del alcance de la libre circulación de personas y residencia cobra relevancia como vemos el *elemento transfronterizo*⁽¹⁷⁾. Esto es la invocación de esta liber-

⁽¹²⁾ Tribunal de justicia, *Baumbast*, cit., párrafo 83.

⁽¹³⁾ Tribunal de justicia, 3 de junio de 1989, 139/85, *Kempf*, en *Rec.* 1986, p. 1741, párrafo 13; y *Id.*, 14 de febrero de 2008, C 33/07, *Jipa*, en *Rec.* 2008, p. I-5157, párrafo 23.

⁽¹⁴⁾ 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.

⁽¹⁵⁾ DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, en *Rev. del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, n. 92, 2011, p. 263.

⁽¹⁶⁾ Cfr. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 328 ss.

⁽¹⁷⁾ Del art. 21 (TFUE) se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un *carác-*

⁽¹⁰⁾ Tribunal de justicia, 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast*, en *Rec.* 2002, p. I-7091, párrafo 84.

⁽¹¹⁾ Tribunal de justicia, 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, en *Rec.* 2001, p. I-6193, párrafo 31.

tad - como las otras libertades básicas - *requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros*. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no siempre ha tomado en cuenta dicho elemento y ha reconocido los derechos propios de la libre circulación, derivados de la ciudadanía de la Unión, a personas que no se habían desplazado⁽¹⁸⁾.

En cuanto a la normativa vigente 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, 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⁽¹⁹⁾. 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 dis-

ter 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 Tratados». Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 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 (art. 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*.

⁽¹⁸⁾ *Vid.* Tribunal de justicia, 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Rec. 2011, p. I-1177.

⁽¹⁹⁾ Modifica el Reglamento (CEE) n. 1612/68 y se derogán 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.

posiciones adoptadas para su aplicación»⁽²⁰⁾. 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⁽²¹⁾. 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»⁽²²⁾.

En lo que hace al derecho de residencia, como ha señalado la doctrina⁽²³⁾, no se ejerce en la Directiva 2004/38/CE, 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 económicos suficientes y, otra, las personas excluidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

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

⁽²⁰⁾ 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».

⁽²¹⁾ Art. 3 «Beneficiarios».

⁽²²⁾ Art. 4 «Derecho de salida».

⁽²³⁾ MANGAS MARTÍN, LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010, p. 148.

ejercerá en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados» (arts. 20 y 21, TFUE). La Directiva 2004/38/CE⁽²⁴⁾, 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, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos»⁽²⁵⁾. 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»⁽²⁶⁾.

3. La libre circulación de personas en el mercosur. 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)⁽²⁷⁾ que lo crea se fundamenta en la consecución de un mercado común. En su art. 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. 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*.

Partiendo del citado art. 1 (TA) los Estados miembros fueron adoptando, de *forma progresiva y gradual*, normas relacionadas con la libre circulación de personas. Hasta que la cuestión es objeto expresamente de desarrollo normativo con 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⁽²⁸⁾. El mismo es adoptado como parte de la Decisión (CMC) n. 28/02. De conformidad con el art. 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

⁽²⁴⁾ 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 pública.

⁽²⁵⁾ Art. 27.1 «Principios generales».

⁽²⁶⁾ MOLINA DEL POZO, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997, p. 161.

⁽²⁷⁾ Firmado en Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991.

⁽²⁸⁾ 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.

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⁽²⁹⁾, 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 art. 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.

4. La libre circulación de personas en comunidad andina de naciones (CAN). El Acuerdo de Cartagena (AC)⁽³⁰⁾, 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 aspectos relativos a la gestión de las migraciones. En este sentido, ha debido utilizarse una *base jurídica genérica* contenida en los arts. 3, 7 y 26 (AC) que regulaban, respectivamente, los mecanismos para alcanzar los objetivos del Acuerdo⁽³¹⁾, las competencias de la Comisión Andina⁽³²⁾

⁽²⁹⁾ 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.

⁽³⁰⁾ Firmado el 26 de mayo de 1969 en Bogotá.

⁽³¹⁾ Principalmente, «la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes» (art. 3a).

⁽³²⁾ En particular, las de «formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas que sean neces-

arias para el logro de sus objetivos» (art. 7a) 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. 7b).

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⁽³³⁾. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), por su parte, adoptaría la Decisión n. 503, de 22 de junio de 2001⁽³⁴⁾; la Decisión n. 504, de 22 de junio de 2001⁽³⁵⁾; la Decisión n. 525, de 7 de julio de 2002⁽³⁶⁾; y la Decisión n. 526, de 7 de julio de 2002⁽³⁷⁾.

La Decisión n. 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»⁽³⁸⁾.

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

sarias para el logro de sus objetivos» (art. 7a) 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. 7b).

⁽³³⁾ En 1973 se creó el Convenio Simón Rodríguez, modificado en 1976. En 1977 la Comisión adoptó conjuntamente la Decisión n. 113 y la Decisión n. 116, por las que se creaba, respectivamente, el Instrumento Andino de Seguridad Social (IAS) y el Instrumento Andino de Migración Laboral (IAML), modificado, en 2003, mediante la Decisión n. 545.

⁽³⁴⁾ Denominada «Reconocimiento de documentos nacionales de identificación».

⁽³⁵⁾ Denominada «Creación del Pasaporte Andino».

⁽³⁶⁾ Denominada «Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino».

⁽³⁷⁾ Denominada «Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros».

⁽³⁸⁾ Preámbulo de la Decisión n. 503, párrafo 2.

la finalidad de facilitar la libre circulación de personas⁽³⁹⁾.

Una vez adoptadas las citadas Decisiones de carácter técnico u operativo en materia migratoria, el CAMRE pasó a reformular una de las principales 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 n. 545, de 25 de junio de 2003, por la que se crea el Instrumento Andino de Migración Laboral (IAML), modificando así la originaria Decisión n. 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⁽⁴⁰⁾. 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⁽⁴¹⁾.

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.⁽⁴²⁾ Lo dicho no ha impedido que existan países que hayan avanzado individualmente en la plena eficacia de la Decisión n. 545⁽⁴³⁾.

En directa relación con el IAML, el CAMRE adoptó el 7 de mayo de 2004 la Decisión n. 583 por la que se modificaba el IASS contenido en la citada Decisión n. 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⁽⁴⁴⁾. 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⁽⁴⁵⁾. El principio básico que sustenta la Decisión n. 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 n. 583⁽⁴⁶⁾. 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⁽⁴⁷⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. Preámbulo de la Decisión n. 503, párrafo 3.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Preámbulo, párrafo 1.

⁽⁴¹⁾ Art. 4.

⁽⁴²⁾ Disposición Transitoria Segunda.

⁽⁴³⁾ 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*, SG/dt 421, Lima, 26 de agosto de 2008, p. 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 Sus-

tantivo del Trabajo de la distinción entre trabajador extranjero y nacional (supresión de los arts. 74 y 75).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. art. 1.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 8.

⁽⁴⁶⁾ Vid. 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.

⁽⁴⁷⁾ 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.

Calogero Pizzolo

Libre circulación de las personas (en la Unión Europea)

Bibliografía: FIERRO, *Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?*, en *European Law Journal*, vol. 7, n. 1, March 2001, pp. 41-68; RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308; WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, trad.italiana, Bologna, 2003, p. 47.

1. Aplicación del derecho comunitario a los particulares. El proceso de integración comunitaria empezó formalmente con los Tratados de las Comunidades Europeas, suscritos por seis Países europeos en los años 50 del siglo pasado: al Tratado de París de 1951, con el que se instituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se juntaron en 1957 los dos Tratados de Roma, el de la llamada Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Las tres «Comunidades» constituían tres tratados internacionales diferentes, con el objetivo de constituir una colaboración de tipo económico y aduanero.

De hecho, los Tratados comunitarios originales fomentaban principalmente una cooperación económica, a través de la realización de una unión aduanal y de la creación de un mercado único.

El momento crucial de la integración jurídica comunitaria fue cuando se empezó a pensar que esta cooperación, aparentemente parecida a otras previstas en el derecho internacional, pudiera influenciar directamente las situaciones jurídicas de los particulares.

Este enfoque fue originado por la jurisprudencia del Tribunal de justicia, el órgano jurisdiccional comunitario, en particular con la sentencia del 5 de febrero de 1963.

El Tribunal de justicia se pronunció en el ámbito de un procedimiento prejudicial sobre la causa que oponía la empresa Van Gend en Loos a la Administración Financiera holandés⁽¹⁾.

En aquella ocasión, al Tribunal de justicia se le rebatió sobre la cuestión de que una de las disposiciones del Tratado CEE, podía tener «un efecto directo en Derecho interno, en el sentido de que los nacionales de los Estados miembros puedan invocar (...) derechos que el juez nacional debe proteger».

Efectivamente la empresa lamentaba el mantenimiento de un impuesto nacional que, según el Tratado CEE, habría tenido que ser abrogado. El Tribunal contestó que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados Miembros han limitado su soberanía (...) y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales». En consecuencia «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». Esta sentencia constituye la *Grundnorm* para el Derecho comunitario, que empieza a considerarse como ordenamiento jurídico autónomo, que vincula a los Estados y a los sujetos de derecho.

El Derecho comunitario se aplica de manera directa, sin que se le reconozca ningún poder para subordinar la aplicación del Derecho comunitario al derecho interno.

La novedad de este ordenamiento consistía en la diferencia con otras formas de colaboración internacional, basadas en las relaciones intergubernamentales entre Estados, hechas de manera que incidieran sólo indirectamente en la vida de los individuos.

En efecto, en la sentencia se argumenta: «que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que (el) Tratado (CEE) constituye algo más que

Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen, en *Rec.* 1963, p. 3.

⁽¹⁾ Tribunal de justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62,

un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los estados contratantes». Este concepto está confirmado «por el Preámbulo del tratado, que, además de referirse a los gobiernos, menciona también a los pueblos, y lo hace, de forma más concreta, mediante la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los estados Miembros como a sus ciudadanos».

El Tratado de Roma y las instituciones que fueron establecidas, es la argumentación del Tribunal, así como imponen obligaciones a los sujetos de derecho, determinan el nacimiento de derechos subjetivos, que aparecen como «contrapartes» de estas obligaciones. El Tribunal de justicia afirma que dichos derechos pueden ser tutelados directamente por los individuos no sólo enfrente del juez comunitario, sino también de los jueces nacionales.

La estrategia del Tribunal parece sutil y clarividente: el ordenamiento jurídico, que acababa de ser establecido, no habría sobrevivido al enfrentarse a las resistencias de los Estados, si no se hubiera atribuido al poder judicial, particularmente al Tribunal de justicia mismo, el poder de reconocer directamente y de manera capilar, los derechos de los particulares. La atribución de los derechos individuales y de los referidos a los remedios procesales a los particulares, han sido el instrumento principal para actuar y reforzar la *primauté* comunitaria⁽²⁾, que de no ser así no habría tenido que ser desarrollada a través de sanciones directas a los Estados, no siempre eficaces⁽³⁾. Los individuos asumen de este modo el papel de los «principales guardianes del respeto de los derechos comunitarios»⁽⁴⁾.

⁽²⁾ RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308, escribe «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

⁽³⁾ Véase la voz «Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea», por V. Colcelli, en este Diccionario Analítico.

⁽⁴⁾ WEILER, *La costituzione dell'Europa*, trad. italiana, Bologna, 2003, p. 47.

2. La libre circulación como derecho. El «mercado» ha sido pensado principalmente como un espacio de libre circulación de mercancías, servicios, capitales, y sobre todo de personas.

En coherencia con este contexto, la libre circulación de las personas era reconocida exclusivamente a los sujetos que desempeñaban una actividad económica⁽⁵⁾: los trabajadores asalariados y no asalariados, y los sujetos diferentes de las personas físicas que llevan a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para que tengan una repercusión y para que trasciendan las relaciones económicas.

Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a una suma de sujetos todavía más amplia⁽⁶⁾.

Según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado», comprende cada persona física que desarrolla actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago⁽⁷⁾.

La definición jurisprudencial se refiere de esta forma no sólo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo parasubordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Se considera trabajador también a quien efectúa una pasantía⁽⁸⁾; a quien trabaja como voluntario en una instituto con finalidades sociales y asistenciales⁽⁹⁾; al titular de una

⁽⁵⁾ Véase Tribunal de justicia, 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, en *Rec.* 1976, p. 497.

⁽⁶⁾ Véase Tribunal de justicia, 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, en *Rec.* 1985, p. 1035.

⁽⁷⁾ Entre otras, Tribunal de justicia, 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, en *Rec.* 1986, pp. 16-17; *Id.*, 26 de febrero de 1992, *Bernini*, C-3/90, en *Rec.* 1992, p. I-1071; *Id.*, 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02, en *Rec.* 2004, p. I-7573, p. 15.

⁽⁸⁾ Véase las sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; también Tribunal de justicia, 17 de marzo de 2005, *Kranemann*, C-109/04, en *Rec.* 2005, p. I-2421, pp. 15-16.

⁽⁹⁾ Véase la sentencia *Trojani*, *cit.*, p. 20 ss.

pensión⁽¹⁰⁾, etc.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores. Esto se ha concretizado con referencia a los familiares del trabajador (también jubilado o fallecido)⁽¹¹⁾, aunque en el caso de que ellos no tengan la ciudadanía de uno de los Estados Miembros⁽¹²⁾.

Las libertades y los derechos previstos en los Tratados han sido atribuidos además a otras tipologías de personas físicas que desarrollan actividades que no se pueden incorporar en la noción de trabajador (aunque interpretada de manera extensiva), por efecto de disposiciones de Tratados que (implícitamente o explícitamente) prevén la libertad de circulación de las personas físicas. De esta manera ha sido afirmada la libertad de circulación incluyendo los destinatarios de los servicios, como los turistas, como por ejemplo⁽¹³⁾.

Asimismo, los derechos de los trabajadores han sido extendidos a los estudiantes de cada orden y nivel.

La libertad de circulación de los estudiantes fue reconocida en un primer momento, solamente por la jurisprudencia comunitaria. En la sentencia *Gravier* de 13 febrero 1985⁽¹⁴⁾ y en la sentencia *Blaizot* del 12 de febrero de 1988⁽¹⁵⁾, el juez afirmó el principio de la prohibición de la discriminación entre los ciudadanos europeos por lo que se refiere a la

accesibilidad del aprendizaje superior, considerándolo parte integrante de la formación profesional. La libertad de circulación de los estudiantes fue afirmada ulteriormente por la base jurídica de los programas comunitarios en el ámbito del aprendizaje, adoptados después en la jurisprudencia *Gravier e Blaizot*, entre los cuales se encuentra el programa Erasmus.

Para hacer efectiva la movilidad y el empleo transeuropeo, la jurisprudencia comunitaria afirmó la regla del reconocimiento mutuo de los diplomas, de los certificados y de otros títulos, entre los cuales se incluyen los permisos para conducir⁽¹⁶⁾.

Las sentencias del Tribunal de justicia anticiparon, en muchos sentidos, la legislación siguiente. El Acto Único y el Tratado de Maastricht, ampliando las competencias comunitarias a las políticas no comerciales (como investigación, cultura, educación, política social, protección del medioambiente) establecieron la libertad de circulación de los sujetos, independientemente del desarrollo de una actividad económica, como los estudiantes, los investigadores, los que participan en los intercambios culturales, los deportivos, etc.

3. Consecuencias jurídicas de la libre circulación. Las sentencias del Tribunal de justicia anticiparon la legislación siguiente: el Acta Única y el Tratado de Maastricht que establecieron la libertad de circulación de los sujetos, independientemente del desarrollo de una actividad económica.

La libre circulación de las personas, concebida en la perspectiva del mercado, llegó al reconocimiento de derechos que no se refieren a las actividades económicas.

En particular la jurisprudencia comunitaria ha manifestado las consecuencias jurídicas de la libre circulación.

Ésta comporta implícitamente la capacidad de ser parte de todo tipo de relación jurídica,

⁽¹⁰⁾ Véase Tribunal de justicia, 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, en *Rec.* 2001, p. I-2189.

⁽¹¹⁾ Tribunal de justicia, 9 de enero de 2003, C-257/2000, *NaniGivane et al. v. Secretary of State for the Home Department*, en *Rec.* 2003, p. I-345.

⁽¹²⁾ Tribunal de justicia, 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast y R v. Secretary of State for the Home Department*, en *Rec.* 2002, p. I-7091. Véase también la voz «Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)», por A. Palazzo, en este Diccionario Analítico.

⁽¹³⁾ Véase Tribunal de justicia, 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, en *Rec.* 1999, p. I-11; *Id.*, 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, en *Rec.* 1989, p. 195, punto 15.

⁽¹⁴⁾ Tribunal de justicia, 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier v. Ville de Liège*, en *Rec.* 1985, p. 593.

⁽¹⁵⁾ Tribunal de justicia, 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot v. Université de Liège et al.*, en *Rec.* 1988, p. 379.

⁽¹⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de justicia, 28 de noviembre de 1978, 16/78, *Choquet*, en *Rec.* 1978, p. 2293.

sin limitación alguna: comprar o tomar una casa en arrendamiento, estipular convenios, casarse, registrar a un hijo, aceptar una herencia, etc.

El juez comunitario no se limitó a la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de aplicación de las libertades garantizadas por el mercado interior, sino también ha manifestado las consecuencias jurídicas, sobretodo por lo que se refiere a las relaciones de derecho privado. La libertad de circulación y de establecimiento de los sujetos comporta implícitamente la capacidad de ser parte de cada tipo de relación jurídica, sin limitación alguna: comprar o tomar casa en arriendo, estipular convenios, casarse, reconocer un hijo, aceptar una herencia, etc.

Desde este punto de vista, el derecho comunitario abandona la regla tradicional del derecho internacional privado, según el cual la subjetividad jurídica se imputa a los «extranjeros» a razón de principios como el de la «reciprocidad» (véase, por ejemplo, el art. 16, disposiciones preliminares al *codice civile* italiano).

No sólo los sujetos de otros estados comunitarios son admitidos a ejercitar todos los derechos de los sujetos del país donde se encuentran. En las circunstancias en que una disciplina es diferente en ambos estados, el sujeto puede aspirar a la aplicación de la normativa más favorable o puede solicitar la elección entre las dos.

Una de las múltiples aplicaciones de estos principios, es el tema de la modalidad de atribución del apellido a los hijos.

El Tribunal de justicia en la jurisprudencia *Carlos García Avello* ⁽¹⁷⁾, se ocupó de la legitimidad de normas previstas por el derecho belga, que impedían la atribución del apellido doble (el del padre y el de la madre) a la hija de un pariente belga y un español. En aplicación del principio de no discriminación (art. 12 del entonces Tratado CE), de la libertad de circulación (art. 18 del entonces Tratado CE), el Tribunal ha considerado ilegítimo que «la autoridad administrativa de un Estado

Miembro rechace la petición de cambio de apellido para los hijos menores de 18 años que residen en este estado y que tiene la doble ciudadanía, del mismo estado y de otro Estado Miembro, si la petición era finalizada a dar a los hijos la posibilidad de tener el apellido del cual serían titulares según el derecho y la tradición del segundo Estado Miembro». Además de la amplia capacidad del Derecho civil, el Tribunal afirmó que el ordenamiento comunitario aseguraba a los ciudadanos europeos el usufructo completo de los derechos fundamentales del hombre. En efecto, el Tribunal de justicia a partir de la sentencia *Stauder* de 12 noviembre 1969 ⁽¹⁸⁾ y en la jurisprudencia siguiente, afirma que entre los principios generales del derecho comunitario se debe incluir los derechos fundamentales de la persona. Dichos derechos están comprendidos aunque no sean previstos explícitamente por los Tratados, porque incluidos en las Cartas constitucionales de los Estados Miembros y en la Convención europea de los derechos del Hombre de Roma, suscritos por ellos. La jurisprudencia ha reconocido justamente, derechos como la libertad de expresión ⁽¹⁹⁾, el respeto de la vida privada ⁽²⁰⁾; el derecho de propiedad y de práctica de una actividad profesional.

En este caso también el Tribunal parece anticipar los tiempos, porque solo a partir de los años 90 del siglo pasado, los Tratados fundamentales empezaron a hablar de derechos humanos con referencia al ordenamiento comunitario.

Sucesivamente fue el Tratado de Maastricht, a través del Tratado que estableció la Unión europea, que reconoció expresamente los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

⁽¹⁸⁾ Tribunal de justicia, 12 de noviembre 1969, C-29/69, *Stauder*, en *Rec.* 1969, p. 419.

⁽¹⁹⁾ Véase, por ejemplo, Tribunal de justicia, 26 de junio de 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Bauer Verlag*, en *Rec.*, 1997, p. I-3689.

⁽²⁰⁾ Véase entre otras, Tribunal de primera instancia, sentencia del 15 de mayo de 1997, T-273/94, *N. v. Commissione*, en *Rec.* 1997, p. II-289, véase párrafos 68 y 71-74.

⁽¹⁷⁾ Tribunal de justicia, 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Carlos García Avello*, en *Rec.* 2003, p. I-11613.

Hoy el art. 2 TUE establece que «La Unión se fundamenta en 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 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».

El Tratado de Lisboa ha reforzado la conexión entre el ordenamiento jurídico de la Unión y el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa.

De hecho, el actual art. 6, párrafo 2, TUE, prevé que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales». Esos derechos y los reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión, en cuanto principios generales (art. 6, párrafo 3, TUE).

El respeto de los derechos humanos es una cláusula que la Unión incluye en sus convenios internacionales⁽²¹⁾ y, sobre todo, es la condición para que un país pueda ser miembro. En caso de incumplimiento, el Estado puede ser sancionado (véase art. 7 TUE).

Además una específica disciplina comunitaria fue introducida por la Carta de los derechos fundamentales, anexa al Tratado de Niza de 2000, que el Tratado de Niza ha convertido en norma constitucional (art. 6, párrafo 1, TUE).

Los derechos reconocidos por la Carta son los previstos en el Convenio europeo y en las Constituciones nacionales (como el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, al derecho de asociación, al derecho a la integridad física), pero también derechos de nueva generación a menudo desconocidos por los ordenamientos internos o solo disciplinados por fuentes legales no constitucionales: los

derechos en materia de medicina y de biología (art. 3, párrafo 2); la protección de los datos personales (art. 8, Carta de los derechos fundamentales); la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (art. 11); el derecho de asilo (art. 18) y a la protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19); los derechos del menor (art. 24), de la persona mayor (art. 25) y de la persona discapacitada (art. 26); el acceso a los servicios de interés económico general (art. 36); la protección de los consumidores (art. 38).

4. De la libre circulación en el mercado a la ciudadanía de la Unión Europea.

El reconocimiento de la libre circulación en el mercado fue la base para la introducción de la noción jurídica de «ciudadanía de la Unión europea», formalizada después por el Tratado de Maastricht y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (en particular véase arts. 39 ss.) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «Tratado FUE», véase en particular el art. 20).

Todas las personas físicas, por lo tanto, por el sólo hecho de ser «ciudadanos» de la Unión disfrutan de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, e independientemente de la cualificación de «trabajadores» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos⁽²²⁾. Obviamente este es una importante evolución de la legislación comunitaria. Antes del reconocimiento de la ciudadanía de la Unión europea, era necesario establecer la base por la cual una persona determinada pudiera ser beneficiaria de las libertades reconocidas por los Tratados, aunque dentro de la amplia interpretación adoptada por el Tribunal de justicia. Por ejemplo, en el caso de la libre circulación de los estudiantes antes de la introducción de la ciudadanía de la Unión, se admitían limitaciones⁽²³⁾, que hoy no se pueden consi-

⁽²¹⁾ FIERRO, *Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?*, en *European Law Journal*, vol. 7, n. 1, March 2001, pp. 41-68.

⁽²²⁾ Véase la sentencia *Troiani*, cit.

⁽²³⁾ Véase las sentencias del Tribunal de justicia, 21 de junio de 1988, 39/86, *Lair*, en *Rec.*, 1988, p. 3161; *Id.*, 21 de junio de 1988, 197/86, *Brown*, en *Rec.* 1988, p. 3205.

derar como ilegítimas⁽²⁴⁾.

La noción de ciudadanía formaliza lo que es propio del ordenamiento jurídico comunitario desde la jurisprudencia Van Gen en Loos, es decir el efecto directo: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados» (art. 20, párrafo 2, TFUE).

Como todo «status» individual (véase las voces «Status», por G. Alpa y «Status en el Derecho de la Unión Europea», por V. Colcelli), por lo tanto, también la ciudadanía de la Unión es un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas, protegidas a nivel constitucional.

En el ámbito de este conjunto, los Tratados y la Carta de los derechos fundamentales ponen en evidencia las situaciones jurídicas activas.

En particular el contenido de la ciudadanía de la Unión incluye los siguientes derechos (véase art. 20, párrafo 2, TFUE; incluso el art. 21 y los siguientes TFUE): a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (véase art. 45 de la Carta de los derechos fundamentales); b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones del Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (véase también los arts. 39 y 40 de la Carta de los derechos fundamentales); c) de protección, en un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, de parte de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que a los nacionales de dicho Estado (la «Protección diplomática y consular» a la cual se refiere el art. 46 de la Carta de los derechos fundamentales); d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua (véase arts. 43

y 44 Carta de los derechos fundamentales).

Además la Carta expresa otros derechos que tienen como sujetos pasivos las instituciones de la Unión europea: el derecho a una buena administración (art. 41) y el derecho de acceso a los documentos (art. 42).

A parte de esos derechos, los ciudadanos comunitarios (y en parte los no comunitarios) gozan de todos los derechos que se han considerado en los párrafos arriba mencionados y en otras voces de este diccionario: la prohibición de toda discriminación (art. 21, párrafo 2, Carta de los derechos fundamentales), el reconocimiento de los derechos fundamentales, el derecho a los servicios sociales y a la protección social, el derecho a obtener subvenciones y a estipular contratos con las Instituciones comunitarias, etc.

Se trata de derechos propiamente dichos que pueden ser protegidos sea a nivel comunitario, que a nivel nacional⁽²⁵⁾.

5. La reglamentación de la libre circulación. Como toda libertad, incluso la de libre circulación de personas está disciplinada por el derecho comunitario derivado.

De hecho, como establecen los Tratados «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» (art. 21, párrafo 1, TFUE). Asimismo, hoy en día la libre circulación de los ciudadanos comunitarios está regulada por la directiva 2004/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004 «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», que recopila y adecua las diversas fuentes jurídicas comunitarias que se han producido en los últimos años y refleja los principios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de justicia. La directiva revisa la legislación previa desde

⁽²⁴⁾ Tribunal de justicia, 15 de marzo de 2005, C-209/03, *Bidar*, en *Rec.* 2005, p. I-2119, en particular véase punto de 28 a 48.

⁽²⁵⁾ Véase la voz «Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea», por V. Colcelli, en este Diccionario Analítico.

la perspectiva de que «La ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia» (tercer «considerando»).

Además, el preámbulo de la directiva señala 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» (undécimo «considerando»).

En la directiva se regula el derecho de circulación y residencia (permanente y hasta de tres meses), y las limitaciones a esos derechos (art. 1, directiva 2004/58/CE).

Con el fin de garantizar la libertad de movimiento, todo ciudadano tiene derecho a salir de un estado de la Unión e ir a otro y tener un documento de identidad que le permita moverse (*vid.* art. 4 «Derecho de salida»).

Este derecho está conectado con el derecho a entrar en otro país de la Unión Europea sin necesidad de visado u otras formalidades (art. 5, párrafo 1, apartado 2).

En cuanto a la permanencia de hasta tres meses en un país distinto al de la persona, no se requieren formalidades especiales, si no la posesión de un documento de identidad (art. 6). En el caso de que la persona no tenga el documento de identidad, el Estado « dará a estas personas (...) las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir en un plazo razonable los documentos necesarios o para que se confirme o pruebe por otros medios su calidad de beneficiarios del derecho de libre circulación o residencia» (art. 5 párrafo 4).

El derecho de residencia por un período superior a tres meses pertenece a los que desempeñan un trabajo autónomo o asalariado [art. 7, párrafo 1, letra a)], en sentido amplio determinado por el Tribunal de justicia (véase más arriba), que incluye a aquellos que están buscando trabajo [art. 14, párrafo 4, letra b)] o a los que lo han perdido (art. 7, párrafo 3), las personas que cuentan con un seguro de enfermedad [art. 7, párrafo 1, letra c), apartado 2].

Además, el derecho de residencia por más de

tres meses le corresponde a los estudiantes y a aquellos que siguen un curso de estudios profesionales [art. 7, párrafo 1, letra c), apartado 1].

Los derechos establecidos por la directiva pertenecen también a los familiares de los trabajadores y estudiantes, a pesar de que no sean ciudadanos comunitarios (art. 7, párrafo 2).

Quien no puede ser considerado como trabajador, estudiante o miembro de la familia, sin embargo, tiene el derecho de todo ciudadano que «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» [art. 7, párrafo 1, letra b)]. Los Estados miembros no pueden establecer una renta mínima de estancia, pero tienen que tomar en cuenta la situación concreta de la persona (art. 8, párrafo 4).

De cualquier manera no está previsto que se otorgue un permiso de residencia para los ciudadanos comunitarios. Las autoridades locales pueden sólo pedir que el ciudadano se inscriba en los registros de población residente (art. 8, párrafo 1)⁽²⁶⁾, en un plazo no inferior a tres meses⁽²⁷⁾.

Todo ciudadano de la Unión adquiere el derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida tras haber residido legalmente durante un período continuado de cinco años (arts. 16 ss. de la directiva), con exclusión de cualquier condición adicional (ver décimo octavo «considerando» directiva 2004/58/CE). Es suficiente un período menor si antes de los cinco años, por ejemplo, alcanza la edad de jubilación o se produce incapacidad para el trabajo (art. 17).

La Directiva 2004/58/CE prevé restricciones

⁽²⁶⁾ Este derecho del Estado de pedir la registración había sido reconocido de antemano por la jurisprudencia, véase Tribunal de justicia, 7 de julio de 1976, 118/75, *Watson*, en *Rec.* 1976, p. 1189.

⁽²⁷⁾ El juez comunitario había opinado que dichos términos tuvieran que ser razonables, véase Tribunal de justicia, 12 de diciembre de 1989, C-265/88, *Messner*, en *Rec.* 1989, p. 2237.

del derecho de entrada y de residencia por razones de orden público⁽²⁸⁾, seguridad pública o salud pública⁽²⁹⁾.

Todas las medidas relativas a las limitaciones de la libre circulación y de la residencia deben darse sólo en circunstancias excepcionales (véase el vigésimo cuarto «considerando» de la directiva) y respetar el principio de proporcionalidad.

Esas medidas no pueden ser automáticas⁽³⁰⁾, deben tenerse en consideración exclusivamente la concreta conducta de la persona (art. 27, párrafo 2), en el caso que constituya una amenaza grave para un interés fundamental, así como para su situación personal. De hecho, hay que tener en cuenta que tales medidas podrían perjudicar gravemente a las personas que, ejercitando el derecho a la libre circulación, estén integrados en un Estado de la Unión (vigésimo tercer «considerando»).

En cualquier caso, antes de tomar la decisión extrema de expulsión del territorio, el Estado miembro deberá evaluar una serie de factores tales como la duración de la residencia, la edad de la persona, su salud, su situación familiar y el grado de integración social en el país que le dio acogida, como también sus vínculos con el país de origen (art. 28, párrafo 1).

Sólo en casos excepcionales, por motivos graves de seguridad pública, un ciudadano de la Unión que se ha mantenido en los últimos diez años en el País anfitrión o que sea un menor de edad puede ser objeto de una

decisión de expulsión (art. 28, párrafo 3).

De cualquier manera, no se pueden adoptar medidas de expulsión por razones económicas (art. 27, párrafo 1), por razones formales como la caducidad de los documentos (art. 15, párrafo 2), o por el incumplimiento de obligaciones administrativas⁽³¹⁾, incluso por precedentes penales (art. 27, párrafo 2).

La denegación de entrada o la expulsión debe ser notificada a la persona de tal manera que le permita comprender su significado e implicaciones. La medida deberá ser motivada e incluirá las indicaciones de los remedios procesales y el plazo dentro del cual se puede recurrir. Excepto en casos de emergencia, la fecha límite para abandonar el territorio no podrá ser inferior a un mes desde la fecha de notificación.

En ningún caso, la prohibición de entrada puede ser permanente (vigésimo séptimo «considerando»), tal como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de justicia⁽³²⁾.

La persona expulsada puede presentar una demanda de revisión de las medidas dentro de tres años.

Además, la directiva establece una serie de garantías procesales. En detalle, el interesado tiene acceso a todos los procedimientos judiciales y administrativos necesarios previstos en el país de acogida.

6. El «Espacio Schengen». Cabe destacar que en casi todos los países de la Unión Europea al reconocimiento de la libre circulación de las personas se añade la eliminación de los controles en las fronteras internas comunitarias.

Este es el resultado de un convenio de «cooperación reforzada» (arts. 326 ss. TFUE), llamado «Acuerdo de Schengen» del nombre

⁽²⁸⁾ La noción de «orden público» como otras debe ser establecida en el marco del Derecho comunitario, véase por ejemplo Tribunal de justicia, 4 de diciembre de 1974, 41/74, *Van Duyn*, en *Rec.* 1974, p. 133; *Id.*, 28 de octubre de 1975, 36/75, *Rutili*, en *Rec.* 1975, p. 1219; *Id.*, 18 de mayo de 1982, 115 y 116/81, *Adoui*, en *Rec.* 1982, p. 1665.

⁽²⁹⁾ El art. 29, párrafo 1, de la directiva establece que «Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales».

⁽³⁰⁾ Tribunal de justicia, 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, en *Rec.* 1976, p. 497.

⁽³¹⁾ Como la falta de inscripción en los registros de la población o en un régimen de seguro social, véase Tribunal de justicia, 5 de febrero de 1991, 363/89, *Roux*, en *Rec.* 1991, p. 273.

⁽³²⁾ En la jurisprudencia *Calfa* citada arriba más el Tribunal de Justicia ha considerado improporcionada la decisión de expulsión permanente por parte de Grecia en caso de consumo de drogas, sobre todo por que dicha medida se debe considerar discriminatoria en comparación con las aplicables a los ciudadanos nacionales.

de la ciudad donde se estipuló en el 1985. De una perspectiva intergubernamental, después del Tratado de Ámsterdam de 1999 la cooperación en dicha materia se ha convertido en una competencia comunitaria.

El Acuerdo Schengen establece un espacio en donde, como se ha dicho más arriba, se ha eliminado todo control en las fronteras entrepaíses, sea para los ciudadanos de la Unión, que para los ciudadanos no comunitarios.

Además se introdujeron reglas comunes para los que ingresaran por la fronteras exteriores de la Unión europea, en particular en lo que se refiere a los visados.

El Acuerdo incluye un marco de estricta cooperación y coordinación de las policías, en materia de autoridades jurisdiccionales penales, y la creación de sistemas informativos comunes [Sistema de Información Schengen (SIS)].

Entre los países miembros de la Unión Europea, no forman parte del acuerdo el Reino Unido e Irlanda. Mientras Dinamarca puede desaplicar el Acuerdo por algunos aspectos.

En lo que se refiere a Bulgaria, Chipre y Rumanía, ellos no son aún miembros de pleno derecho del espacio Schengen. Esos países formarán parte del Acuerdo, cuando lo decida el Consejo de la Unión Europea, con respecto a algunas condiciones necesarias para suprimir los controles con los Estados Schengen.

La eficacia del espacio Schengen se ha extendido fuera de la Unión Europea, a los países limítrofes, a través del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (con Islandia, Noruega y Liechtenstein), y a través del Acuerdo sobre la libre circulación de personas con Suiza.

7. Las perspectivas de la libre circulación de las personas: la eliminación de las limitaciones *de facto*. La libre circulación de las personas en el espacio comunitario es uno de los más importantes éxitos de la Unión Europea.

Sin embargo, a pesar de que se haya alcanzado un nivel muy alto en el reconocimiento de este derecho por parte de legislaciones tanto

comunitarias como nacionales, se pueden encontrar limitaciones de hecho o de naturaleza administrativa y burocrática.

El objetivo es el de eliminar incluso este tipo de límites, que son más peligrosos para el sistema comunitario, porque disimulados.

Un ejemplo muy importante de lucha contra esas limitaciones prácticas es el de la libre circulación de los protagonistas del «conocimiento», es decir investigadores, estudiantes, maestros, empresarios⁽³³⁾.

Sin el concreto encuentro de esas personas no se puede construir un verdadero espacio europeo de investigación y de educación [véase art. 165, párrafo 2, y art. 180, d)], Tratado FUE). En este contexto, la libertad de circulación no es sólo un derecho, sino una necesidad.

Hoy en día, el objetivo de las Instituciones es hacer efectiva la «libertad del conocimiento» por medio de la eliminación de los obstáculos burocráticos y administrativos residuales⁽³⁴⁾.

De hecho, muchos documentos de la Comisión solicitan a los Estados Miembros que eliminen las normas y prácticas que *de facto* limitan la movilidad de los investigadores (los sistemas cerrados de reclutamiento, la falta de reconocimiento de la movilidad en las carreras y en el proceso de contratación, modelos de contratos, impuestos y cargos sociales a menudo no aptos para las personas en movilidad)⁽³⁵⁾.

Por lo tanto, la jurisprudencia de la Unión Europea considera ilegales todas aquellas discriminaciones contra los investigadores provenientes de los demás Estados Miembros⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Véase también la voz «Libre circulación del conocimiento», por K.A. Aduamo, en este Diccionario Analítico.

⁽³⁴⁾ Sobre todo véase el Consejo europeo de primavera de 2002, y en particular el párrafo 33 de las Conclusiones de la Presidencia.

⁽³⁵⁾ Por ejemplo véase la comunicación de la Comisión, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», cit.

⁽³⁶⁾ Tribunal de justicia del 17 de julio de 2008, C-94/07, *Raccanelli*, en *Rec.* 2008, p. I-5939 (que se refiere al sistema social que se aplica a los doctorandos); *Id.*, 30 de noviembre de 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, en *Rec.* 2000, p. I-10497; *Id.*, 26 de junio de 2001, C-212/99, *Comi-*

Investigación, educación y formación, anteriormente concebidos sólo como la expresión de la «identidad nacional», ahora tienen que ser considerados en una dimensión europea. El «interés nacional» no debe ser la razón para establecer una excepción a las libertades otorgadas por los Tratados de la Unión⁽³⁷⁾. Por ejemplo, no se permite invocar a esos intereses para reservar un trabajo en un organismo público de investigación a los ciudadanos de un Estado miembro⁽³⁸⁾.

Además, los programas de la Unión Europea apoyan a las personas jurídicas que adoptan reglamentos, contratos y otros instrumentos con el fin de mejorar la circulación de las per-

sonas involucradas en actividades de investigación y educación. De esta manera, los participantes del Séptimo Programa Marco están obligados a cumplir con la Carta Europea del Investigador y con el Código de Conducta para la Contratación de Investigadores, que están adjuntos en la Recomendación de la Comisión del 11 de marzo de 2005.

La apertura también significa convertir la investigación y la educación europea en un atractivo para los no europeos. Además para alcanzar una mejor apertura del espacio científico y educativo europeo, las instituciones adoptaron una Directiva que se refiere a un procedimiento específico de admisión en la UE de investigadores que sean ciudadanos de terceros países (directiva 2005/71/CE del Consejo, del 12 de octubre de 2005). Esa directiva obliga a los Estados miembros a adoptar la legislación nacional sobre la inmigración de manera conforme a dicha apertura.

Roberto Cippitani

sión v. Italia, en Rec. 2001, p. I-4923; Id., 2 de agosto de 1993, casos C-259/91, C-331/91 y C-332/91, *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan et al. v. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma*, en Rec. 1993, p. I-04309.

⁽³⁷⁾ Véase como ejemplo: Tribunal de justicia, 2 de julio de 1996, C-473/93, *Comisión v. Luxemburg*, en Rec. 1996, p. I-3207; Id., de 2 de julio de 1996, C-290/94, *Comisión v. Grecia*, en Rec. 1996, p. I-3285.

⁽³⁸⁾ Véase Tribunal de justicia, 16 de junio de 1987, 225/85, *Comisión v. Italia*, en Rec. 1987, p. 2625.

Libre circulación del conocimiento

Bibliografía: ADELMAN, *The Bologna Club: What U.S. Higher Education Can Learn from a Decade of European Reconstruction*, Institute for Higher Education Policy, Washington D.C., 2008; ADELMAN, *The Bologna Process for U.S. Eyes: Re-learning Higher Education in the Age of Convergence*, Institute for Higher Education Policy, Washington, D.C., 2009; ADUNIMO, *The European Research Area (ERA): science, knowledge, research and innovation, towards Europe 2020*, en CIPPITANI (coord.), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, pp. 475-505; ALLAIS, *Why the South African NQF Failed: lessons for countries wanting to introduce national qualifications framework*, en *European Journal of Education*, 2007,

42(4), pp. 523-547; BRUNNER, *The Bologna Process From a Latin American Perspective*, en *Journal of Studies in International Education*, 2009; CIPPITANI, *El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento*, en CIPPITANI (coord.), *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, Perugia-Roma, 2012; CIPPITANI, GATT, *Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration*, en *Higher Education in Europe*, 2009, pp. 385-397; GUZZETTI, *A Brief History of European Union Research Policy*, European Commission, Bruxelles, 1995; KEELING, *The Bologna Process and the Lisbon Research Agenda: the European Commission's expanding role*

in higher education discourse, en *European Journal of Education*, 2006; WÄCHTER, *Asia-Europe cooperation in higher education: state of play and challenges*, en *Asia Europe Journal*, 2006, 4(3), pp. 317-321.

1. Los derechos fundamentales de la UE y la quinta libertad. El 7 de Diciembre de 2000, a la reunión del Consejo Europeo en Niza, los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta, como resultado de un largo proceso de debates y consultaciones, establece los derechos fundamentales que forman la Unión Europea abriendo el camino al establecimiento en la mentalidad Europea de una noción, entre otras, que llevará a la creación del Espacio Europeo de Investigación: el concepto de la libertad del conocimiento y el derecho a su libre circulación y también el derecho individual a la movilidad y la libertad de movimiento, educación, formación y empleo dentro de la Unión para aquellos que producen dicho conocimiento.

La Carta abarca en un sólo texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, la entera gama de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y de todas las personas residentes en la UE. Dividida en seis secciones - Dignidad, Libertad, Igualdades, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia - se fundamenta, en particular, sobre los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Convención Europea de Derechos Humanos, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la Carta Social del Consejo de Europa, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y otros tratados de los cuales la Unión Europea y sus Estados Miembros son parte.

En su preámbulo, la Carta enfatiza que «La Unión trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento».

Subraya también la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

Particularmente relevante es el Capítulo II, especialmente cuando se analiza el art. 13, *Libertad de las artes y de las ciencias* («Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra»), el art. 14, *Derecho a la educación* («Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente») y por último el art. 15, *Libertad profesional y derecho a trabajar* («Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro»).

Interpretando y enlazando los conceptos expresos en la Carta, se puede suponer que la Unión Europea es un lugar donde no solo los bienes, las personas, los capitales y los servicios pueden moverse libremente dentro de sus fronteras por razones económicas y de negocios, pero también todos los elementos relacionados con el logro de dicha libertad y las expectativas relacionadas, pueden beneficiarse de este derecho.

Más específicamente, se puede asumir/suponer que las personas que se mueven libremente dentro de la Unión llevarán con ellas no solo bienes materiales pero también bienes intangibles como el conocimiento⁽¹⁾.

El conocimiento y su intercambio son antes que nada los productos principales del proceso de investigación científica⁽²⁾ que se reconoce como libre (art. 13). Los ciudadanos europeos que tienen la libertad de moverse dentro de la Unión, entonces tienen también derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente (art. 14) y tienen la libertad de establecerse y de trabajar en cualquier Estado miembro (art 15). Todos estos derechos y libertades, conectados entre ellos, conducen hacia un concepto más am-

⁽¹⁾ Véase la voz «Sociedad del conocimiento», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

⁽²⁾ Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, art. 2, b): «investigación»: trabajo de creación realizado de manera sistemática con el fin de aumentar el conjunto de los conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, de la cultura y de la sociedad, así como la utilización de dicho conjunto de conocimientos para nuevas aplicaciones.

plio específicamente aplicado al campo de la investigación: la ciencia y la investigación son un estímulo a la innovación y al crecimiento económico de la Unión (Libro Blanco sobre el Crecimiento del 1995; Europa 2020 Unión para la Innovación); científicos, investigadores, estudiantes y profesores tienen la libertad de conducir sus actividades o capacitarse, o mejorar sus carreras en toda Europa y pueden llevar e intercambiar conocimiento que será de la misma manera virtualmente libre de circular dentro de las fronteras de la Unión misma.

Este concepto, construyendo sobre las necesidades y las perspectivas ya delineadas en 1993 a través del Libro Blanco sobre «Crecimiento, Competitividad, Empleo» alimentarán el establecimiento del Espacio Europeo de Investigación (EEI)⁽³⁾ siguiendo el camino seleccionado por la estrategia de Lisboa y fortaleciendo los derechos acordados en la Carta, alentando de esta manera el desarrollo de iniciativas como el proceso de Bolonia (para los Sistemas de Educación superior) y la estrategia Europa 2020 (para la Investigación y el Desarrollo), todas convergentes hacia un objetivo común: apoyar el crecimiento, la competitividad y la innovación.

El concepto de libre circulación del conocimiento se reafirmó en 2008, a través de las Conclusiones del Consejo de 13-14 de marzo que afirmaban la necesidad de crear una «quinta libertad» para remover las barreras a dicho libre movimiento así mejorando las condiciones para reforzar una economía verdaderamente moderna y competitiva⁽⁴⁾ apo-

⁽³⁾ ERA («European Research Area») en sus siglas en inglés.

⁽⁴⁾ Conclusiones del Consejo 13-14 de marzo de 2008 (7652/1/08 REV 1): Para que su economía llegue a ser verdaderamente moderna y competitiva, y apoyándose en los trabajos ya realizados sobre el futuro de la ciencia y la tecnología y sobre la modernización de las universidades, los Estados miembros y la UE deben eliminar los obstáculos a la libre circulación del conocimiento mediante la creación de una «quinta libertad» basada en: la potenciación de la movilidad transfronteriza de los investigadores así como de los estudiantes, los científicos y el personal docente universitario; el incremento de la apertura y de la competitividad del mercado laboral para los investigadores europeos, estableciendo mejores estructuras de carre-

yando elementos como, entre otros, la movilidad transfronteriza de los investigadores, de los estudiantes, los científicos y el personal docente universitario y fomentando el acceso abierto al conocimiento y la innovación abierta.

2. Hacia una sociedad basada en el conocimiento. En una sociedad donde el crecimiento y la competitividad son imperativos para el desarrollo y la sustentabilidad de Europa, los legisladores europeos tienen la necesidad de re-definir sus estrategias mirando a los *objetivos sociales (empleo como factor de integración social, igualdad, oportunidad)* y los requerimientos de la economía (competitividad y creación de empleo).⁽⁵⁾ Es en este contexto que el concepto de sociedad basada en el conocimiento y libre circulación del conocimiento se convirtieron en un elemento clave para la implementación de la estrategia de la Unión para el edesarrollo económico.⁽⁶⁾

Por la primera vez, en el «Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad, Empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI»⁽⁷⁾, se reconoció que la libre circulación del conocien-

ra, transparencia y compatibilidad con la vida familiar; la prosecución de la aplicación de las reformas de la educación superior; la facilitación y el fomento de la utilización óptima de la propiedad intelectual generada en organismos públicos de investigación, de forma que se incremente la transferencia de conocimiento al sector industrial, en particular, mediante una «Carta de la Propiedad Intelectual» que se deberá adoptar antes de que concluya el año; el fomento del acceso abierto al conocimiento y la innovación abierta; la promoción de la excelencia científica; la puesta en marcha de una nueva generación de centros de investigación de categoría mundial; promover el reconocimiento mutuo de cualificaciones. Disponible a <http://www.consilium.europa.eu/>.

⁽⁵⁾ Preamble al Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», COM (93) 700, 5 de diciembre de 1993.

⁽⁶⁾ Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo»: *Por eso queremos, en primer lugar, perseverar en la construcción de una Europa unida que multiplicará nuestras fuerzas, gracias a la cooperación y a los beneficios de un gran espacio sin fronteras de ningún tipo.*

⁽⁷⁾ COM (93) 700, 5 de diciembre de 1993, Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI».

to y la progresiva inmaterialización de la economía representan ventajas competitivas que Europa tiene que explotar⁽⁸⁾. Considerando que «la riqueza de las naciones se basa cada vez más en la creación y la explotación de los conocimientos, (...) la calidad de la educación y la formación, (...) la intensidad de los esfuerzos en investigación y desarrollo y de su explotación industrial se transforman en elementos clave para mejorar la competitividad promoviendo el fomento de la inversión inmaterial que deberá convertirse en una prioridad en el marco de una política general de apoyo a la inversión. La formación, la investigación y, de forma más general, todo lo relacionado con el conocimiento, deberán tratarse como verdaderas inversiones»⁽⁹⁾.

Asumiendo así la importancia del conocimiento y la necesidad de su circulación, resulta necesario tomar en consideración diferentes variables como: La *circulación* del conocimiento entre y con las personas (intercambio de conocimiento); El *intercambio* de conocimiento entre países, dentro de la Unión y más allá (dimensión internacional); La *transferencia* de conocimiento entre sectores - ciencia/industria; público/privado (fertilización entre sectores); El *libre* movimiento de las personas mismas - sean ellos científicos o investigadores, estudiantes, profesores, académicos (movilidad).

Todos estos elementos, que tendrán un despliegue completo en el diseño de políticas de los 20 años siguientes, se delinearon por primera vez en el Libro Blanco de 1993.

La investigación y el desarrollo tecnológico, se consideran productores esenciales de conocimiento, que pueden contribuir a reanimar el crecimiento, reforzar la competitividad e impulsar el empleo en la Unión⁽¹⁰⁾. Había que permitir una mejor explotación de los

resultados de la investigación, y por esto se consideró esencial la creación a nivel nacional y europeo de mecanismos operativos de transferencia de tecnología desde los laboratorios universitarios hacia las empresas, entre las propias empresas⁽¹¹⁾. Se aconsejaba por primera vez la creación de un foro de concertación y de intercambio en el que participaran los distintos organismos y centros europeos de investigación y de igual manera mirar hacia nuevos mercados geográficos y nuevas necesidades sociales.

Un papel igualmente determinante «para el relanzamiento del crecimiento, la restauración de la competitividad y el restablecimiento de un nivel de empleo socialmente aceptable en la Comunidad transformación se asignan a la educación y la formación que se consideran como catalizadores de una sociedad en entre»⁽¹²⁾. De hecho se propuso concentrar su acción en el aumento de la cooperación los Estados miembros y en el mantenimiento de las estrategias nacionales para mejorar los resultados y la calidad de la formación, en la creación de un espacio de educación abierto mediante un reconocimiento más amplio de las cualificaciones y mediante la continuación de los programas comunitarios encaminados a otorgar una dimensión europea a la formación⁽¹³⁾.

(11) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo», capítulo 4, *Investigación y Desarrollo Tecnológico*, párrafo 4.3, punto a) i, p. 94, 5 de diciembre de 1993.

(12) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo», capítulo 7, *Adaptación de los sistemas de educación y de formación profesional*, párrafo 7.1, p. 127.

(13) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo», capítulo 7, *Adaptación de los sistemas de educación y de formación profesional*, párrafo 7.4, punto ii: Como continuación de los programas y las disposiciones reglamentarias adoptadas hasta la fecha, y en el contexto de la aplicación de las orientaciones para los futuros programas en materia de educación y de formación, el primer objetivo debería ser desarrollar aún más la dimensión europea de la educación: elevar la calidad de la formación y promover la innovación educativa mediante la multiplicación de los intercambios de experiencias y de informaciones sobre las buenas prácticas y el desarrollo de proyectos conjuntos, crear un auténtico espacio y un mercado europeo de las cualificaciones y de la formación me-

(8) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo»: capítulo II, *Competitividad*, párrafo 2.3, punto iv (b), 5 de diciembre de 1993.

(9) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo»: capítulo II, *Competitividad, Conclusiones*, p. 72, punto iii, 5 de diciembre de 1993.

(10) Libro Blanco «Crecimiento, competitividad, empleo», capítulo 4, *Investigación y Desarrollo Tecnológico*, p. 93, 5 de diciembre de 1993.

Un impetus al papel del conocimiento y a la necesidad de su libre circulación y a esa de los investigadores, se dió en Marzo de 2000 con las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa que claramente establece el objetivo estratégico de la Unión para la próxima década: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social⁽¹⁴⁾.

Esto significa no solamente invertir en conocimiento, pero también invertir en las personas y proveer un ambiente que permita el logro del objetivo declarado: una zona Europea de Investigación e Innovación «para desarrollar mecanismos adecuados para la creación de redes de programas nacionales y conjuntos de investigación (...), que ponga en contacto las instituciones de investigación y las universidades, así como las bibliotecas científicas, los centros científicos y, progresivamente, las escuelas (...), hacer lo necesario para suprimir los obstáculos a la movilidad de los investigadores en Europa para 2002, y atraer y conservar los talentos investigadores de alta calidad en Europa (...)».

Las conclusiones del Consejo renfuerzan las diferentes dimensiones relacionadas a la libre circulación del conocimiento y de las personas: la *circulación* del conocimiento entre y con las personas y el libre movimiento de las personas mismas se declara otra vez subrayando el rol de las personas como el *principal*

dante la mejora de la transparencia y el desarrollo del reconocimiento mutuo de las cualificaciones y de las competencias: promover la movilidad de los profesores, de los estudiantes y de las personas en formación a escala europea, la movilidad física y la movilidad «virtual» que permiten las nuevas tecnologías de comunicación; desarrollar bancos de datos y bases comunes de conocimiento sobre las necesidades en materia de cualificaciones, realizar investigaciones comparadas sobre las metodologías y las políticas adoptadas y mejorar la interoperabilidad de los sistemas de enseñanza a distancia y la normalización de los nuevos instrumentos descentralizados de formación multimedia, etc.

⁽¹⁴⁾ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo, 23-24 de marzo de 2000, capítulo I, *Empleo, reforma económica y cohesión social*.

activo de Europa y el centro de las políticas de la Unión.

El *intercambio* de conocimiento entre países, dentro de la Unión y más allá y la *transferencia* de conocimiento entre sectores (ciencia/industria, público/privado) es reforzada considerando la educación y la formación como los instrumentos para vivir y trabajar en la sociedad europea del conocimiento⁽¹⁵⁾.

3. Desarrollo desde una sociedad del conocimiento a un Espacio Europeo de Investigación. Considerando el proceso de integración europeo desde una nueva pers-

⁽¹⁵⁾ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo, 23-24 de marzo de 2000: 26. El Consejo Europeo insta en consecuencia a los Estados miembros, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales, al Consejo y a la Comisión a que adopten las medidas necesarias en sus respectivos ámbitos de competencia para alcanzar los siguientes objetivos: un aumento anual considerable de la inversión per cápita en recursos humanos; el número de personas de 18 a 24 años con una educación secundaria básica que no reciben una enseñanza o formación posteriores debería reducirse a la mitad a más tardar en 2010; las escuelas y centros de formación, todos ellos conectados a Internet, deberían convertirse en centros locales de aprendizaje polivalentes accesibles a todos y utilizar los métodos más apropiados para dirigirse a una gama amplia de grupos destinatarios; deberían establecerse, para su beneficio mutuo, asociaciones de aprendizaje entre escuelas, centros de formación, empresas y centros de investigación; un marco europeo debería definir las nuevas cualificaciones básicas que deben proporcionarse a través de la formación continua: cualificaciones en materia de TI, idiomas extranjeros, cultura tecnológica, espíritu empresarial y competencias sociales; debería establecerse un diploma europeo de cualificaciones básicas de TI, con procedimientos descentralizados de certificación, para promover la instrucción informática en la Unión; establecer, antes de finales de 2000, los medios para estimular la movilidad de estudiantes, profesores y personal de formación e investigación, tanto mediante un mejor uso de los programas comunitarios existentes (Sócrates, Leonardo, Juventud) como mediante la supresión de obstáculos y una mayor transparencia en el reconocimiento de los títulos y períodos de estudio y formación; adoptar las medidas necesarias para eliminar las barreras para la movilidad de los profesores antes de 2002 y atraer así profesores con altas cualificaciones; debería establecerse un modelo europeo común de curriculum vitae, de utilización voluntaria, para contribuir a la movilidad ayudando a la evaluación del conocimiento adquirido, tanto por parte de los centros de educación y formación como por parte de los empresarios.

pectiva, es evidente el enfoque en la necesidad de una libre circulación del conocimiento y antes que nada de sus productores. Esta necesidad se sitúa al centro del concepto mismo de la creación de un Espacio Europeo de Investigación (art. 179, párrafo 1, TFUE): «un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulan libremente, y se favorece el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como se fomentan las acciones de investigación que se consideren necesarias»⁽¹⁶⁾. Además, como ya anticipado en el Libro Blanco de 1993, la educación y la formación también juegan un papel determinante para el logro de la Estrategia Europea para el crecimiento⁽¹⁷⁾ e igualmente la movilidad de los estudiantes, profesores y profesionales en general (art. 166 y 167 del TFEU)⁽¹⁸⁾.

La investigación como instrumento principal para producir conocimiento, es transferida y procesada a través de la innovación naturalmente conduciendo al crecimiento económico y social. Aunque la educación es el vehículo principal para difundir el conocimiento haciendo de esta manera inextricable el lazo con la investigación y la movilidad. La libre circulación del conocimiento enfatiza el reforzamiento de la cooperación entre los productores de conocimiento que no son solo académicos, científicos e investigadores, pero también empresas, profesionales, administradores, grupos de interés públicos y privados, estudiantes, directores y gerentes de programa, sin obstáculos legales a su colaboración (art. 165, párrafo 2, art. 180, punto d), art. 179, párrafo 2, TFEU).

La movilidad se reafirma como una necesidad como se había concebido décadas antes (1974) por el Comisionado europeo Ralf

Dahrendorf, que introdujo en su Programa de Acción la idea que un «Solo Espacio» se originaría de la cooperación entre los Estados Miembros a través de acciones a diferentes niveles: *la movilidad de los investigadores*, acciones coordinadas y programas de cooperación; identificación de laboratorios para desarrollar investigación común a nivel europeo y la explotación común de las infraestructuras de investigación existentes; *la creación de redes entre los investigadores*; la cooperación con terceros países y la creación de la Fundación Europea de la Ciencia⁽¹⁹⁾.

Como confirmación adicional de este estrecho enlace, la libre circulación es también el mecanismo fundamental para el funcionamiento del «triángulo del conocimiento»⁽²⁰⁾ que incluye la investigación, la educación y la innovación.

El desarrollo del marco del Espacio Europeo de Investigación (EEI) tenía como objetivo sacar de áreas de desarrollo potencial todavía no explotadas, como por ejemplo la circulación del conocimiento transectorial y transfronteriza.

Como confirmación, entre los puntos incluidos en la política de gobernanza del EEI, se encuentra la movilidad de los investigadores entre países y sectores, así como la operación transfronteriza entre organizaciones de investigación performantes, agencias de financiación y fundaciones, así como la coherencia entre las estrategias nacionales y de la UE y acciones de cooperación internacional en ciencia y tecnología⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Vid. también GUZZETTI, *A Brief History of European Union Research Policy*, European Commission, Bruxelles, 1995.

⁽²⁰⁾ Sobre los enlaces entre conocimiento, educación, investigación dentro del Espacio Europeo de Investigación vid. CIPPITANI, GATTI, *Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration*, en *Higher Education in Europe*, 2009, pp. 385-397; vid. también KEELING, *The Bologna Process and the Lisbon Research Agenda: the European Commission's expanding role in higher education discourse*, en *European Journal of Education*, May 2006. Vid. también la Comunicación de la Comisión Europea: Construcción del Espacio Europeo de la Investigación al servicio del crecimiento, 2007-2013. COM (2005) 118 final.

⁽²¹⁾ Acabar con las barreras a la investigación: consul-

⁽¹⁶⁾ Libro verde de la Comisión Europea, 4 de abril de 2007 - El Espacio europeo de investigación: nuevas perspectivas [COM (2007) 0161].

⁽¹⁷⁾ Libro verde de La dimensión Europea de la Educación. COM (93) 457 final, 29 de septiembre de 1993.

⁽¹⁸⁾ Vid. CIPPITANI, *El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento*, en CIPPITANI (coord.), *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, Perugia-Roma, 2012.

La atención hacia la cooperación transnacional y transfronteriza surge del hecho que la brecha de investigación y innovación en Europa deriva también de, entre otros, insuficiente colaboración, sinergias y falta de coordinación entre sus miembros⁽²²⁾.

Programas específicamente dedicados a la movilidad de los investigadores, al desarrollo de sus carreras, y que fomentan también la colaboración transectorial entre industria y academia y por último que atraen investigadores extranjeros para trabajar en la Unión así suportando la cooperación internacional, se implementaron ampliamente a lo largo de los programas marco financiados por la Comisión Europea (Programa Personas, becas Marie Curie).

No obstante las varias iniciativas a nivel UE y los instrumentos que se implementaron con el objetivo de facilitar las carreras y la movilidad de los investigadores (Carta europea del Investigador, Código de conducta para la contratación de los investigadores en 2005, Asociación Europea para los investigadores en 2008) la movilidad transectorial y transfronteriza de los investigadores todavía resultan difíciles de lograr plenamente.

Trabas administrativas, falta de incentivos adecuados, fragmentación, obstáculos financieros y falta de servicios de soporte adecuados representan aún una barrera para una movilidad apropiada.

Mientras diseñaban la estrategia hacia 2020, los legisladores europeos tuvieron que revalorar el rol y la importancia de un Espacio Europeo de Investigación adecuado/apropiado y operativo.

En las Conclusiones del Consejo de 2008, se reafirmaba la visión hacia un EEI completamente logrado donde, para 2020, todos los actores se beneficiarán de la *quinta libertad*,

ta sobre el Espacio Europeo de Investigación, 13 de septiembre de 2011.

⁽²²⁾ Libro verde El Espacio Europeo de la Investigación: nuevas perspectivas, Bruselas 4 de abril de 2007, COM (2007) 161 final. Vid. también: ADUNMO, *The European Research Area (ERA): science, knowledge, research and innovation, towards Europe 2020*, en CIPPITANI (coord.), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, Perugia-Roma, pp. 475-505.

motor para estimular el intercambio de conocimiento contribuyendo al desarrollo sostenible y a la competitividad de Europa⁽²³⁾.

Además, las libertades y las oportunidades otorgadas por el EEI se confirman como facilitadores para el diálogo, intercambio e interacción abiertos al mundo convirtiendo Europa en un lugar con condiciones de empleo atractivas para los investigadores de todas las regiones del mundo, destacando una vez más la importancia de la movilidad.

Se puede suponer entonces que ejercitando y afirmando un derecho individual de los ciudadanos europeos como el libre conocimiento y la libre circulación y movilidad de los investigadores, resulta también ser un activo fundamental y un estímulo a la innovación para la Unión misma y para su competitividad.

4. El rol de la educación y el camino hacia Europa 2020.

Hablando de derechos individuales como la movilidad y la libre circulación del conocimiento, hay que considerar que para asegurar una mayor competitividad y para invertir en investigación y desarrollo, hay también que prestar atención a la preparación apropiada de los futuros «productores» de conocimiento.

La UE sigue estando rezagada en cuanto a su porcentaje de investigadores en el total de la población activa: 6 %, frente al 9 % de los Estados Unidos y el 11 % de Japón⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Consejo de la Unión Europea; Bruselas 9 de diciembre de 2008 (10.12) (OR.fr) 16767/08 Resultado de los trabajos del Consejo de Competitividad de los días 1 y 2 de diciembre de 2008. Visión para 2020 para el Espacio Europeo de Investigación, Para 2020, todos los actores se beneficiarán plenamente de la «quinta libertad» en todo el EEI: libre circulación de investigadores, de conocimientos y de tecnología. El EEI aporta condiciones atractivas y una gestión eficaz y eficiente para que puedan llevarse a cabo la investigación y las inversiones en sectores con fuerte dependencia de I+D en Europa. Genera un importante valor añadido al propiciar una sana competencia científica a través de Europa, al tiempo que garantiza el nivel adecuado de cooperación y coordinación. Responde a las necesidades y ambiciones de los ciudadanos y contribuye efectivamente al desarrollo sostenible y a la competitividad de Europa.

⁽²⁴⁾ Véase la Comunicación de la Comisión «More study in the mobility patterns and career paths of EU researchers» (EC, 2010).

Una sociedad basada en el conocimiento necesita ser capaz de contar con un número consistente de profesionales con una justa mezcla de competencias y experiencias, al día con las necesidades del mercado y las tendencias de la sociedad y capaz de contribuir productivamente y trabajar para la industria del futuro.

Por eso la educación, y en particular la educación superior, es un elemento crucial del triángulo del conocimiento y se considera como central al cumplimiento de la estrategia Europa 2020 para lograr un *crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

Una vez más, el concepto de libre circulación del conocimiento y en particular de *transferencia de conocimiento* y de *cooperación transectorial*, se considera como un instrumento clave para redibujar el sistema de educación superior y para modernizar no solamente la producción de conocimiento pero también la formación de los futuros investigadores.

Esta consideración en mente, la idea de crear un espacio común de intercambio y libre movimiento tomó forma en 1999 en la Declaración de Bolonia donde se fijó el objetivo de establecer un *Espacio Europeo de Educación Superior* (EEES) y de promover el sistema europeo de educación superior.

Por lo tanto un espacio virtual de comunicación, intercambio, práctica y para compartir conocimiento se consideraba necesario no solo para la investigación (el EEI), pero también para el ambiente que educa, forma y fortalece los científicos que darán forma al EEI mismo.

Esta Declaración llevó el discurso sobre la educación superior a un nivel diferente que en el pasado, creando de esta manera un espacio virtual como el EEES y moviéndose de políticas exclusivamente nacionales (en algunos casos con influencias internacionales) hacia una mayor coordinación entre políticas nacionales y europeas⁽²⁵⁾.

La movilidad se consideró de nuevo como

un elemento central en el diseño del proceso de Bolonia, incluyendo no solamente los estudiantes, pero también los docentes, los investigadores y el personal académico, haciendo Europa más atractiva también para los actores externos.

Los países que adhirieron al proceso de Bolonia emprendieron entonces una amplia serie de acciones e iniciativas con el fin de implementar conjuntamente los objetivos fijados en la Declaración (reforma de los grados académicos, introducción de la garantía de calidad, reconocimiento internacional de los títulos, ampliar el acceso e incrementar la participación a la educación superior, movilidad dentro del EEES y hacia el resto del mundo). Según un ejercicio de evaluación llevado a cabo después de la primera década del proceso de Bolonia por un grupo de expertos, se mostraron algunos buenos resultados en particular en términos de aumento de la movilidad. El número de estudiantes extranjeros entrando el EEES entre 1999 y 2007 aumentó globalmente de 1.9 millones a 3.0 millones representando casi el 60% del total⁽²⁶⁾.

Esto confirma un aumento en el atractivo del EEES como destinación de estudios - también si habría que hacer referencia a un grupo de países en vez que a todo el sistema.

Resultados menos satisfactorios derivan del análisis de la movilidad interna que parece indicar una brecha creciente entre el este y el oeste, siendo los países de la Europa Occidental los mayores destinatarios de estudiantes extranjeros del EEES.

Uno de los mayores objetivos estratégicos de la Declaración de Bolonia era lograr la dimensión global: «incrementar la competitividad del sistema Europeo de educación superior (...) asegurando que el sistema de educación superior Europeo adquiera un grado de atracción mundial».

Este objetivo se apoyó también con la adopción del documento estratégico «Espacio Europeo de Educación Superior a escala

⁽²⁵⁾ The Bologna process independent Assessment. The first decade of working on the European Higher Education Area, 2008.

⁽²⁶⁾ The Bologna process independent Assessment. The first decade of working on the European Higher Education Area, 2008. Table 7-1, Developments in diploma mobility in the EHEA (1999-2007), pp. 67-68.

mundial» aprobado en Londres en 2007. La dimensión global empezó a emerger en 2005 y despegó en 2007 en un espíritu de competitividad y cooperación que, gracias al efecto acumulativo y amplificador de las políticas nacionales de cumplir con los requisitos del proceso de Bolonia, inspiraron debates similares en todo el mundo, desencadenando la creación de foros globales de políticas inspirados al proceso de Bolonia en EEUU, China, América Latina, Asia y en el Pacífico⁽²⁷⁾.

Invertir en las personas, en su educación y en la modernización de este sistema se reafirmó como un factor crucial en las Conclusiones del Consejo de Marzo de 2007 donde los ministros pidieron un reforzamiento del rol del elemento de educación en el triángulo del conocimiento.

Haciendo una evaluación de las experiencias pasadas y actuales y mirando hacia el futuro, es evidente que la sociedad basada en el conocimiento imaginada/concebida para Europa tiene que tenerse al día con el ambiente cambiante, los retos sociales y los escenarios altamente competitivos con los cuales la Unión se tiene y se tendrá que en-

frentar. La sociedad basada en el conocimiento, siendo entonces un espacio libre para la movilidad virtual y física y para el intercambio de conocimiento para la investigación y para el sistema de educación superior, necesita fuertemente incorporar la dimensión de innovación por sí misma.

Aún, en el esfuerzo de diseñar una estrategia de largo plazo, le UE una vez más reconoció la importancia de la circulación del conocimiento (considerando todas las dimensiones descritas hasta ahora) y el libre movimiento de las personas dentro de sus fronteras y más allá, así definiendo Iniciativas Emblemáticas específicamente con el propósito de reforzar estas acciones hacia 2020.

En la Estrategia Europa 2020⁽²⁸⁾, la Comisión Europea imaginaba un fuerte compromiso para la investigación y la innovación y para la educación dedicando 2 de las (así llamadas) Iniciativas Emblemáticas a enfrentar estos objetivos: 1) «Unión por la innovación», con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo. 2) «Juventud en movimiento», para mejorar los resultados de los sistemas educativos y facilitar la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo⁽²⁹⁾.

A finales de 2011 la Dirección General de Educación y Cultura publicó la Comunicación «Apoyar el crecimiento y el empleo - una agenda para la modernización de los sistemas de educación superior en Europa»⁽³⁰⁾

⁽²⁷⁾ AACRAO (2007), *The Impact of Bologna and Three-year Degrees on U.S. Admissions*, Washington, D.C.: American Association of Collegiate Registrars and Admissions Officers; ADAM, *Learning Outcomes Current Developments in Europe: Update on the Issues and Applications of Learning Outcomes Associated with the Bologna Process*, Edinburgh: Scottish Government. Presented to the Bologna Seminar: Learning outcomes based higher education: the Scottish Experience (February 2008, Edinburgh); ADELMAN, *The Bologna Club: What U.S. Higher Education Can Learn from a Decade of European Reconstruction*, Institute for Higher Education Policy, Washington, D.C., 2008; ADELMAN, *The Bologna Process for U.S. Eyes: Re-learning Higher Education in the Age of Convergence*, Institute for Higher Education Policy, Washington, D.C., 2009; ALLAIS, *Why the South African NQF Failed: lessons for countries wanting to introduce national qualifications framework*, en *European Journal of Education*, 2007, 42(4), 523-547; BRUNNER, *The Bologna Process From a Latin American Perspective*, en *Journal of Studies in International Education*, 2009; IIE (2009), *Three-year Bologna-compliant Degrees: Responses from U.S. Graduate schools. Briefing overview*. s.l. [Washington, D.C.]: Institute of International Education; WÄCHTER, *Asia-Europe cooperation in higher education: state of play and challenges*, en *Asia Europe Journal*, 2006, 4(3), pp. 317-321.

⁽²⁸⁾ Brussels, 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020 Comunicación de la Comisión - Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

⁽²⁹⁾ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Juventud en Movimiento Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea», COM (2010) 477 final, 15 de septiembre de 2010.

⁽³⁰⁾ Final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Apoyar el crecimiento y el empleo - una agenda para la mo-

capitalizando los pasos y los logros hechos hasta ese momento en el proceso de Bolonia y reubicando el rol de la educación dentro de la Estrategia Europa 2020 declarando así una atención renovada y reforzada a nivel UE hacia la importancia de un Espacio Europeo de Educación Superior competitivo y dinámico. La comunicación confirma una vez más que entre los elementos necesarios como factores para reforzar el triángulo del conocimiento están: a) la movilidad internacional de los estudiantes, los investigadores y el personal, así como b) la creciente internacionalización de la educación superior y c) la fertilización transectorial y la transferencia de conocimiento en línea con los requerimientos de las PYMES y de la industria (ej. la formación de doctorado innovadora vinculando la academia con la industria).

Sin embargo, como ya mencionado anteriormente, para alcanzar estos objetivos, las instituciones tendrían que eliminar algunas de las barreras existentes, especialmente a la movilidad, que ponen en peligro el pleno lo-

ternización de los sistemas de educación superior en Europa», COM (2011) 567.

gro del EEI y del EEES como el difícil acceso al empleo o condiciones de empleo inestables, trabas administrativas, jubilaciones y sistemas de seguridad social desiguales, bajos incentivos a la colaboración y cooperación con los esfuerzos empresariales, la cooperación multidisciplinaria y entre organizaciones. Superar estos obstáculos aumentaría lo atractivo de Europa para los actores internacionales así estimulando la dimensión internacional y el intercambio que es importante para asegurar el dinamismo y la competitividad europea. Considerando todas las nociones descritas arriba, se puede concluir que el desarrollo y la complementariedad de acciones perseguidas para el EEI y el EEES son esenciales para el logro de los objetivos de Europa 2020 y principalmente complementan y alimentan entre sí considerando todos los elementos que estimulan el triángulo del conocimiento: las personas (a los diferentes niveles de educación, formación y carrera), infraestructuras, políticas y circulación del conocimiento - todos ellos siendo claramente columnas de sustentación de la quinta libertad.

Keji Alex Adunmo

Medio ambiente

Bibliografía: ANDREU, ARASA, *Desarrollo económico. Teoría y política*, 1999; AGUILAR, *Megaurbanización en la región centro de México*, en *El mercado de valores*, n. 3, marzo, año LX, Nacional Financiera, México, 2000, pp. 77-86; BOFF, *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Madrid, 2001; ESMAN, *Management Dimensions of Development: Perspectives and Strategies*, West Hartford, 1991; FRIEDMAN, RAMONET, *La globalización a debate*, en *Le monde diplomatique en español*; GIDDENS, *La tercera vía*, Madrid, 1999; HAYEK, *La fatal arrogancia*, Madrid, 1990; KÜNG, *Una ética mundial para la economía y*

la política, Fondo de Cultura Económica, México, 1997; LEFF, *Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, Siglo XXI - Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, México, 1998; LÓPEZ-CALVA, VÉLEZ GRAJALES, *El concepto de desarrollo humano, su importancia y aplicación en México*, PNUD, 2003; ROMERO MORETT, *Global Human Resource Demand* en *Expresión Económica*.

1. Introducción. El medio ambiente es el conjunto de recursos naturales que se encuentran en un cuerpo celeste y que hacen

posible la vida; esto es la tierra, la flora, la fauna, la atmósfera, las aguas y los suelos. Al implicarse en él elementos vitales su utilización se rige por la racionalidad, así como por el interés activo por parte de los seres humanos, individualmente y a través de los poderes públicos, en la defensa y restauración - en los márgenes del hombre - de sus posibles desequilibrios, con la finalidad de mantener, proteger y mejorar la calidad de vida y el desarrollo de las personas.

Desde que el género *homo* apareció en la Tierra hace 2.5 millones de años el ser humano ha vivido ligado a la naturaleza. Como parte de su evolución ha afrontado la aparición de circunstancias que renuevan constantemente su interacción con el medio ambiente y su mundo. Así, al lado de su conciencia cultural apareció la técnica, que le proporcionó, a través del desarrollo histórico de la ciencia, herramientas nuevas para afrontar y mejorar su vida. También surgió, en tiempos modernos, globalmente, una renovada conciencia ecológica, llamada a conducir a nuestra especie a través de un desarrollo sostenible y sustentable.

Partiendo de su dignidad humana el hombre encuentra que todo sistema social está construido sobre presupuestos éticos incorporados a su naturaleza y desarrollados en el contexto del proceso de asimilación-adaptación-transformación del medio ambiente⁽¹⁾.

El hombre hoy se encuentra de frente a la globalización, la cual involucra un conjunto de prácticas e instituciones económicas, políticas, culturales y ambientales que proporcionan al mundo un marco de acción de dos fuerzas dinámicas que pueden resultar contradictorias: integración y destrucción. Así, al lado de sus aspectos positivos se han producido consecuencias desafortunadas. Ha sido el caso del medio ambiente, por ello uno de los paradigmas que componen el análisis de la globalización lleva a la ecología y su posición ante el crecimiento y el desarrollo

económico, su sustentabilidad y su sostenibilidad.

Sobre este punto, desde la perspectiva económica e incluso jurídica y política -en torno a la rectoría del Estado en esta tarea -, cabe tener en cuenta que los recursos naturales, al ser el primer eslabón de la cadena productiva, exigen un uso racional, por lo que, frente al crecimiento de la demanda de ellos, proporcional a las demandas de producción, se requieren replantear los escenarios que garanticen su disfrute y, sobre todo, reivindicuen la dignidad humana a través de su conservación.

Ello lleva a la necesidad, en los fenómenos de la globalización - subrayándose entre otros el de la integración regional - de forjar una ética personal y social global para aprovechar racionalmente la naturaleza y no anularla a través de una sobreexplotación. No hay que advertir que hacer lo contrario significa también el minar las posibilidades de crecimiento - en términos económicos - y desarrollo, como generación integral de condiciones y oportunidades de bienestar general. Podría discutirse con amplitud la necesidad de generar una nueva ética en torno al medio ambiente, por ejemplo a partir de la ética de la responsabilidad o del cuidado que tiene presente las consecuencias de nuestras acciones en miras a proteger el futuro, o inclusive aprovechar los principios éticos ya existentes. De una u otra forma, la situación lleva a conformar una ética ecológica global. Hay un coloquio interesante en el hecho de que las necesidades y los deseos del ser humano llevan consigo el conflicto ético de si es posible establecer un límite básico en las necesidades y deseos para cada individuo, a partir de parámetros de racionalidad ecológica, considerando en ello los costos ambientales implicados. El problema está, entre otros, en determinar qué parámetros son necesarios para fijar el límite de necesidades mínimas, especialmente ante deseos infinitos.

Ante ello posiblemente más que distinguir entre necesidades y deseos se debe distinguir entre lo básico para vivir dignamente en un entorno de desarrollo económico - lo que

(1) LEFF, *Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, Siglo XXI - Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, México, 1998, p. 72.

se relaciona con el necesario respeto a la naturaleza - e igualdad de acceso a satisfactorios racionales - todo ello garantizado por un orden legal supremo -, lo cual tiene al menos ciertos límites identificables socialmente, así como lo que cada quien debe de allegarse mediante sus propios recursos para satisfacer sus deseos accesorios. Esto no quiere decir que los hombres no tengan derecho a disfrutar, además del mínimo, de todos los bienes de la tierra en un ánimo de dinámico crecimiento, más ello deberá realizarse con elementos racionales, de necesidad y responsabilidad.

En cuanto al concepto de desarrollo sustentable este es el resultado de un conjunto de decisiones y procesos que deben llevarse a cabo por generaciones de seres humanos para su propio bienestar, dentro de condiciones de vida siempre cambiantes ⁽²⁾, dadas por el sistema holístico que conforma el universo, dentro del cual el ser humano es una parte, siendo que el entorno medioambiental requiere además de su sustentabilidad - como capacidad de conservar su capacidad regenerativa -, su sostenibilidad - esto es permanencia en el tiempo -, satisfaciendo las necesidades de las generaciones presentes sin afectar a las futuras. Tómese en cuenta, además, que el desarrollo sostenible implica exigencias de gestión racional de los recursos naturales disponibles, complementando y equilibrando las perspectivas sociales y económicas con la perspectiva ambiental y ecológica.

La expresión de la sustentabilidad ambiental, a diferencia del crecimiento económico que usa como vía de expresión medios monetarios, además del desarrollo económico que plantea índices de calidad de vida como factor de crecimiento humano - siendo el procedimiento más común para medirlo la evolución de la distribución personal de la renta -, ésta se expresará a través de indicadores

ambientales y bajo principios ecológicos ⁽³⁾. El enfoque sustentable no está desligado del crecimiento económico, con todo lo que esto implica en avances tecnológicos, procesos productivos, progreso científico y habilitación del territorio a las necesidades humanas y servicios, ya que él se involucra con el manejo y la conservación de la biodiversidad, su apropiación racional por el hombre y la sociedad, así como la capacidad de sustitución de productos necesarios para la sobrevivencia del ser humano, gracias a las variedades genéticas. Ello supone la asignación adecuada de recursos en una sociedad en evolución, situación que tiene un impacto en términos económicos llamados a garantizar la sostenibilidad de su crecimiento, su desarrollo, así como su sustentabilidad.

El desarrollo sustentable, no obstante, está sujeto a condicionantes que determinan su escala o su nivel, como grado de evolución de la sociedad con relación al conocimiento y a su capacidad de manejar los procesos naturales de producción en combinación con procesos artificiales productivos, de tal forma que se obtenga el máximo beneficio de los recursos naturales sin degradarlos, así como se ejerzan las prioridades que se les asignan por cada Estado a los objetivos económicos, sociales y ambientales en cada sociedad ⁽⁴⁾.

2. Contexto global. Bajo este panorama conceptual se plantea a continuación una mirada amplia en torno a la idea de desarrollo, pues ello representa el punto de aplicación necesario hacia una ética ambiental de aspiraciones mundiales, en el contraste de crecimiento económico, desarrollo económico, sustentabilidad y sostenibilidad del desarrollo. Para tales efectos se plantea comparar el proyecto del neoliberalismo globalizador, la tercera vía y la postura de los globalifóbicos a partir de tres criterios: política eco-

⁽²⁾ CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Conceptualización, modelaje y operacionalización del desarrollo sustentable ¿tarea factible?*, Santiago de Chile, 1996, p. 8.

⁽³⁾ ANDREU, ARASA, *Desarrollo económico. Teoría y política*, 1999, p. 31.

⁽⁴⁾ CEPAL, *Conceptualización, modelaje y operacionalización del desarrollo sustentable ¿tarea factible?*, cit., p. 15.

nómica, ética y un planteamiento de límites (véase la Tabla 1).

3. Propuestas éticas ambientales entre crecimiento, desarrollo, sostenibilidad y sustentabilidad. Como parte de esta reflexión se muestran ahora dos propuestas axiológicas relacionadas con el cuidado del medio ambiente; la Ética Planetaria de Leonardo Boff y la Ética Mundial de Hans

Küng, visiones que ayudan a construir una ética que busca situarse en el plano discursivo que deberá tejerse entre el crecimiento, el desarrollo, la sostenibilidad y la sustentabilidad (véase la Tabla 2).

4. Comentario final. Las posiciones éticas que se plantean sobre el cuidado del medio ambiente no se excluyen entre sí, si bien el proyecto de una ética mundial de Küng pue-

Tabla 1

	Neoliberalismo globalizador	Tercera vía	Antiglobalizadores
Política económica	<p>-El neoliberalismo tiene como objetivo negar o de ser posible superar los modos del intervencionismo estatal. Al ser una política económica es fomentada por actores económicos e incluso asumida por las autoridades políticas, quienes le abren la puerta.</p> <p>-Es indispensable reconocer que la actividad comercial es fuente de la riqueza individual y colectiva, ya que el intercambio fomenta la satisfacción de necesidades humanas a partir de los recursos disponibles y en oferta.</p> <p>-Es necesario entender el papel que desempeña la transmisión de información, para entender el funcionamiento de los órdenes extensos, lo que le otorga a su vez riqueza y valor particular a los órdenes espontáneos. En este sentido la creación de riqueza depende del aprovechamiento de la información con la que se cuenta.</p> <p>-La globalización es una realidad. En ella se debe de reconocer la enorme influencia de los mercados mundiales.</p> <p>-La globalización introduce como agentes políticos a las corporaciones, esto implica que algunos de los poderes del clásico Estado (soberanía, regencia económica) se debiliten, además de que pernea a las estructuras inferiores de una sociedad (como elemento del estado) fortaleciendo los nacionalismos.</p>	<p>-Los mercados y las organizaciones paralelas al Estado no pueden ni podrán remplazar a los gobiernos.</p> <p>-La globalización genera nuevas regiones culturales y económicas, lo que genera nuevos mapas de acción política en donde actuará la Tercera Vía.</p> <p>-La Tercera Vía parte de la base de que las naciones mantendrán un considerable poder gubernamental, pero para ejercerla deberán hacerlo en colaboración con sus regiones y las corporaciones.</p> <p>-Las instituciones de la sociedad global están siendo reinventadas.</p> <p>-La meta política de la Tercera Vía es guiar a los ciudadanos a conducirse ante las grandes revoluciones: globalización, transformación de nuestra vida personal y relación con la naturaleza.</p> <p>-El lema de la política de la Tercera Vía es "ningún derecho sin responsabilidad".</p>	<p>-La globalización agrava la inseguridad económica y las desigualdades sociales, por tanto al ser la política un medio a través del cual el hombre mediante el Estado logre su progreso no puede ser válida dentro de la plataforma de desarrollo de ningún Estado.</p> <p>-La globalización menoscaba las instituciones democráticas de las sociedades, pues se da preeminencia a los intereses de las empresas transnacionales y los mercados financieros.</p> <p>-La existencia de una libre circulación de capitales, paraísos fiscales y la especulación de los capitales provoca que los Estados inconscientemente comprometan sus propios fines como</p> <p>Estado a los favores de los inversionistas, lo que va en detrimento de las condiciones salariales de los trabajadores.</p> <p>La globalización no es un sistema (conjunto de prácticas e instituciones que proporcionan al mundo un macho teórico y práctico), si bien implica la fuerza de dinámicas contradictorias de integración y destrucción lo cual ha producido que aumenten la pobreza, analfabetismo, violencia y enfermedad, problemas que no serán resueltos por la mano invisible, totalitaria, del mercado y la macroeconomía. Por tal motivo, el factor del Estado tiene que intervenir para revertir sus consecuencias negativas.</p>

	Neoliberalismo globalizador	Tercera vía	Antiglobalizadores
Ética	<p>- La moral tradicional no puede satisfacer las exigencias de la razón (no es racional lo que científicamente no puede probarse).</p> <p>-Las normas morales del capitalismo no compaginan con las instituciones propias de la moral tradicional, pues en esta última las posiciones son acientíficas.</p> <p>-Es necesario conformar una nueva moral que pueda ser racionalmente estructurada y no sea alienante, opresiva, injusta e interesada.</p> <p>-Para que un sistema pueda ser aprovechado es necesario que el hombre sea libre para tomar sus decisiones.</p> <p>-La escala de los fines últimos individuales mantendrá cierta estabilidad. En donde existirá una alta fluctuación es en los medios</p> <p>-La búsqueda del beneficio es lo que garantiza la más eficaz utilización de los recursos disponibles, lo que le permitirá servir a la multiplicidad de fines últimos.</p> <p>-Un gran abuso del término "social" se da con la expresión "justicia social", lo que nos llevaría incluso a pensar en una "justicia privada", lo que es incompatible con un orden de mercado competitivo.</p>	<p>-Las sociedades modernas se están haciendo más individualistas.</p> <p>-Ha aparecido un nuevo individualismo, asociado a la difuminación de la tradición y la costumbre, generado además por el impacto de la globalización.</p> <p>-Vivimos una época de transición moral</p> <p>-Las sociedades desiguales se perjudican por no hacer uso de los talentos de todos los integrantes de la sociedad y por no lograr la más óptima cohesión social.</p> <p>-Los riesgos ecológicos no pueden hacerse a un lado. Es necesario por ello llevar un desarrollo sostenible, de manera que se logre una modernización ecológica sensible.</p> <p>-La Tercera Vía debe de mantener como una preocupación esencial la justicia social y encontrar un adecuado equilibrio entre los conceptos igualdad y libertad</p> <p>-El gobierno debe de responder a su llamado para proteger las necesidades de todos sus integrantes, en partir de los débiles, sin embargo no de una manera irresponsable de manera por ejemplo que el seguro de desempleo lleve consigo la obligación de buscar trabajo, ello garantizado por el sistema jurídico.</p> <p>-La tercera vía busca conformar un nuevo individualismo basado en los valores de igualdad, protección de los débiles, libertad con autonomía, ningún derecho sin responsabilidad, ninguna autoridad sin democracia, un pluralismo cosmopolita y un conservadurismo filosófico (sugiere una actitud pragmática a la hora de afrontar un cambio, respetando el pasado y la historia).</p>	<p>-A la globalización no le interesa que en la búsqueda permanente y constante de ganancias se genere más pobreza.</p> <p>-Para mediar los efectos de la globalización, se propone, entre otras medidas la creación de un impuesto a las transacciones especulativas, misma que permitiría frenar su crecimiento desmedido y que los recursos se usaran para remediar, en la medida posible, sus efectos.</p> <p>-Es necesario que el hombre reconozca su dimensión ética y vuelva a centrarse como fin en sí mismo, por encima del libre mercado de bienes y capitales.</p>

	Neoliberalismo globalizador	Tercera vía	Antiglobalizadores
Límites	<p>-Desde mi punto de vista el neoliberalismo no puede olvidar que el fin en sí mismo es el hombre y por tanto no se puede generar un crecimiento económico que de facto esté acompañado de grandes desigualdades y pobreza, sin que se detenga a mirar a "El Otro" (el débil, el desprotegido). En esa medida el límite del liberalismo considero deberá ser el mismo hombre ante la observancia de sus estragos.</p> <p>-Uno de los objetivos del neoliberalismo es reducir al mínimo la intervención del Estado, tanto en el aspecto social como el campo económico; sin embargo no veo en su estructura teórica como pueda enfrentar, al menos directamente, la pobreza o la carencia del trabajo en los países pobres como en los países ricos, sin la intervención fundamental del Estado.</p>	<p>-Es necesario hacer una nueva valoración del "individuo autónomo", para generar un nuevo individualismo, si bien se encuentra con el límite de la aplicación práctica de sus contenidos.</p> <p>-En mi punto de vista la tercera vía es más una fundamentación política que una corriente de pensamiento económico, por tanto su campo de acción está limitado por la aplicación de decisiones políticas que tendrán, sin duda, amplias repercusiones en la economía, a través de planteamientos, sustentados en las normas jurídicas, como "ningún derecho sin responsabilidad"</p>	<p>-Ninguna nación puede ser ajena al proceso de globalización, de serlo se estaría aislando y quedaría excluida del proceso integrador mundial que ella conlleva, además de las ventajas que se encuentran en dicho sistema, como la ruptura de fronteras, la información y la atracción del flujo de capitales.</p> <p>-Sin embargo, en ella la distribución de la riqueza (la globalización hasta el momento ha hecho que la pobreza aumenta desmedidamente). Me parece el tema más delicado. Esto lleva al hombre a mirar al otro y a la necesidad de encontrar la ética precisamente en el otro (el desvalido, el necesitado, el que tiene hambre)</p> <p>-Será necesario, al igual que con el neoliberalismo encontrar el equilibrio en estas posiciones, si bien hasta el momento me parecen posturas válidas las referentes a la aplicación de la tasa Tobin, la prohibición de la existencia de paraísos fiscales, la supresión de la deuda externa de los países pobres.</p> <p>-El límite de las posturas antiglobalizadores, más allá de las cuestiones que derivan de su construcción teórica, está en evitar los extremos de su propia postura y enfrentar a los intereses del mundo de capital ante las problemáticas que plantea.</p>
*Construcción propia.			

Tabla 2

Ética Planetaria (Leonardo Boff)	Ética Mundial (Hans Küng)
<p>-La necesidad de ella surge de los problemas globales: crisis social, crisis del trabajo y crisis ecológica.</p> <p>-Para detener la crisis social y del trabajo es necesario redefinir el modo en que las sociedades se organizan en cuanto al acceso, la producción y la distribución de bienes naturales y culturales.</p> <p>-En cuanto a la crisis ecológica es necesario establecer una relación de reconocimiento de la alteridad y de respeto con la naturaleza.</p> <p>-Para resolver los problemas globales es necesario una revolución global, lo que exige establecer un pacto ético, enmarcado en la globalización, fundado en la sensibilidad humanitaria y en la inteligencia emocional expresada por el cuidado, la responsabilidad social y ecológica, la solidaridad generacional y la compasión, actitudes que son capaces de conmover a las personas.</p> <p>-Es necesario conformar un nuevo ethos, adecuado a la nueva plataforma de la historia, que es global y planetaria, mismo que sea verdaderamente expresión de la globalización y planetización de la experiencia humana.</p> <p>-En la ética planetaria es indispensable mantener a las culturas en su singularidad, pero abiertas a un obligatorio diálogo con las demás culturas. Esto nos llevará a pensar</p>	<p>-No se trata únicamente de construir un ethos mínimo, sino de un consenso mínimo acerca de un ethos mínimo universalmente válido.</p> <p>-Para que exista un nuevo orden mundial es indispensable una nueva ética mundial para este mundo que vive las tensiones entre creyentes y no creyentes, amenazado por una colisión de civilizaciones, amenazado por dogmatismos.</p> <p>-La ética mundial es el consenso básico de estándares éticos universales con respecto a valores vinculantes, criterios irrevocables y actitudes fundamentales, afirmados por todas las religiones, a pesar de sus diferencias dogmáticas y que pueden incluso ser compartidos por los no creyentes en la religión.</p> <p>-Este ethos mundial (actitud ética fundamental) requiere de dos valores éticos elementales a) la verdad concreta (expresar la real situación económica y social) y la justicia irrenunciable (finalizar con los privilegios y las explotaciones)</p> <p>-La esencia de la ética mundial es la necesidad de tratar humanamente a todos (regla de oro de la humanidad), independientemente de su clase, edad, o religión, lo que le conferirá a todos los humanos derechos, pero también deberes.</p>

Ética Planetaria (Leonardo Boff)	Ética Mundial (Hans Küng)
<p>globalmente, actuar localmente y pensar localmente y actuar globalmente.</p> <p>-Es necesario establecer:</p> <p>a) una ética del cuidado, que implica una relación amorosa para con la realidad cuyo objetivo es garantizar su subsistencia y abrir el espacio necesario para el desarrollo,</p> <p>b) una ética de la solidaridad, en donde se reconoce la interdependencia entre todos los seres que nos lleva a ser recíprocamente solidarios,</p> <p>c) una ética de la responsabilidad, en donde el ser humano es corresponsable junto con las fuerzas que dirigen el universo y la naturaleza del destino de la humanidad y de la tierra, su casa común,</p> <p>d) una ética del diálogo, misma que nos permite a través del diálogo entre todos una fundamentación filosófica,</p> <p>e) una ética de la compasión y liberación, que mire por los pobres, oprimidos y excluidos y una</p> <p>f) ética holística, que sume todos los puntos de vista.</p> <p>-Se necesita un consenso sobre un ethos básico, alrededor del cual se configuren todas las expresiones morales, expresando en todas ellas su buena voluntad de servir a la vida, defenderla, extenderla y permitir que transite éticamente su vida en nuestra Tierra.</p>	<p>-Esta ética mundial conlleva su necesidad de traducirse en los ordenamientos mundiales, mismos que estén inmersos en una motivación ética. Todo intento de formulación de una ética global, deberá tomar en su contenido los recursos culturales, ideas, experiencias emocionales, recuerdos históricos y orientaciones espirituales de los pueblos (Kung. p. 309)</p> <p>-Ante la existencia de una economía global de mercado es indispensable exista una ética global, en la que aparezca la economía del mercado al servicio del hombre y no al contrario y en el que se garantice la primacía de la ética frente a la economía y la política.</p>

de abarcarse por el proyecto de una Ética Planetaria de Boff, pues como dice este autor, para que exista una Ética Mundial, que parta del clamor del oprimido, el grito de la tierra - ante su opresión ambiental - y liberarlo en aras de lograr una justicia mínima, es necesario que haya paz entre las naciones y esto implica que las posiciones éticas construidas desarrollen una reflexión altamente tolerante que permita que sea aplicada con universalidad.

La Ética Mundial permite generar la atmósfera necesaria para lograr el equilibrio de los problemas globales que marca Boff, el cual nos dirige a la búsqueda de la sensibilidad, la cual haga posible colocar en el centro de la acción humana estas cuestiones, sin perder el diálogo entre los seres humanos y poder lograr el consenso requerido.

Estas perspectivas deberán considerar, como

uno de sus elementos centrales, el cuidado de los recursos escasos, compaginándose el derecho a la explotación del medio ambiente - como parte de un inevitable proceso económico de crecimiento y desarrollo - con su sustentabilidad y sostenibilidad, lo que permitirá saldar una deuda pendiente con el planeta y con el mismo ser humano, además de que hará posible que pueda tener un margen de crecimiento y desarrollo económico sostenido por ser sustentable.

Finalmente como dice Boff, todo se resume en la anhelada búsqueda de paz, que es según la carta de la tierra «la integralidad que resulta de las relaciones justas con uno mismo, con las demás personas, con las diferentes culturas, con la vida, con la Tierra y con el gran Todo del que todos formamos parte»⁽⁵⁾.

Eber Omar Betanzos Torres

⁽⁵⁾ Boff, *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Madrid, 2001, p. 69.

Métodos alternativos de solución de controversias

Bibliografía: ÁLVAREZ LEDESMA, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Mc Graw Hill, México, 2008; RABASA, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 7ª ed., Porrúa, México, 2000; BRAVO PERALTA, *El arbitraje económico en México*, Porrúa, Universidad Anáhuac Facultad de Derecho, México, 2002; CRUZ MIRAMONTES, CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, Porrúa, México, 2004; GARCÍA FRIAS, *Arbitraje Tributario*, Ponencia presentada en las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito Ecuador, 2004; GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1996; GRAHAM TAPIA, *El arbitraje comercial. Colección de obras monográficas*, Themis, México, 2000; LUCERO ESPINOSA, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 11ª ed. actualizada, Porrúa, México, 2011; URIBARRI CARPINTERO, *Derecho arbitral mexicano*, Porrúa, México, 2006; URIBARRI CARPINTERO (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*, Porrúa, México, 2010.

Los llamados «métodos alternativos de resolución de controversias» (MASC's), también llamados «métodos equivalentes» son métodos heterocompositivos que, como su nombre lo indica, surgen por la búsqueda de alternativas ante el litigio jurisdiccional para solucionar conflictos entre particulares, es decir, que se desarrollan sin la intervención de las autoridades judiciales, o aún con la participación de ellas, pero sin que ejerzan su función jurisdiccional.

Existen diversos tipos de MASC's principalmente en el ámbito internacional, los que son producto de las obligaciones que a los países, - como entes soberanos, sujetos de derecho internacional - les impone la Carta de las Naciones Unidas al señalar que «las partes en conflicto deben buscar una solución mediante la negociación, investigación de hecho, mediación, conciliación, arbitraje

o cualquier otro medio pacífico»⁽¹⁾. Así, en el ámbito internacional, existen, como MASC's: i) la negociación; ii) la mediación; iii) los buenos oficios; iv) la conciliación; y v) el arbitraje. Es importante señalar que es en países con sistemas jurídicos denominados «common law», donde este tipo de métodos heterocompositivos ha tenido un mayor desarrollo⁽²⁾, principalmente en Estados Unidos donde son conocidos como ADR's («Alternative Dispute Resolution», por sus siglas en inglés) y entre ellos se encuentran: i) el pequeño juicio; ii) el juicio privado; iii) el arbitraje derivado; iv) el juicio sumario ante jurado; v) el oyente neutral; vi) la determinación por experto neutral; vii) adaptación de contrato; viii) las consultas, ix) la investigación; x) la conciliación y xi) la amigable composición, además de los anteriormente mencionados en el ámbito internacional⁽³⁾.

Dentro de los MASC's enunciados, destacan por su aceptación y generalidad, (i) el arbitraje, (ii) la mediación y (iii) la transacción o negociación.

Generalmente éstos últimos (la mediación y

(1) Carta de las Naciones Unidas, art. 33.

(2) Barrasa sostiene que «en las naciones cuya organización jurídica se basa en el common law el derecho se encuentra, capitalmente, en las sentencias de los tribunales, sea por falta de ley escrita o como interpretación autorizada de los textos legales vigentes; la ley positiva, aunque jerárquicamente superior al precedente judicial, nada significa en la práctica, sino hasta que la jurisprudencia define su sentido jurídico y la desenvuelve. De lo cual se colige que dentro de este sistema de organización social, el derecho consuetudinario, hechura del juez, sigue siendo más importante que el derecho escrito, producto del legislador, y que los libros en los que se publican sus decisiones y sentencias de los tribunales son las fuente principal de toda la literatura jurídica.» RABASA, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 7ª ed., Porrúa, México, 2000.

(3) Para un panorama general sobre los MASC's enunciados, ver CRUZ MIRAMONTES, CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, Porrúa, México, 2004; también URIBARRI CARPINTERO, *Derecho arbitral mexicano*, Porrúa, México, 2006.

la transacción o negociación) se confunden con el arbitraje, pero «*deben separarse, pues éste [el arbitraje] no precisa de la realización de concesiones recíprocas de las partes, sino que el árbitro realiza una composición de la disputa*»⁽⁴⁾, lo que no ocurre en el caso de la mediación y la negociación.

Por lo que se refiere al arbitraje, de manera más o menos homogéneas, es definido como un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Por su parte, la negociación o transacción es una forma autocompositiva a través de la cual, las partes mediante el pacto o acuerdo de voluntades, resuelven una controversia⁽⁵⁾, mientras que la mediación es el proceso informal en el que una tercera parte neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia pero sin tener el poder para imponer una solución»⁽⁶⁾.

De lo hasta aquí expuesto es posible advertir que aunque el arbitraje, la transacción o negociación y la mediación, son medios de solución de controversias en los que no interviene un órgano jurisdiccional, en los dos últimos la solución del conflicto depende de la voluntad de las partes en contienda, es decir, que las partes involucradas lleguen a un arreglo, sin que esté prohibido otorgarse concesiones mutuas.

Por su parte, en el arbitraje, a diferencia de la transacción o negociación y la mediación, la decisión sobre el conflicto no depende de la voluntad de las partes sino de la decisión

de un tercero: el árbitro, el que deberá decidir a quién le asiste la razón con base en los hechos que se le presenten y sin que en su actuación se encuentre la posibilidad de hacer concesión o distinción alguna para las partes.

En otros términos, el arbitraje, por sí mismo, no contempla el otorgamiento de concesiones entre las partes y por el contrario, la controversia, al igual que en un proceso formalmente jurisdiccional, es decidida por un tercero quien resolverá conforme a los elementos de prueba aportados por las partes dentro del proceso arbitral.

Si bien es cierto en nuestra opinión ésta es la principal característica que diferencia el arbitraje de otros medios alternativos de solución de controversias, podemos complementar sus características, señalando aquellas que la doctrina mexicana ha reconocido de manera relativamente uniforme, como las siguientes: **1)** Es un método alternativo heterocompositivo de resolución de controversias, en donde por lo tanto no interviene una autoridad jurisdiccional o interviniendo no lo hace con tal carácter. **2)** Su origen necesariamente está en la voluntad de las partes para someterse a él. **3)** Es vinculatorio y por tanto obligatorio para las partes. **4)** El alcance que tiene es limitado al tipo de controversia que las partes hayan acordado resolver con base en él. **5)** Las reglas del procedimiento son fijadas por las partes o bien por el árbitro institucional de que se trate, variando por tanto dichas reglas de acuerdo con el árbitro institucional que conozca del asunto, o del acuerdo de las partes en cada caso. **6)** El proceso es de mayor informalidad, en comparación con el procedimiento judicial. **7)** El árbitro carece de imperio, por lo que en ocasiones es necesaria la intervención del órganos jurisdiccional competente para la ejecución del laudo, previo reconocimiento legal del mismo. **8)** Para algunos autores el arbitraje es, en cierta medida un auxiliar en la impartición de la justicia⁽⁷⁾, pero su aplica-

⁽⁴⁾ GARCÍA FRIAS, *Arbitraje tributario*, Ponencia presentada en las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito Ecuador, 2004.

⁽⁵⁾ GÓMEZ LARA, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1996.

⁽⁶⁾ BRAVO PERALTA, *El arbitraje económico en México*, Porrúa, Universidad Anáhuac Facultad de Derecho, México, 2002.

⁽⁷⁾ Existen importantes controversias sobre el particular, habiendo posturas que incluso consideran el arbitraje como una institución prohibida por el art.

ción está limitada a las materias expresamente reconocidas por la legislación.

Es importante señalar que aunque tradicionalmente los métodos alternativos se han analizado desde la óptica del Derecho Mercantil, desde hace algunos años, estas instituciones han empezado a permear en el ámbito del Derecho Administrativo, e incluso en el Tributario, principalmente el arbitraje. Cabe decir que el análisis de la implementación de esta institución y en general de los distintos medios alternos de solución de controversias en materia tributaria no es reciente. Ha sido objeto de estudio en diversos foros como la *International Fiscal Association* o el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

Esto ha llevado a que en algunos países el arbitraje en materia tributaria ya haya sido implementado, como es el caso de Brasil, Venezuela o Estados Unidos de Norteamérica, donde existe tanto el arbitraje tributario, como instituciones similares a éste desde hace muchos años y más recientemente el caso de Portugal.

Sin embargo en México el tema aún no ha sido abordado de una manera sistemática que permita llegar a conclusiones definitivas que demuestren su viabilidad o por el contrario, su imposible inserción en esta materia. No obstante esta falta de estudios sistemáticos, las posiciones actuales en contra de esta institución poco a poco se van desdibujando. Así, quienes sostenían que constitucionalmente un arbitraje en general y en particular el tributario era improcedente, argumentando la falta de habilitación expresa que hiciera nuestra Carta Magna, hoy, ese argumento ha sido superado por la inclusión en la propia Constitución Política de los Estados Unidos

13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que el procedimiento arbitral queda en manos de un tribunal especial, postura ésta última que no se comparte, ya que en mi opinión la misma deriva de una interpretación aislada y por tanto errónea del citado precepto constitucional, además de que como se señaló, debe considerarse lo que un sector de la doctrina sostiene en el sentido de que el arbitraje *per se* no tiene por objeto impartir justicia en sentido estricto, sino únicamente resolver una controversia.

Mexicanos de la posibilidad de implementar lo que se ha denominado la «justicia alternativa», pero además de ello, porque la reciente reforma en materia de Derechos Humanos⁽⁸⁾, que si bien parece atravesar un período de «moda», obliga a cambiar muchos de los paradigmas que se tenían respecto de la protección de esos derechos, respecto de lo que sostenemos que los referidos medios alternativos de solución de controversias pueden ser una opción viable para materializar el Derecho de Acceso a la Justicia.

Como es posible advertir, las posiciones sobre la viabilidad de un arbitraje en materia tributaria se encuentran divididas y en general las objeciones a la implementación de este medio alterno de solución de controversias en materia tributaria, se han concentrado en tres grandes rubros a saber: a) la indelegabilidad de la función jurisdiccional, b) la indisponibilidad del crédito fiscal y c) la vulneración al Principio de Legalidad.

Evidentemente el análisis de cada uno de estos temas y la conclusión que se alcance, dependerá de la perspectiva con que dicho análisis se haga, pero en la actualidad, existen elementos importantes para concluir que poco a poco las referidas objeciones encuentran menos sustento y por tanto aparece con mayor viabilidad la implementación de un arbitraje tributario en el corto plazo⁽⁹⁾.

Rodrigo Muñoz Serafín

⁽⁸⁾ El art. 1 reformado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...)».

⁽⁹⁾ Para un sencillo pero ilustrativo análisis sobre los medios alternativos de solución de controversias, se sugiere consultar MÉNDEZ VITAL, *Medios alternos para la resolución de controversias en materia fiscal*, Themis y Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, México, 2010.

Multinacionalidad y derechos humanos

Bibliografía: AGUILÓ REGLA, *Sobre la constitución del Estado constitucional*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, enero-junio de 2012; ATIENZA RODRIGUEZ, *Dos versiones del constitucionalismo*, Alicante, 2006; FERRAJOLI, *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, Roma, 2010; FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, en *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n. 15, trad. de Pisarello Estrada, Martín, Bogotá, febrero de 2010; FERRAJOLI, *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, Madrid, 2008; FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, 1994; FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011; GONZÁLEZ IBARRA, PEÑA RANGEL, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, 2008; HEATER, *Ciudadanía. Una breve historia*, Madrid, 2007; HEGEL, *Filosofía del derecho*, México, 1990; OSPINA MEJÍA, *Breve Aproximación al «Bloque de Constitucionalidad» en Francia*, en *Rev. de temas constitucionales*, México, 2009; ROJAS ROLDÁN, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, t. XLIV, enero-abril, 1994.

1. Introducción. El fenómeno de la globalización ha generado diversos efectos y necesidades, uno de ellos es el requerimiento de poseer varias nacionalidades porque el mundo se ha reducido gracias a la tecnología ⁽¹⁾, y por tanto ha obligando al ser humano a dejar su lugar de nacimiento o permanencia para trabajar o atender diversos asuntos, lo anterior genera una dinámica diferente a la del siglo anterior en cuanto a la defensa de los derechos humanos; uno de ellos es el de la protección de su calidad de

multinacional (por diferencia con el de nacional), al respecto si los Estados Democráticos de Derecho no lo hacen, se cuenta con el sistema universal de justicia, con sus organismos internacionales como la Corte Europea de los Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de los Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

2. Nacionalidad. Por elemental metodología antes de entrar al estudio de la trascendencia que comprende el hecho que una persona goce de varias nacionalidades o de *multinacionalidad*, es necesario referirnos al concepto de nacionalidad. En ese tenor, la nacionalidad la define el *Diccionario para Juristas* de Juan Palomar de Miguel, como: «Estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación».

Bajo esa tesitura, a comienzos del siglo XX, la mayoría de los Estados a nivel mundial, fueron reconociendo en sus respectivas constituciones el derecho del congénere de gozar de una nacionalidad, como hijo de un Estado en particular. Así en dicha ley suprema, se estableció esa potestad estatal de otorgar la nacionalidad a través de dos figuras, a saber: el «*ius soli*», y el «*ius sanguinis*», por medio de las cuales, cada Estado reclama a nivel mundial, como sus connacionales a todas aquellas personas que nacen en territorio nacional de un Estado determinado (*ius soli*); o bien, aquellas personas que habiendo nacido en territorio distinto al país que otorga la nacionalidad, son hijos de padre o madre cuya nacionalidad es reconocida por otro Estado (*ius sanguinis*).

Desde el punto de vista sociológico, la nacionalidad implica una mentalidad e identidad colectiva, creada por la confluencia de elementos tales como la raza, la lengua, la religión, la geografía, la historia, entre otros. Con base en ello, desempeña un papel importante en el desarrollo del país, ya que consolida la voluntad de permanecer unidos

⁽¹⁾ Concepto desarrollado por Manuel Echeverría del CSIC de España, en el cual considera que hoy es la tecnología quien dirige la dinámica de la comunidad científica orientada por el lucro, véase *Tecnociencia*, Madrid, 2003, p. 87. Son las grandes corporaciones financieras las que apoyan a las investigaciones científicas y a sus aplicaciones comerciales.

en la construcción de la voluntad de permanecer unidos en la construcción del mismo⁽²⁾. Empleando el pensamiento complejo multidimensional desde el punto de vista jurídico, la nacionalidad es el vínculo legal que liga a una persona con un Estado que entraña deberes y derechos. Se trata también de un vínculo político, que expresa la relación entre la Nación y cada uno de los individuos que le conforman, el concepto fundamental aquí es identidad. El nacional queda sometido a la competencia del Estado y eso produce efectos jurídicos para la persona en el orden interno y en el orden internacional.

En el orden interno, el individuo queda bajo el amparo de una determinada organización política, que le debe de garantizar el ejercicio y protección de sus derechos y libertades fundamentales, así como la sumisión a su ordenamiento jurídico.

En el plano internacional, los nacionales de un Estado, son los beneficiarios de la protección diplomática en el extranjero y del conjunto de disposiciones pactadas por medio de convenios o tratados.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación quienes son sus nacionales. Esa legislación debe ser admitida por los demás Estados, siempre que esté de acuerdo con los tratados y convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios del Derecho, admitidos en materia de nacionalidad.

Desde los tiempos remotos, en la época de Aristóteles, los seres humanos se han guiado por el principio lógico de la identidad, es decir, por «la idea de quien es un ciudadano no puede ser al mismo tiempo un extranjero». Ergo, antiguamente si una persona determinada era reclamada por dos Estados como connacional suyo, al cumplir la mayoría de edad, tenía que decidirse por cualquiera de las dos nacionalidades, obligándosele a renunciar a alguna, para seguir gozando de la otra.

Hasta la mitad del siglo XX, la pérdida de nacionalidad, a través de la «*renuncia*» de

la misma por exigencia del Estado, nos constrañe a aceptar que, solamente es el Estado quien señalaba las causas por medio de las cuales se pierde dicha nacionalidad. Dicho de otra manera, la nacionalidad era irrenunciable en forma autónoma para el individuo que gozaba de la misma; toda vez que, como ya se manifestó, a través del «*ius sanguinis*» y del «*ius soli*», la persona conservaba su nacionalidad, aun en contra de su voluntad, por ser un mandato del Estado, el otorgar y mantener la misma. En suma, solamente era «*renunciable*» la nacionalidad, cuando se surtía alguna de las hipótesis que el mismo Estado señalaba como pérdida de la misma.

Esa postura propia de países totalitarios o dictatoriales, con el devenir de los años, quedó superada. Poco tiempo después de haber terminado la Segunda Guerra Mundial, se promulgó por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Dentro del Preámbulo de la misma y en lo que interesa, se señaló que: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. (...) La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción».

A partir de dichas disposiciones, el mundo entero ha ido transformándose en forma positiva, garantizando con el devenir del tiempo, los derechos humanos; por lo que los diferentes gobiernos a nivel internacional,

⁽²⁾ HEATER, *Ciudadanía. Una breve historia*, Madrid, 2007, p. 13.

han tomado medidas internas, para pasar de ser simple y llanamente Estados de Derecho, a Estados Sociales Democráticos de Derecho e inclusive a Estados Constitucionales de Derecho.

Con base en lo anterior, hoy en día, aunado a las calificativas anteriores para el Estado de Derecho; la tendencia es que los gobiernos se conviertan en Estados garantistas. Esta aproximación, se ve reflejada actualmente, en la relevancia y trascendencia que tienen los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esa realidad, ha dado lugar al reconocimiento de la jerarquía que aquéllos tienen, de trascender a las leyes internas de cada país, en beneficio de los gobernados.

Hoy en día, está vigente la «Cláusula de Convencionalidad», que protege el «Principio pro Persona»⁽³⁾, así como el denominado «Bloque de Constitucionalidad», que obliga a los países, a sujetar su función administrativa, a las disposiciones de índole internacional relacionadas con la protección de los derechos humanos.

La «Cláusula de Convencionalidad» aludida, fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, que interpreta de manera «última» y «definitiva» el Pacto de San José. La cual consiste en el reconocimiento de la naturaleza superior de las normas de derechos humanos, protegidas por las respectivas Constituciones sobre la materia; es decir, los principios mínimos reconocidos por aquéllas, son susceptibles de ampliación, mediante un sistema de reenvíos y de interpretación con otros ordenamientos protegidos por los acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, bajo el *principio de progresividad*.

Cabe recordar que la expresión «Bloque de Constitucionalidad», fue utilizada por la doctrina francesa, para designar el conjunto de normas y principios superiores con las que se cotejan las disposiciones que se someten al

control de constitucionalidad, que corresponde hacer al Consejo de Constitucionalidad francés. Así en 1958, la Constitución de aquel país, consagró dicha disposición, tomando como fuente de inspiración tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, del 26 de octubre de 1789, como el Preámbulo de la Constitución francesa del 7 de octubre de 1946. Finalmente está considerada dicha expresión en Francia, en la Carta del Medio Ambiente del 12 de febrero de 2005⁽⁴⁾.

2. La multinacionalidad. Bajo esa tesitura, hoy en día cualquier persona puede gozar de más de una nacionalidad. En efecto, ese derecho está vigente, sobre todo en los países que conforman la Unión Europea. Basta recordar el contenido del «Convenio europeo sobre la nacionalidad», llevado a cabo en Estrasburgo, Francia, el 6 de noviembre de 1997; el cual, como se señala en su Preámbulo, toma en cuenta numerosos instrumentos internacionales relativos a la nacionalidad, múltiple nacionalidad y apatridia. Así reconoce expresamente que, en materia de nacionalidad, debe tenerse en cuenta tanto los intereses legítimos de los Estados y las de los individuos; teniendo en cuenta el enfoque variado de Estados a la cuestión de la nacionalidad múltiple.

Dicho Convenio define en su art. 2, inciso a), el concepto de nacionalidad, el cual lo identifica como: «El vínculo jurídico entre una persona y el estado y no indican el origen étnico de la persona». En el mismo artículo, en su inciso b), describe lo que debe entenderse por multinacionalidad, al señalar lo siguiente: «b) "nacionalidad múltiple" significa la posesión simultánea de dos o más nacionalidades por la misma persona». Más adelante, se garantiza en el art. 4 inciso c), del citado Convenio, que: «Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad». Dicha protección se ve robustecida por lo señalado en el art. 5, que protege la no discrimi-

(3) Véase la voz «Principio pro persona», por R. Sepulveda Iguíñez, en este Diccionario Analítico.

(4) OSPINA MEJÍA, *Breve aproximación al «Bloque de Constitucionalidad» en Francia*, en *Rev. de temas constitucionales*, México, 2009, p. 57.

nación, lo cual se consolida al señalar en su apartado 2, que: «Cada Estado parte deberá guiarse por el principio de no discriminación entre sus nacionales, ya sean nacionales por nacimiento o han adquirido posteriormente a su nacionalidad». En el mismo sentido los arts. 8, apartado 1 y 9 del Convenio aludido, reconocen a la nacionalidad como un derecho de la persona, dejando a un lado lo que fue una potestad exclusiva del Estado, al señalar textualmente lo siguiente: «Artículo 8. *Pérdida de la nacionalidad en la iniciativa del individuo*. 1. Cada Estado parte deberán permitir la renuncia a su nacionalidad, siempre y cuando los interesados no de tal modo convertido apátridos. Artículo 9. *Recuperación de nacionalidad*. Cada Estado parte deberá facilitar, en los casos y bajo las condiciones previstas por el su derecho interno, la recuperación de la nacionalidad por ex nacionales que residen legalmente y habitualmente en su territorio». Finalmente el art. 17 del multicitado Convenio describe lo siguiente: «Artículo 17. *Derechos y deberes relacionados con la nacionalidad múltiple*. 1. Nacionales de un Estado parte en posesión de otra nacionalidad deberán tener, en el territorio de esa parte del Estado en que residen, los mismos derechos y deberes como otros ciudadanos de ese Estado parte». Con base en los avances que a nivel internacional se han producido para proteger los derechos humanos; queda claro que hoy en día, toda persona tiene derecho a gozar, de más de una nacionalidad. En ese sentido, hay que definir qué se debe entender por *multinacionalidad*, tanto gramatical como jurídicamente.

El Dr. Abelardo Rojas Roldán señala que: «El análisis del lenguaje nos lleva a concebir la realidad de cierto modo. Detrás de las palabras hay realidades. Ahora bien, el lenguaje y en especial las palabras son etiquetas, por decirlo así, con las que distinguimos conceptos. Estos últimos son las representaciones mentales que tenemos de todas las personas y los objetos. El concepto es el órgano del conocimiento de la realidad. Las formas de la realidad corresponden exactamente a los conceptos que forja la mente. Por lo tanto,

hay que distinguir entre el concepto, la palabra y el objeto a describir»⁽⁵⁾.

A más de lo anterior, necesitamos precisar el concepto de bien jurídico, el cual se relaciona intrínsecamente con el derecho a la *multinacionalidad*. Para evitar una confusión en el manejo y empleo de aquél; también hay que distinguir entre bien y bien jurídico. Estos dos conceptos, se emplean de manera multívoca como constructos mentales, es frecuente que tanto en el litigio como en el aprendizaje se confundan uno con otro, provocando que el manejo indiferenciado de ellos genere diversos problemas y confusiones tanto de índole teórico como práctico, con lo cual puede producir un uso impreciso de lo jurídico. Intentemos para empezar definir lo que es un *bien*⁽⁶⁾; mismo que lo entendemos como todo aquel ente, objeto o proceso el cual posee y se le reconoce por el conocimiento la propiedad de satisfacer necesidades humanas sean físicas o psicológicas. Así podemos citar como bienes genéricos a la naturaleza, agua, tierra o aire, la vida humana; también aquellos ingenios o máquinas construidos por el hombre como el automóvil o la computadora, asimismo un edificio, casa, medicinas o herramientas⁽⁷⁾.

Cada grupo de bienes existe con una presencia, ser o actualidad física, biológica, procesal, ideal o psicológicamente concreta, siendo su materialidad tan real la de una piedra como la de un ser ideal como es la equidad o la justicia o un sentimiento como es el placer, dolor o alegría.

Desde lo cognitivo les reconocemos tres niveles, calidades o momentos del conoci-

⁽⁵⁾ ROJAS ROLDÁN, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, t. XLIV, enero-abril 1994, p. 86.

⁽⁶⁾ GONZÁLEZ IBARRA, PEÑA RANGEL, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, 2008, p. 37.

⁽⁷⁾ Véase a FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, 1994, p. 371. Menciona «muchas veces el bien equivale a la bondad cuando con esta última palabra se expresa abstractamente toda cualidad buena o cuando se trata de indicar abstractamente que algo es como debe ser»; también que el bien se contrapone al mal. En nuestra ciencia jurídica desde Aristóteles el concepto de bien común forma parte de toda discusión axiológica.

miento: el óntico, que se refiere al ser y a su definición o identificación, empleando la capacidad humana de la memoria para su ejercicio; el nivel ontológico, que tiene una calidad comprensiva y explicativa utilizando a la capacidad, virtud, posibilidad o cualidad de la razón humana para su realización y; finalmente el epistémico que se apoya en la capacidad de reflexión del hombre para poder realizarlo.

Este último espacio es el de la razón de la razón (o como lo expresó Cervantes, desde la profundidad de la reflexión creadora de nuestra lengua castellana en el Quijote, «*la razón de la sinrazón*»), de la teoría del conocimiento, filosofía de la ciencia o epistemología término, éste que nosotros preferimos porque consideramos que es más cercano a lo que se pretende definir que es la capacidad de saber sobre o del conocimiento, para así poder construir ciencia y tecnología por la ruta del metaconocimiento de la ciencia de la ciencia, conocimiento del conocimiento, sociología del conocimiento o psicología social del conocimiento.

Aquí, en lo epistémico, nos encontramos con el conocimiento que se autoreconoce conforme a Hegel⁽⁸⁾, aquel que va ya de regreso hacia la comprensión e innovación del Derecho como objeto y del conocimiento de éste, diferenciando el ser jurídico de la comprensión y explicación de ese ser, es un regreso o reflexus a la realidad jurídica o al deber ser jurídico enriquecido ya con el saber del conocimiento primario que ahora, en este momento, se convierte de ser fin en objeto o materia cognitiva.

Sin dejar atrás al dogmatismo o formalismo, es muy difícil poder aportar a la ciencia jurídica mundial nuevos elementos que enriquezcan a nuestro universo del ser y del deber ser.

Para poder construir o deconstruir el Derecho que necesitamos en el nuevo milenio, requerimos rebasar los límites disciplinarios que el Derecho, desde la óptica positivista nos impone, incluso es forzoso salir de las fronteras del conocimiento de punta, para poder crear innovaciones que favorezcan la persecución de los valores que la axiología jurídica estudia y que el Derecho intenta alcanzar.

Para concluir con este apartado podemos afirmar que conforme con la lógica formal, *bien* sería el género y *bien jurídico* la especie, sin embargo respetando a la lógica jurídica cargada de elementos axiológicos, eso no es así. También se sostiene lo anterior con el hecho de que distintas ciencias estudian diversos bienes, existiendo para ello, metodologías diferentes en el campo de las ciencias llamadas exactas y en las del hombre.

Existen familias de ciencias que tienen un objeto común como las ciencias sociales que encuentran en la conducta, trabajo, acción humana con sentido a esa materia prima u objeto material; mientras que el objeto formal está determinado por los marcos teóricos y metodologías con las que pretenden dar forma al objeto seleccionado de estudio: a guisa de ejemplo, la conducta humana sería el mármol social que cada conocimiento científico intentará dar forma acorde a acciones basadas en sus valores, principios, axiomas, postulados, conceptos, teorías y paradigmas.

Esos marcos teóricos-metodológicos son los que orientarán las prácticas profesionales que se desarrollarán dentro de un conjunto de instituciones, grupos, y organizaciones, en las cuales los expertos se mueven utilizando conocimientos, técnicas, instrumentos y herramientas.

Dentro de la realidad social recapitulando, *bien* es el género y *bien jurídico* es una especie, existiendo en la realidad cultural producto del hombre y estudiada por las ciencias sociales diversos *bienes* como pueden ser los económicos, psicológicos, organizacionales o administrativos y, dentro de las humanidades los artísticos los que a su vez se pueden desagregar en musicales, literarios, pictóricos o escultóricos.

(8) HEGEL, *Filosofía del derecho*, México, 1990, p. 24. El manejo magistral de este pensador en parte se explica por sus estudios y, por haber sido desde 1818 hasta su fallecimiento en 1831, profesor de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Berlín. En el prefacio termina con las bellísimas palabras acerca de que en la vejez apenas se presenta la sabiduría, así escribe «(...) el búho de Minerva inicia su vuelo al caer del crepúsculo».

Por lo que respecta al *bien jurídico*, éste a su vez se convierte en el género legal y en consecuencia el relacionado con los derechos humanos, penal, mercantil o laboral son especies dentro del mismo, que exigen cada uno las cualidades o calidades de su condición.

Así como establecimos que en lo general un *bien* es aquello determinado en la realidad y a la que la razón humana le reconoce la capacidad de satisfacer necesidades; también que es el ser, cosa, entidad o la parte de la totalidad al que el hombre le intuye o atribuye valor o valores. El *bien jurídico* en lo específico requiere satisfacer determinados requisitos de existencia, lo que permite en lo cognitivo poder identificarlo, entenderlo y explicarlo como parte o componente del universo jurídico, sin que pretendamos ser exhaustivos aquí, señalaremos que tales requisitos pueden ser identificados de acuerdo a diversas corrientes como: a) la naturaleza de ese *bien*, misma que necesita tener o cumplir con las características de lo jurídico como es el que no forme parte de otros espacios o universos ajenos: tal es el caso de la vida biológica del hombre que pertenece a la naturaleza o al llamado reino o mundo animal en lo genérico y, en la especie a los mamíferos; b) esencia, ésta refiere a lo que determina primariamente al ser, así en el ejemplo anterior el ser biológico se distingue del mineral por su esencia vital que implica que posea una vida formada por un conjunto de elementos, órganos y funciones; c) forma, no puede existir un ser sin una forma dada, incluso los constructos ideales que el hombre ha concebido en la historia de la humanidad requieren de una manera con la cual puedan aparecerse (fenómenos), expresarse o representarse, actualizarse o actuar ante el sujeto y los otros objetos y procesos estos son palabras, signos, objetos, procesos o convenciones sociales; d) estructura, esto se refiere a la manera con la cual se organiza en lo fundamental el ser, es lo permanente dentro del cambio, lo que exige mayor tiempo para su transformación, lo que proporciona el sustento que permite que se de la existencia o acción del ser; e) función o funciones, refiere

a las relaciones internas y externas que todo ser requiere para que pueda cumplir con los objetivos y fines para los que fue creado; f) espacio, no existe un ente que no exija un ámbito para su existencia, sin tiempo el ser se niega, pensarlo fuera de este resulta imposible, es lo identificado como absurdo por su imposibilidad fáctica; g) Tiempo, es el eterno devenir identificado desde la Grecia antigua con Heráclito de Éfeso, en el sentido de que lo único permanente es el cambio, conforme a la conocida frase de que: «Nadie puede bañarse dos veces en el mismo río, porque ni el hombre es el mismo ni el río tampoco».

Congruentes con los elementos anteriores podemos especificar que, *bien* es un concepto genérico cuya única determinación la otorga su carácter de satisfactor, lo valioso que contiene o proporciona y, en lo cognitivo el reconocimiento que realiza el hombre de ello.

Por diferencia el *bien jurídico* está dentro del espacio general de la realidad producida por la actividad o conducta de las personas físicas y de las colectivas estudiado desde las ciencias sociales, en particular en el campo del Derecho y cognitivamente de la ciencia jurídica; luego tiene y debe tener una naturaleza, esencia, forma, estructura, función, espacio y tiempo jurídicos, así el concepto jurídico de persona no se encuentra en el medio de las ciencias biomédicas pues por definición es el ser sujeto de derechos y obligaciones; existiendo en nuestra ciencia los seres ideales llamados personas morales o colectivas como la nación, nacionalidad, *multinacionalidad*, las entidades federativas y los municipios, sociedades anónimas, cooperativas, sindicatos o universidades cuya creación es jurídica.

Bien jurídico requiere de espacio y tiempo que no corresponden a los que maneja la ciencia fisicomatemática, por diferencia estos tiempos y espacios son sociales y, conforme lo sostuvimos anteriormente, implican el cambio en cuanto al tiempo y a un espacio determinado conforme la voluntad de las personas.

En suma, estamos de acuerdo que el concepto de *multinacionalidad* o *múltiple nacionalidad*, protegido y precisado por el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, llevado a

cabo en Estrasburgo, Francia, antes referido; es el correcto, para identificar el bien jurídico del derecho humano relacionado con aquella. Es decir, es la «posesión simultánea de dos o más nacionalidades por la misma persona (...)».

Los estados modernos al formar parte voluntariamente del Sistema de Justicia Universal por medio de la celebración de Tratados y Convenios Internacionales, están obligados a proteger el derecho humano a la *multinacionalidad*; esto en virtud de que implica una progresividad jurídica en la globalización, que otorga tanto al ciudadano que la posee gozar de la misma, como a su familia a través del «*ius sanguinis*», el cual por obvias razones se hace extensivo por ser irrenunciable e imprescriptible.

Ergo las sociedades modernas, sobre todo las europeas, cansadas de sufrir por más de dos siglos consecutivos guerras y separaciones; cambiaron su forma de pensar y a partir de la Segunda Guerra Mundial, se han preocupado por unir a las personas a través del bien común y por ello, dejar a un lado la exclusividad de la nacionalidad a un país determinado y permitir que, las personas gocen más de una.

Lo anterior se ve reflejado con la creación de la Unión Europea que, a la sazón reconoce a los miembros de los Estados que forman parte de la misma, el derecho de toda persona de gozar de una *multinacionalidad*. Esa forma de pensar y gobernar, trajo aparejado que dicha Unión Europea, obtuviera en 2012, el premio Nobel de la Paz.

Bajo esa tesitura, la Unión Europea lo recibió como reconocimiento de más de seis décadas de contribución al progreso de la paz y la reconciliación, la democracia y los derechos humanos, entre los Estados que la conforman.

Ese gran honor para la Unión Europea de recibir el Premio Nobel de la Paz en el 2012, fue para validar el mayor reconocimiento posible a las motivaciones políticas profundas que sustentan aquella. Es el reconocimiento al esfuerzo sin precedentes, por parte de un número cada vez mayor de Estados de Europa, para superar la guerra y las divisio-

nes, y conformar entre todos un continente en paz y de prosperidad. El galardón no se limita al proyecto y las instituciones que encarnan un interés común, sino que también honra a los 500 millones de personas que viven en dicha Unión.

En alusión al futuro, tanto el Presidente del Consejo Europeo, como el Presidente de la Comisión Europea, en una declaración conjunta manifestaron el compromiso de la Unión Europea de «seguir promoviendo la paz y la seguridad en los países de nuestro entorno y en todo el mundo».

En ese mismo contexto, el comité noruego del premio Nobel de la Paz, destacó «la contribución de la Unión Europea durante más de seis décadas al progreso de la paz y la reconciliación, la democracia y los derechos humanos en Europa».

Además, señaló que el papel estabilizador desempeñado por la Unión Europea «ha contribuido a transformar la mayor parte de Europa de un continente de guerra en un continente de paz. El trabajo de la UE representa la “fraternidad entre naciones” y se asemeja a los “congresos de la paz” a los que se refería Alfred Nobel en su testamento de 1895 como criterios para el premio de la Paz».

Cabe resaltar que, para que un Estado forme parte de la Unión Europea, es necesario en primer lugar, que garantice el cumplimiento del respeto irrestricto de los derechos humanos y después los demás aspectos, como son el económico y los otros requisitos exigidos. La Unión Europea obtuvo el Premio Nobel referido, por la protección a los derechos humanos, por la construcción del Sistema Interno de Protección a los Derechos Humanos y proponer alcances internacionales para tal efecto. La Unión Europea ha sido clave en la transformación de Europa «de un continente de guerras a un continente de paz», expresó el Presidente de la Comisión que entrega el premio, Thorbjørn Jagland, al anunciar su decisión en Oslo. «Este es un mensaje a Europa para que haga todo lo posible para asegurar lo que ha logrado y siga adelante», también señaló que es un recordatorio de lo que se perdería «si se permite que la Unión colapse».

Elogió a la Unión Europea hoy de 27 naciones, por la reconstrucción después de la Segunda Guerra Mundial y, por su papel en la difusión de la estabilidad en los antiguos países comunistas, después de la caída del Muro de Berlín en 1989.

Desde sus inicios la Unión Europea siempre ha abierto la puerta a la defensa de los derechos humanos y se ha convertido en un baluarte de esa defensa en el mundo. Todas las constituciones de los 27 países miembros, recogen en sus articulados y en mayor o menor medida los derechos básicos de sus ciudadanos. Pero la Unión Europea ha dado un paso más y en el año 2000 aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales, que se ha visto reforzada con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Todas las instituciones se comprometen a defenderla como explica Juan Fernando López Aguilar, eurodiputado miembro de la Comisión de Derechos Fundamentales del Parlamento: «En un ámbito tan crucial para la construcción europea, como es el de la protección de los Derechos fundamentales y de la dignidad humana que deben ser garantizados por el poder judicial de la UE, el Tribunal de Justicia, pero también por los poderes judiciales de los Estados».

El ejemplo sin precedentes de la Unión Europea sobre el reconocimiento y protección de los derechos humanos, así como la figura de la *multinacionalidad*, ha permeado en otros países fuera de dicha Unión. En efecto, tras la apertura del reconocimiento de poder gozar de más de una nacionalidad, dentro de los países que conforman aquélla, se ha logrado a nivel internacional la firma de tratados de doble nacionalidad.

Sin embargo, consideramos que, si bien es cierto hay un avance con esa posibilidad a nivel internacional, de gozar de más de una nacionalidad; lo cierto es que, también resulta tedioso el avanzar en ese tema, única y exclusivamente a través de la creación de tratados para tal fin.

En efecto, el hecho de que una persona goce de más de una nacionalidad, debería de ser protegido por todos aquellos Estados que se jacten de ser de corte social y democrático

de Derecho. Es decir, en otras palabras, todos aquellos Estados que se identifiquen con ese funcionamiento, deberían de reformar sus constituciones, para que dentro de su articulado, se contemplen disposiciones que protejan ese derecho de sus connacionales, sin tener que suscribir algún tratado para tal efecto.

A más de lo anterior, es necesario que, cada uno de los Estados que reconozcan el derecho a su congénere de disfrutar de más de una nacionalidad, se aplique en actualizar sus legislaciones secundarias y evitar a toda costa una discriminación entre sus iguales. En otras palabras, es necesario evitar las prohibiciones que hoy por hoy existente en las leyes secundarias, sobre la exclusión de personas para desempeñar cargos públicos, cuando las mismas tienen o han adquirido alguna nacionalidad diferente a la del Estado en donde viven.

A más de lo anterior, también es necesaria la capacitación de los servidores públicos sobre el particular. Lo anterior en atención a que, a pesar de que en algunos países se reconoce el derecho de la doble nacionalidad, en la praxis viciada, hay un desconocimiento supino por parte de los servidores públicos sobre la materia, lo que convierte el avance sobre el particular en letra muerta; toda vez que se niega sistemáticamente la aplicación y protección de un derecho adquirido, por el desconocimiento o falta de capacitación de aquéllos.

En suma, ese binomio que debe existir entre el avance legislativo y la capacitación de los servidores públicos, es piedra de toque para verificar si en el mundo fáctico se respetan los derechos humanos; ya que solamente mediante una ajustada determinación legal se impedirá que el Estado, apoyándose en la oscuridad, vaguedad o indeterminación de la ley, se vulneren los derechos humanos.

El Estado Social Democrático de Derecho, no se justifica hoy en día con el formal reconocimiento y consagración de tan elevados principios, sino la verificación de si las concretas disposiciones legales responden, tanto al enunciar el presupuesto como la consecuencia al postulado de una precisa determina-

ción, pues poco importa que se proclame pragmáticamente el reconocimiento de los derechos humanos, si luego no se determinan con precisión y certeza en las distintas disposiciones legales los presupuestos y las consecuencias para proteger y hacer valer los mismos.

La obligación estatal no termina con el reconocimiento que tiene una determinada persona del derecho de gozar de varias nacionalidades, sino que, es necesario que además se reconozca ese mismo derecho a sus familiares consanguíneos. En efecto, la globalización del mundo moderno a través de los medios de transporte, el incremento de empresas transnacionales; trae aparejado la necesidad de vivir contemporáneamente en más de una latitud, y por ende, el núcleo familiar se ve afectado con dicho fenómeno. Con base en ello, en la vida cotidiana existen un sinnúmero de situaciones que, comprometen al núcleo familiar en el ámbito de la adquisición de más de una nacionalidad. En esa tesitura, es necesario proteger la unión familiar con relación a la adquisición de otra nacionalidad por parte del padre o la madre que conforman la misma.

Resulta lógico que, siendo la familia el núcleo social más importante que conforma al Estado, luego entonces, resulta por demás importante que, los miembros de una familia estén unidos por la misma identidad nacional. Siendo incongruente que, en una misma familia, esté conformada por miembros que gocen de diferentes nacionalidades, de tal suerte, se convierte en una exigencia para los Estados modernos, el facilitar el otorgamiento a todos los integrantes de una familia la misma nacionalidad.

Para robustecer lo anterior, se enuncian algunos de los más importantes tratados que dieron origen a la protección de evitar la apátrida y el reconocimiento de gozar de más de una nacionalidad, que hoy por hoy campean a nivel internacional, a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01); *Carta*

de los Derechos Fundamentales de la Unión, relacionada con el contenido de la Parte II, publicada el 16 de diciembre de 2004 ES. *Diario Oficial de la Unión Europea C 310/41; Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los protocolos números 11 y 14*, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos números 4, 6, 7, 12 y 13; *Protocolo n. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 e noviembre de 2000; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Dicho texto recogió en contenido de la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituirá a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Cabe resaltar el contenido del art. 8.1 del Título II de la Parte Primera del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (TCE), mismo que a la letra señala que: «Toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

3. La multinacionalidad en España. Habida cuenta de lo anterior, es de destacar el papel tan importante que ha llevado a cabo España, dentro de esa transformación conformada por los Estados de la Unión Europea. En efecto, es plausible el ejemplo a seguir del gobierno español, con relación al reconocimiento de la nacionalidad de sus congéneres, en atención a que, dicho país después de sufrir 39 años de dictadura franquista; es decir, a la muerte de Francisco Franco Bahamonde, acaecida en Madrid, el 20 de noviembre de 1975, aprobó su actual Constitución, que las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, propusieron; la cual fue ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

En el preámbulo de la misma, se reconoce garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo; resaltando el ejercicio de los derechos humanos.

Para consolidar positivamente los principios contenidos en la Constitución Española, el citado Rey de España Juan Carlos I, mandó publicar la Ley de la Memoria Histórica, en cuya exposición de motivos se señala que: «El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guio la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que trajo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora. El espíritu de la Transición da sentido al modelo constitucional de convivencia más fecundo que hayamos disfrutado nunca y explica las diversas medidas y derechos que se han ido reconociendo, desde el origen mismo de todo el período democrático, en favor de las personas que, durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y del régimen dictatorial que la sucedió. (...) Es la hora, así, de que la democracia española y las generaciones vivas que hoy disfrutan de ella honren y recuperen para siempre a todos los que directamente padecieron las injusticias y agravios producidos, por unos u otros motivos políticos o ideológicos o de creencias religiosas, en aquellos dolorosos períodos de nuestra historia. Desde luego, a quienes perdieron la vida. Con ellos, a sus familias. También a quienes perdieron su libertad, al padecer prisión, deportación, confiscación de sus bienes, trabajos forzados o internamientos en campos de concentración dentro o fuera de nuestras fronteras. También, en fin, a quienes perdieron la patria al ser empujados a un largo, desgarrador y, en tantos casos, irreversible exilio. (...) La presente ley amplía la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española a los descendientes hasta el primer grado de quienes hubiesen sido originariamente españoles. Con ello se satisface una legítima pretensión de la emigración española, que incluye singularmente a los descendientes de quienes perdieron la nacionalidad española por el exilio a consecuencia de la Guerra Civil o la Dictadura. (...) Este es el compromiso al que

el texto legal y sus consecuencias jurídicas responden».

Más adelante en su Disposición adicional séptima, relacionada con la adquisición de la nacionalidad española describe: **1)** Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen. **2)** Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

Con base en dichas disposiciones, el gobierno español protege a todos sus congéneres, del derecho de gozar de la nacionalidad española, independientemente de cualquier otra que ostenten, con motivo de los supuestos establecidos en la ley en cita.

Amás de lo anterior y cumpliendo cabalmente con los Tratados y Acuerdos Internacionales, tanto la Constitución Española como sus leyes secundarias y disposiciones Consulares, tutelan ese irrestricto derecho reconocido en la Ley antes mencionada. Así a nivel constitucional se describe lo siguiente: «Artículo 11. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.

Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad».

Por su parte el Código Civil español, viene a cumplimentar en forma armónica y sistemática el postulado constitucional referido, al señalar lo siguiente: «Artículo 17. 1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles».

En el mismo sentido las disposiciones Consulares españolas responden a dichas premisas al señalar lo siguiente: «Nacimientos. Cuando un español tenga a un hijo en el extranjero debe, en primer lugar, practicar la inscripción de nacimiento en el Registro Civil local de la localidad donde haya nacido su hijo, pero después, sin plazo de tiempo, debe dirigirse a la Oficina Consular más próxima a donde haya nacido su hijo para que se practique la correspondiente inscripción de nacimiento».

En suma, con la participación de los Estados miembros de la Unión Europea, con relación a la protección de los derechos humanos,

sobre todo en materia de reconocer la *multinacionalidad*; estamos ciertos que, en poco tiempo, su ejemplo será replicado a nivel internacional, logrando con su proceder una convivencia armónica a nivel internacional, al hacer extensivo dicho reconocimiento en las sociedades modernas, como forma de defensa de los derechos humanos en los Estados Sociales Democráticos de Derecho.

4. Nuestra definición. Así hoy en día, ese reconocimiento de gozar de la *multinacionalidad*, se extiende, como ya se mencionó a los hijos consanguíneos e inclusive adoptivos del que la posee. Lo anterior, en atención a que está prohibida la discriminación, fundamentalmente entre iguales; no importando que sean menores o mayores de edad. Dicha protección ha sido cristalizada sobre todo en

países pertenecientes a la Unión Europea; destacándose la participación de España, que después de haber sufrido más de 39 años de dictadura franquista, reivindicó a los españoles de origen, ese reconocimiento de su nacionalidad española, a través de la denominada Ley de la Memoria Histórica de 2007; por medio de la cual, hijos y nietos de español exilado, han podido recuperar su nacionalidad de origen, sin la necesidad de renunciar a cualquiera otra que hayan adquirido, es decir, pueden gozar ahora de la *multinacionalidad*, definida ésta como la calidad ciudadana propia de la persona, en la complejidad multidimensional de la globalización del siglo XXI.

*Emilio Ricardo Peña Rangel
Juan de Dios González Ibarra*

Nombre y apellido (en Europa)

Bibliografía: BALLARINO, *I beni ambientali*, en CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 120; BERLOCO, *Il nome: segno distintivo della propria identità personale*, en *Stato civ. it.*, 2008, I, p. 92; BUSNELLI, *Fonti costituzionali europee e ordinamenti civili*, en PALAZZO, PIERETTI (coord.), *Studi assisani nell'attesa di Benedetto XIV*, Perugia-Roma, 2011, p. 66 s.; BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 288; CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, en SESTA, CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; CIPPITANI, *I beni e i diritti reali*, en PALAZZO, SASSI (coord.), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, 2007, p. 101 ss.; CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, en *Corr. giur.*, 2011, p. 579

ss.; CONTI, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*, en *Corr. giur.*, 2008, p. 508 ss.; DANISI, *Matrimonio, diritti ed égalité: anche il Conseil Constitutionnel rinvia al legislatore*, en *Fam. e dir.*, 2011, 7, p. 668 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *Nome civile*, en *Enc. giur. Treccani*, XXI, Milano, 1990, p. 1 ss.; FALLON, *Variation sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 129 ss.; HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, en HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010, p. 4; MENGOSI, *Il diritto alla continuità di cognomi di minori provvisti della cittadinanza dello Stato membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 69 ss.; NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; OTTAVIANO, *La*

Corte di Giustizia riconosce all'articolo 20 un'autonomia portata attributiva di diritti al cittadino europeo, en *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 809; PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013; RICCI, *Il diritto al nome*, en FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Torino, 2008, p. 77 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 239 ss.; SCHÄTZEL, *Le nom des personnes en droit international*, en *Recueil des cours*, 1958, 3, p. 215; VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, en *Federalismi*, 2012, p. 7.

1. La elección del nombre de pila y del apellido de los hijos en la jurisprudencia italiana y europea.

La imposición del nombre de pila y la transmisión del apellido a los hijos son asuntos a los que se aplica, tradicionalmente, la legislación interna de cada Estado, y puede parecer extraño que se discuta de esto en los Tribunales Europeos de Justicia y de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sucesivamente «TEDH») ha recibido varias veces demanda de tutela por los padres contra la prohibición del Estado de inscribir el nombre que eligieron para sus hijos, afirmando que violaba el art. 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (sucesivamente «CEDH»), es decir lamentando la intromisión del estado, en desprecio del derecho a la tutela de la vida privada y familiar del nacido.

Sólo en el caso *Johansson v. Finlandia* reconoció la violación del precepto de tutela de la vida privada y familiar por negar la inscripción del nombre Axl, mientras rechazó las mismas peticiones en los casos *Guillot v. Francia* (Fleur-de-Marie), *Salonen v. Finlandia* (Ainut Vain Marjaana), *Baylac-Ferre et Suarez v. Francia* (Martí)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Dec. 25 de setiembre de 2008, C. 279777/04: «Après avoir constaté d'une part que la différence de graphie du prénom de l'enfant est minime, puisqu'elle ne porte que sur l'accent, d'autre part qu'elle ne semble pas présenter un obstacle à l'identification personnelle de l'enfant et enfin la possibilité ouverte par l'article 60 du code civil de demander le changement du prénom de l'enfant, la Cour conclut qu'il n'y a eu aucun manquement au respect de la vie

Al contrario, a menudo fue aceptada la petición de aquellos que censuraban, desde el mismo punto de vista, el rechazo de los Estados a rectificar el nombre atribuido según las disposiciones de un Estado y erróneamente transcrito en los registros civiles de otro, también en circunstancias que no implican ningún elemento de internacionalidad. No faltan sin embargo casos en los que se consideran justificadas las restricciones para tutelar un objetivo legítimo, como por ejemplo la conservación de la lengua y de la democracia del Estado.

Más incisiva es la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea que se ha interesado de las disposiciones o de las prácticas nacionales que, aunque sea posible aplicarlas sin distinción de nacionalidad, impiden el pleno ejercicio de la libertad de circulación dentro de la Unión y del derecho de residencia⁽²⁾. Un primero caso es lo de las dificultades que derivan de la alteración del nombre, por parte de la administración de un Estado.

En particular, el caso en que el nombre reclamado se utilice con eficacia non jurídica en las relaciones de la vida social sería, según la Corte de Estrasburgo, una «situación de hecho (...) adecuada para reducir el daño o solamente la incomodidad del interesado que tiene que llevar oficiosamente un nombre diferente»⁽³⁾. En efecto la Corte había obligado a la demandante a demostrar las dificultades considerables que había encontrado en función de la ley vigente en Letonia, que imponía la adaptación gráfica a la pronuncia del apellido que contenga letras que no encuentran correspondencias fonéticas en el alfabeto letón, como en el caso de «tz» contenido en el apellido alemán *Mentzen* transformado en «c», que expresa un valor fonético equivalente.

privée et familiale des requérants sous l'angle de l'article 8 de la Convention et elle rejette le grief comme manifestement mal fondé.

⁽²⁾ *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteing, Standesamt e Land ratsamt Caw*, 30 de marzo de 1993, C. 168/91.

⁽³⁾ TEDH, 7 de diciembre de 2004, *Mentzen alias Mencena v. Letonia*.

Al contrario, en consideración de la importancia de la libertad de circulación, el Tribunal de justicia llamado a juzgar la transliteración desde el alfabeto griego hacia el alemán del nombre *Christos Konstantinidis*, antes inscrito como *Christos Konstantinidis* y luego como *Hrístos Kónstantinides*, aplicando en práctica el estándar ISO-18, en vigor en Grecia y Alemania en base al Convenio de Berna del 13 de septiembre de 1973, considera que la solución elegida por la autoridad alemana viola el derecho de residencia, porque se trata de un profesional griego que trabajaba como masajista en Alemania, y considera abstractamente integrado el riesgo de confusión, que deriva del hecho que el nombre del interesado es diferente si la pronuncia es la suya o de un hablante alemán. Es evidente que los ordenamientos en los que obran los dos tribunales tienen diferentes bases jurídicas y un diverso nivel de integración, a pesar de eso el desacuerdo entre los dos parece más bien consecuencia de la peculiaridad de los casos juzgados, especialmente porque el TEDH pone en evidencia que el pasaporte de la señora *Mentzen* tiene la versión original del apellido y la define equivalente a la versión adaptada.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional nacional, había considerado ilegítima la norma que ponía esta indicación en la página 14, sosteniendo que deberían haberla inscrito en una página cercana a la página 3, página que contiene los datos identificativos del titular. El legislador ha acogido estas indicaciones y las del Tribunal de Estrasburgo en un reglamento que establece la inscripción en la página 4 de la antedicha cláusula de equivalencia.

De esta manera, libertad de circulación del ciudadano y derecho fundamental al nombre se revelan factores de corrección que pueden imponer el reconocimiento de *status* o situaciones personales, cuando la falta de reconocimiento de un *status* válido en un Estado cree un obstáculo a la libertad de circulación del ciudadano en la Unión, y precisamente la referencia al art. 8 CEDH funda la consideración de la menor facultad del Estado de imponer limitaciones al cambio del apellido

«en el diferente contexto de la ciudadanía de la Unión europea» en las conclusiones del Abogado general del caso *García Avello*⁽⁴⁾.

Un fenómeno de «fertilización» recíproca entre derechos fundamentales y libertad de circulación, que ha llevado al Tribunal de justicia a tutelar la unidad familiar de los ciudadanos de la Unión, porque realiza la libertad de circulación y residencia⁽⁵⁾, y a considerar una «posible limitación de la competencia del Estado en materia de individuación de los presupuestos para el reconocimiento del permiso de residencia y trabajo a ciudadanos de otros Estados»⁽⁶⁾, en una circunstancia carente de elementos de conexión con el derecho de la Unión, ya que no existía cualquiera circulación entre estados.

Se trata del caso de cónyuges colombianos domiciliados en Bélgica irregularmente, padres de hijos que tienen la ciudadanía belga según el *Code de la nationalité belge*, art. 10, párrafo 1, que demuestran de poseer los medios suficientes para sustentarlos: sin ninguna referencia a la jurisprudencia de el TEDH, aunque haya sido mencionado por las partes y en las conclusiones del Abogado General, el Tribunal de justicia basa su decisión en el art. 20 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (sucesivamente «TFUE»), determinando «que la tutela de la efectiva utilización del los derechos conexos al *status* de ciudadano europeo obstaculiza el rechazo del reconocimiento del permiso de residencia al ciudadano de un país tercio, que asista los hijos menores ciudadanos del Unión, porque de esta manera obligaría los menores a «abandonar el territorio de la Unión para seguir a sus padres»⁽⁷⁾. La sentencia llevó al ministro de justicia irlandés a ordenar un nuevo examen de los casos

⁽⁴⁾ Avv. gen. Jacobs, *Carlos García Avello v. Belgique*, 22 mayo 2003, C-148/02.

⁽⁵⁾ Tribunal de justicia, 25 de julio de 2008, C-127/08, *Metock*, en Rec. 2008, p. I-6241.

⁽⁶⁾ OTTAVIANO, *La Corte di Giustizia riconosce all'articolo 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, en *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 809.

⁽⁷⁾ Tribunal de justicia, 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, en Rec., 2011, p. I-1177.

pendientes ante los tribunales del estado, atribuibles al dicho modelo, demostrando la importancia de la sentencia del tribunal de Luxemburgo. Con respecto a la competencia estatal en materia de atribución del permiso de residencia, unánimemente la materia es considerada prerrogativa de cada estado sobre cada medida que se refiera a «aspectos del derecho de familia con implicaciones supranacionales» ex art. 81, párrafo 3, TFUE, testimoniado de la aversión de los estados a renunciar a su soberanía bajo este perfil.

Paralelamente, el TEDH enseñaba que los arts. 8 y 14 CEDH obstaculizan el rechazo de la autoridad nacional de añadir el apellido materno o uno diferente del elegido como nombre de familia, puesto que el principio de la unidad de la familia se puede realizar también de manera diversa que transmitiendo un único apellido⁽⁸⁾, aunque tendríamos que analizar atentamente las razones de interés público estatal en limitar los nombres compuestos, sin embargo utilizados en las relaciones sociales⁽⁹⁾.

2. La atribución del prenombre. El nombre, compuesto de prenombre y apellido, de la persona humana es objeto de tutela del ordenamiento interno y comunitario en cuanto eje de la identidad personal, que se constituye en torno a este signo identificativo con el tiempo, en las relaciones sociales. Así a la elección del nombre no es atribuible la misma tutela, porque precede, incluso a nivel temporal, la formación de esa identidad, y constituye un ejercicio de la potestad - o mejor de la responsabilidad⁽¹⁰⁾ - de los padres, sostenido por el canon del acuerdo paritario y sobre todo por el canon del interés del menor que iguala el poder discrecional de los padres al del sujeto pasivo de una obligación, que tiene como resultado la cura del menor.

⁽⁸⁾ *Burghartz v. Switzerland*, 22 de febrero de 1994, C. 16213/90, en www.echr.coe.int.

⁽⁹⁾ *Rehlingen v. Allemagne*, 6 de mayo de 2008, n. 33572/02.

⁽¹⁰⁾ PALAZZO, *La filiazione*, en *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 559 ss. *Vid.* art. 18 del Convenio sobre los derechos del niño y el Reg. CE n. 2201/2003.

Así se habría podido resolver la cuestión sobre la legitimidad de la disposición judicial de rectificación del nombre «*Venerdì*» (el Viernes) elegido por los padres de un niño nacido en Génova en el 2006, porque considerado ridículo o vergonzoso, y por eso prohibido por el art. 34, apartado 1, D.P.R. (Decreto del Presidente de la Republica) n. 396/2000 del ordenamiento del estado civil⁽¹¹⁾.

La norma, excluyendo el rechazo de registro que estaba contemplado antes, obliga al oficial mayor a quien se dirijan los padres para declarar el nacimiento de un niño a quien quieren imponer un nombre que viole la prohibición, a informar inmediatamente al fiscal, para que decida de promover en el Tribunal competente el juicio de rectificación ex art. 95, D.P.R. n. 396/2000⁽¹²⁾.

En el caso específico el Tribunal de Génova rectificaba el nombre cambiándolo en Gregorio (nombre del santo del día de nacimiento del niño), con decreto ratificado por el Tribunal de Apelación que decía como «la singular relevancia del nombre, en cuanto primer elemento connotativo del individuo en su proyección social, a través de su comunicación en cada contacto cognoscitivo y relacional, habría acentuado el carácter ridículo y susceptible de ironía y afrenta, propio del nombre elegido, con un gran daño a la persona», además porque existe un único caso de atribución de ese nombre a una persona, en la novela *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, que hace pensar a un ser humano no civilizado, caracterizado por la sujeción y por inferioridad.

Siempre en Italia, más recientemente el Tribunal de Novara⁽¹³⁾, en aplicación del art. 6 *codice civile*, interpretado según el art. 2

⁽¹¹⁾ Cass., 20 de octubre de 2008, n. 25452, en *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 601 ss., con nota de BARDARO, *Si può dichiarare il proprio figlio con il nome di Venerdì? I giudici di merito lo negano, la Suprema Corte si lava le mani*, *ivi*, p. 605 ss.; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 164 ss.

⁽¹²⁾ BERLOCO, *Il nome: segno distintivo della propria identità personale*, en *Stato civ. it.*, 2008, I, p. 92.

⁽¹³⁾ Trib. Novara (decr.), 12 noviembre 2009, en www.novaraius.it.

Constitución, consideró que «el nombre no ejerce más, o por lo menos no en exclusiva, la función de identificación de la persona en el derecho público, pero que, al contrario, éste sea expresión del inviolable derecho de la personalidad de quien lo lleva, más precisamente que sea el primer baluarte - cronológicamente hablando - del derecho “de ser sí mismos”» y que en cuanto tal, «se debe tutelar desde el momento inicial, genético y formativo, de la elección y de la imposición del nombre al niño. Se trata de una elección que ciertamente corresponde ante todo a los padres, que pueden elegir con la máxima libertad el nombre de los hijos, considerando, sin embargo, que los efectos de la decisión caerán sobre los hijos. Consecuentemente al criterio de un juicio *ex ante*, y por el *id quod plerumque accidit*, en relación con el contexto socio-ambiental de vida de la familia, los padres deberán evitar los nombres que, en un futuro más o menos lejano, podrían provocar relevante molestia, o perjuicio, al hijo». Los límites marcados por el art. 34, D.P.R. n. 196/2000 no están relacionados con una aspiración de derecho público, sino con la tutela de la personalidad del individuo, y por eso se consideran de estricta interpretación, hasta calificar «como totalmente excepcionales los conceptos de ridículo y de vergonzoso que, además, son extremadamente vagos» y concluyendo que «el adjetivo “ridículo” se considera en una acepción exclusivamente negativa, es decir como susceptible de escarnio, “que puede volver el sujeto en el hazmerreír de la pandilla”, no se puede simplemente asimilar al sentido, de por sí neutro, de nombre curioso, o singular o inusual». Coherente es la jurisprudencia de el TEDH, en relación a los límites de la potestad pública de interferir en la elección del nombre impuesto al menor por los padres, que es defendida a razón del respeto de la vida privada y familiar por el art. 8 CEDH. Antes⁽¹⁴⁾ la Corte de Estrasburgo ha considerado oportuno el rechazo de las autoridades administrativas francesas de inscribir

una niña con el nombre de *Fleur-de-Marie*, porque no existía en ningún calendario, sino evocaba el personaje de Eugène Sue en *Les mystères de Paris*.

El *Tribunale de grande instance* de Nanterre rechazó el recurso de los padres, admitiendo sólo los dos nombres *Fleur Marie*, ya reconocidos por la ley francés⁽¹⁵⁾; la *Cour d'appel* de Versailles ratificó la decisión, como la *Cour de Cassation*, porque el nombre, demasiado ex-céntrico, habría podido perjudicar la menor. Principio fundamental de la decisión es el interés del menor a no llevar un nombre ridículo⁽¹⁶⁾, y el TEDH concluye apoyando la legítima limitación de la autoridad de los padres para decidir, también porque no se consideraría violación de la vida privada en cuanto, aunque la niña lleve habitualmente el nombre controvertido, la autoridad estatal ha encontrado la lógica solución, en el interés de la menor, de eliminar el pronombre «de», aceptando la petición subordinada de los padres de inscribir el nombre *Fleur-Marie*⁽¹⁷⁾. En el examen que la Comisión condujo, en el año de adhesión de Finlandia a la Unión Europea, en la controversia entre los Salonen y su Estado⁽¹⁸⁾, por el rechazo de registro del

⁽¹⁵⁾ Loi 11 germinal an XI; Loi 93-22, 8 de decembre de 1993, art. 57 code civil: «Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère (...). L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant».

⁽¹⁶⁾ Cour de cassation, 10 de junio de 1981, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, p. 160.

⁽¹⁷⁾ Opuesto la *Opinion dissidente commune Macdonald et De Meyer*.

⁽¹⁸⁾ Décret *Salonen v. Finlandia*, Comm., 2 de julio de 1997, n. 27868/95.

⁽¹⁴⁾ *Guillot-France*, 23 de septiembre de 1996, C. 22500/93.

nombre «*Ainut Vain Marjaana*» (la única y sola Marjaana), la decisión (confirmatoria del rechazo) fue inspirada por la protección del niño con respecto al posible perjuicio causado por un nombre que otros consideran impropio.

Diferente la suerte de la causa iniciada por los cónyuges Johansson contra el mismo Estado⁽¹⁹⁾, contra el rechazo de inscribir sus hijo con el nombre «*Axl*» porqué no utilizado y por lo tanto contrario al *Names Act* del 1985 sección 32 b, subsección. 2 (1) e 3 (2), modificado dal Act n. 253/1991.

El TEDH, aunque el nombre fuera insólito y poco utilizado, consideró que el interés público no pudiera justificar la anulación de la autoridad de los padres para elegir el nombre, garantizada en cuanto aspecto de la vida privada de los demandantes, y la diferencia con los casos más remotos es que el nombre elegido ya haya sido inscrito, en los casos de otras personas, en Finlandia.

Es relevante notar que la motivación es estrictamente vinculada al argumento de defensa propuesto por el gobierno, que, considerando la escasa población, afirmaba la necesidad de limitar la elección de nombres extranjeros (o con grafía extranjera), para defender su identidad lingüística: sin embargo, el nombre *Axl* «*was not ridiculous or whimsical, not was it likely to prejudice the child (...) and it was also pronounceable in the finnish language and used in some other countries*».

Recientemente, en una nueva ocasión⁽²⁰⁾, el TEDH ha censurado la violación del art. 8 CEDH, en relación a la legislación turca, corroborando que el margen del juicio, reconocido a los Estados en el ejercicio de su potestad, exclusiva, de reglamentar esta materia⁽²¹⁾, se entiende en el sentido que las res-

tricciones legales a la autoridad de cambio (o de elección) de un nombre son admisibles sólo en el caso que sean de interés público: «por ejemplo, para garantizar un correcto registro de la población o para proteger a los medios de identificación personal o para relacionar a una familia todo los que llevan un cierto nombre». El gobierno turco no adujo estos asuntos y fundó el rechazo de corregir el nombre inscrito por un cambio en los registros de estado civil en el 1989 (Gözel, mientras que la demandante pedía el cambio en Güzel, nombre de origen dialectal curda con el cual la inscribieron en el 1993, y siempre la habían llamada, aduciendo una falta ortográfica de transcripción) sólo porqué este último no figuraba en el diccionario turco.

La decisión recuerda, entre los precedentes, el caso *Stjerna v. Finlandia*⁽²²⁾, en que se negaba la posibilidad de cambiar el apellido (*Stjerna*) en otro, del cual el primero era una abreviación (*Tawaststjerna*), de antigua origen sueca, que también los antepasados del demandante habrían querido llevar, sufriendo la injusticia de tener que llevar la mitad del nombre original de familia, aduciendo también dificultades ortográficas y de pronuncia. El demandante afirmaba que el rechazo de las autoridades finlandesas, no fuera justificado por la protección de los miembros de la familia *Tawaststjerna*, ni por la necesidad de registro de la población, y que por lo tanto la legislación interna fuera excesivamente protectora con los apellidos en uso.

El TEDH, notando que el ultimo antepasado a llevar el apellido completo vivió más de doscientos años antes del demandante, y que las mismas dificultades ortográficas y de pronuncia podían interesar el apellido reclamado, concluía rechazando el recurso y afirmando que «las autoridades nacionales son, por principio, más adecuadas para juzgar el nivel de incomodidad al utilizo de un apellido antes que otro en su propia nación».

⁽¹⁹⁾ *Johansson v. Finlandia*, 6 de septiembre de 2007, C. 10163/02, en *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 92.

⁽²⁰⁾ *Güzel Erdagoz v. Turchia*, cit.

⁽²¹⁾ Se trata de un *modus operandi* característico del Tribunal: por algunas sentencias, relacionadas con materias de competencia estatal, censuradas sólo dentro de los límites de la sensatez en la comprensión de los derechos fundamentales por necesidades públicas, véase *Olsson v. Sweden*, 24 de marzo de 1988,

C. 10435/83, § 54; *Hokkanen v. Finlandia*, 23 de septiembre de 1994, C. 19823/92, § 55.

⁽²²⁾ *Stjerna v. Finlandia*, 25 de noviembre de 1994, C. 18131/91.

Aunque había explicado, interpretando el art. 8, que «*tout en reconnaissant donc qu'il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la Cour admet que des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public; par exemple, afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné*», la Corte concluye así, formulando un principio de derecho que es tan simple en la enunciación como es difícil reconocer «las razones suficientes para llevar el Tribunal a decidir en manera diferente de las autoridades» estatales.

3. Derecho al nombre y elección por parte de los padres del prenombre. El nombre, en el sentido de unión de prenombre y apellido, es tutelado como derecho fundamental. En Italia esa protección se considera garantizada por el art. 2 de la Constitución, en cuanto nombre constituye una de las principales manifestaciones del derecho a la identidad personal, por que connota el individuo en las relaciones sociales, desde el primer encuentro con los demás⁽²³⁾. Esto es el resultado de la evolución⁽²⁴⁾ desde una interpretación «publicista», en que el nombre es importante como instrumento de identificación de asociados, hasta una «social», que evidencia en el nombre la adhesión a la familia, hasta llegar con una famosa decisión constitucional al reconocimiento de su «función de instrumento identificativo de la persona que, en cuanto tal, constituye parte esencial y irrenunciable de la personalidad»⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ DE SANCTIS RICCIARDONE, *Nome civile*, en *Enc. giur. Treccani*, XXI, Milano, 1990, p. 1 ss.

⁽²⁴⁾ HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, en lo., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010, p. 4.

⁽²⁵⁾ Corte cost., 3 de diciembre de 1994, n. 13, en *Foro it.*, 1994, I, c. 1668 ss.; C. Cost. 11 mayo 2001, n. 120, en *Giur. it.*, 2001, c. 2238 ss.; CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, en SESTA, CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; RICCI, *Il diritto al nome*, en FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e*

Según el art. 22 de la Constitución italiana, está además prohibido privar la persona de su nombre por razones políticas, ya sea italiano o extranjero.

Las fuentes internacionales reconocen la misma importancia al nombre en cuanto derecho fundamental de la persona⁽²⁶⁾.

Entre las fuentes supranacionales se destacan el art. 3 de la Declaración de los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, según la cual el niño tiene «derecho a un nombre», y a una nacionalidad, «desde su nacimiento», el art. 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, según el cual todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y la análoga previsión del art. 7 de la Convención ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, que en el art. 8, letra c) compromete a los Estados a «respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Múltiples pactos internacionales, concluidos ante la Comisión internacional del Estado Civil, regulan este tema: el Convenio de Estambul relativo a los cambios de apellidos y de nombres de 4 septiembre de 1958, el Convenio firmado en Berna el 13 de noviembre de 1973, relativo a la indicación de nombre y apellidos en los registros civiles, el Convenio celebrado en Múnich el 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos⁽²⁷⁾, el Convenio firmado en La Haya el 8 de septiembre de 1982, relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos, el Convenio de Antalya de 16 de septiembre de 2005 sobre el reconocimiento de los nombres.

En cuanto a los criterios de elección del nom-

identità personale, Torino, 2008, p. 77 ss.

⁽²⁶⁾ TOMMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, en HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 111 ss.

⁽²⁷⁾ L. 950/84; MENGOSI, *Il diritto alla continuità di cognomi di minori provvisti della cittadinanza dello Stato membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 69 ss.

bre impuesto al niño, se destaca, en el ordenamiento jurídico italiano, el art. 34, D.P.R. 396/2000, que reglamenta «las limitaciones a la atribución del nombre», parcialmente innovador con respecto de la norma en vigor anteriormente, art. 72, R.D. 9 de julio de 1939, n. 1238 del Ordenamiento del estado civil.

En cuanto ya no estén en vigor la prohibición de utilizar nombres geográficos, que además se había atenuado en caso de nombres bastante difundidos (Italia, y Asia también, aunque en este caso se pueda referirse a una antigua divinidad de los Getas, un pueblo prerromano que vivía en Dacia), el procedimiento usual con que se interpreta el primer párrafo acepta que al hijo se imponga el nombre del padre, con el atributo «junior»,⁽²⁸⁾ que se añadiría al propio nombre como nuevo elemento onomástico, para diferenciarlo del nombre del padre viviente.

Todavía existen cuestiones sobre la posibilidad de imponer a las niñas nombres que en Italia tienen connotación sólo masculina, pero valor femenino en otros Estados. Los casos más recientes sobre esta materia se resolvieron de manera coherente en los Tribunales de Catanzaro y de Varese⁽²⁹⁾.

El primero concernía una niña nacida en Francia de padres italianos, que le habían impuesto el nombre «Andrea», y lo había iniciado la fiscalía competente con una instancia de rectificación según el art. 100, D.P.R. 396/2000, dada la diferencia entre la partida de nacimiento y la realidad natural y jurídica, ya que se alteraba el estado de la persona.

El tribunal de Catanzaro evidencia en la norma un balance entre el interés de los padres a elegir el nombre de los hijos y el interés público de la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de las personas, realizado a través de la admisibilidad de nombres con valor equivoco, en cuanto al sexo, si están precedidos por un nombre primario con valor

unívoco (p.e. Giovanni Maria). Al contrario excluye la posibilidad de soslayar el veto del art. 35 a través de la referencia a un nombre extranjero, en cuanto «el valor del nombre se evalúa en relación con la tradición italiana y en el respeto de la misma. Esto significa que al menor italiano no se puede atribuir un nombre extranjero que, en Italia, no identifique la sexualidad de manera correcta».

Sigue la remisión a la circular del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2007, que ha confirmado que el nombre «Andrea» en Italia tiene valor masculino, siendo «Andreina» la forma femenina, y que por lo tanto se puede utilizar sólo cuando lo precede un elemento onomástico que es ciertamente femenino (p.e. Francesca Andrea). Cuando, en cambio, la menor tuviera sólo la nacionalidad del país extranjero cuyo léxico pertenece el nombre elegido, si aplicaría la ley del Estado de nacimiento ex art. 24 l. 218/1995 de derecho internacional privado, en cuanto ley nacional del sujeto.

Es relevante, a propósito de esto, la disciplina impuesta por el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos, concluido en el contexto de la Comisión internacional del estado civil, que en el art. 1, párrafo I, dispone que el nombre y el apellido de la persona son establecidos por la ley del estado de nacionalidad, incluso el caso en que el sujeto no sea ciudadano de un Estado que acepta el Convenio, siempre que se pueda conocer el derecho extranjero.

Si, por fin, hubiera el caso de una doble nacionalidad, una de ellas italiana, según el art. 19, n. 2, Ley n. 218/1995, prevalecería la ley italiana, incluso cuando la persona tenga un vínculo predominante con el Estado extranjero.

El Tribunal de Varese en cambio se ocupa del recurso, de nuevo presentado por la fiscalía con una instancia del oficial mayor, relativo a una niña llamada «Andrea Sara» y lo resuelve aplicando los arts. 34 y 35, apartado 1, de los que, en su opinión, surge «claramente la prohibición de atribuir a un niño de sexo masculino un nombre de mujer o a una niña de sexo femenino un nombre de hombre. Porque esto significaría violar las dos normas,

⁽²⁸⁾ Parere Min. Interno, 23 de noviembre de 2004, en *Statocivileit.*, 2005, p. 264 ss.

⁽²⁹⁾ Trib. Catanzaro (decr.), 14 de abril de 2009, en *www.anusca.it.*; Trib. Varese (decr.), 23 de julio de 2010, en *Fam. e dir.*, 2011, p. 164 ss., con nota de BARDARO, *Andrea o non Andrea? Questo è il dilemma.*

en cuanto, en casos como este, se expondría la identidad de la persona al escarnio».

Se nota que en la combinación de estas disposiciones prevalece el interés público sobre la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de las persona con respecto a la libertad de elección del nombre por los padres, que «no reprime el derecho de los padres sino que lo condiciona. Por lo tanto es posible adoptar un nombre que tenga valor equívoco (en cuanto al sexo), pero si lo precede un nombre, primario, que refleja el sexo del menor».

Sigue la remisión a la misma circular, pero el juez lombardo cree que no se diferencia el caso de la doble nacionalidad italiana y extranjera, puesto que «las limitaciones no se aplican cuando el niño adquiera la nacionalidad del País de proveniencia. En este caso, en actuación de la norma en materia de derecho internacional privado (Ley n. 218/1995) se aplica la Ley del País de nacimiento, puesto que explícitamente el art. 24, Ley cit. dispone que los derechos de la personalidad, incluso el derecho al nombre, son reglados por las leyes nacionales del sujeto». Defiende, sin embargo, el precedente del Tribunal de Catanzaro respecto a las objeciones de los autores que habían considerado que el nombre Andrea ya se utiliza de manera ambigua en Italia⁽³⁰⁾, afirmando que es precisamente el valor de la certeza en los comercios privados a imponer el utilizzo de las formas masculina Andrea/femenina Andreina: «en toda materia contractual, en los negocios, en los comercios y en todas relaciones en que se utiliza sólo el dato anagráfico, la garantía está en peligro cuando se utilice sólo el nombre Andrea que, aunque haya una tradición evolutiva, ahora mantiene una connotación masculina».

Entonces dispone la rectificación del nombre en «Sara Andrea».

El juez además defiende la circular respecto a las sospechas de violación del art. 8 CEDU destacando el «gran poder discrecional» reconocido por las autoridades nacionales «en la aplicación caso por caso de la ley sobre

los nombres», que se puede realizar con la imposición de limitaciones en la atribución del nombre en consideración del riesgo de perjuicio que el nombre ridículo puede causar al menor, por tanto «ciertamente no hay una ruptura con el artículo 8 cit. cuando, en cualquier caso, se consienta el nombre con la anteposición de un onomástico diferente para alcanzar las finalidades públicas».

La remisión al «derecho comunitario» no especificado se resuelve estableciendo que «si otros Estados no permiten el utilizzo de Andrea como nombre masculino, no se explica porque en Italia no se debería prohibirlo como nombre femenino», considerando en cualquier caso la limitada competencia comunitaria en materia de Derechos de la personalidad».

No faltan sin embargo sentencias de sentido diametralmente opuesto, que admiten el nombre Andrea para las niñas, en obediencia al principio de libre elección de nombres extranjeros⁽³¹⁾, que se oponen a las sentencias que lo prohíben en cualquier caso, por la coexistencia de un idéntico nombre italiano con valor masculino, y a la orientación intermedia que, con referencia a ciertos territorios y a la multietnicidad de la sociedad moderna, lo consiente para las niñas, cuando sea integrado con otro nombre que ciertamente corresponde al sexo femenino⁽³²⁾.

Los Tribunales de Catanzaro y de Varese consideran importante el multiculturalismo social, el uso como femenino del nombre en otros países, el riesgo que un rechazo pueda producir un fenómeno de discriminación inversa, cuando el ciudadano italiano resida en un Estado donde el nombre se use sólo como femenino, y introducen una «cláusula de revisión» de su orientación, en el caso de «una evolución de la tradición italiana en materia de nombres».

Entonces parece posible esbozar un mínimo principio de derecho compartido: «no se permite a los padres violar el “contenido mi-

⁽³¹⁾ Trib. Torino (decr.), 9 de abril de 2009; App. Torino (decr.), 26 de junio - 23 de julio de 2008.

⁽³²⁾ Trib. Milano (decr.), 20 de febrero de 2003, en Gius, 2003, p. 1380.

⁽³⁰⁾ Trib. Varese (decr.), 23 de julio de 2010, cit.

nimo" del derecho al nombre que [...] pasa por tres principios fundamentales: a) el nombre no debe exponer el menor al ridículo y a la vergüenza; b) el nombre debe reflejar el sexo del menor; c) el nombre debe perseguir el objetivo de realizar el derecho a la identidad personal del menor»⁽³³⁾.

El juez calabrés funda las limitaciones que las legislaciones estatales pueden imponer a la potestad de los padres el art. 7, párrafo I, de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, y analiza los datos estadísticos sobre la difusión del nombre «Andrea» en Italia, de la que deriva la costumbre de asociarlo al sexo masculino. Al final decide por la rectificación del nombre, conservando el que, en espera de juicio, se ha vuelto en un signo distintivo de la niña, y anteponiendo el nombre, ciertamente femenino, de «Giulia». Singular y opinable es el método con que se llega a la elección.

En la ausencia de un criterio deducible en los arts. 35 y 36, D.P.R. 396/2000, el Tribunal calabrés excluye la determinación de oficio, considerando que la remisión a los arts. 737 ss. c.p.c. (código del procedimiento civil) hecho por el art. 96, apartado 3, D.P.R. n. 396/2000 solo en el caso que sean compatibles, no permita la injerencia judicial en los derechos fundamentales del menor sin comprometerlo, utilizando el art. 8 de la mencionada Convención de Nueva York, por el cual «los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas». El siguiente art. 12 dispone además que «Los Estados partes garantizarán al niño, que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directa-

mente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional».

A causa de la representación de los padres de la menor, tendrían que ser los padres a elegir el nombre que se añade a el elegido originariamente, pero el Tribunal recuerda como el art. 7 de la antedicha Convención impone a la autoridad judicial de actuar con prontitud, evitando todo inútil retraso y acogiéndose de procedimientos que aseguren una rápida ejecución de su decisiones.

Por lo tanto elige el tercer nombre de mujer más común en Italia, según los datos difundidos por el Instituto central de estadística (Giulia) como nombre antepuesto, provisionalmente, al elegido para la niña, modificación que se convertirá en definitiva tras el término de treinta días desde hace la notificación del decreto a los padres, con la advertencia a ellos de la facultad de indicar un nombre diferente para la anteposición.

La singularidad de la pronuncia es evidente: si, por un lado, la elección del tercer nombre más común en vez del primero podría utilizarse para impugnar la sanción, hay también que relevar como la atención a las fuentes supranacionales ha llevado a un juicio sin duda digno del interés de la menor, tanto exhaustivo que comprende datos estadísticos además de lingüísticos, y que se ha resuelto en una sentencia inherente al principio fundamental de tutela del sujeto más débil que es el grande protagonista del caso.

4. Elección del apellido, potestad y responsabilidad de los padres. Nace una duda fundamental: la imposición del nombre es un derecho de la libertad de los padres o es parte de su responsabilidad?

En la prohibición de la privación del nombre por motivos políticos, art. 22 Constitución italiana, se deduce el principio general de respeto del prenombre (y del apellido) elegido para la persona, con tendencial prohibición de injerencias de la autoridad de otros⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Trib. Catanzaro (decr.), 9 de abril 2009, cit.

⁽³⁴⁾ DE SANCTIS RICCIARDONE, *Nome civile*, cit., p. 2.

Pero la regla fundamental establecida por el art. 2 Constitución italiana, justifica (e impone) la intervención para fomentar la persona que lleva aquel nombre, también removiendo el obstáculo que la elección por parte de los padres pueda haber puesto al libre desarrollo de la personalidad del sujeto en condición de dificultad, en cuanto menor.

La ley de ordenamiento de estado civil traduce el necesario balance de valores constitucionales, prohibiendo la imposición de nombres ridículos o vergonzosos.

Con esta cláusula el legislador no quiso remitir al arbitrio del juez la elección del límite entre legalidad y desenfreno, pero abrió paso al juicio de equidad que, en materia de derechos patrimonialmente neutros, muestra sus características más relevantes⁽³⁵⁾.

Es importante, en términos de comparación, la evolución del concepto de orden público que el art. 4 del Convenio de Múnicimpone como limitación a la aplicación de la ley extranjera que reglamenta el nombre de la persona. Se ha dicho⁽³⁶⁾, por ejemplo, que se excluiría la imposición de un nombre añadido por un Estado racista para distinguir los ciudadanos que pertenecen a un grupo étnico o religioso objeto de persecución, y en eso es evidente la aplicación de los cánones fundamentales del respecto y de la igualdad de las personas, a la defensa de los cuales se dirige toda nuestra Constitución.

Entonces se podría afirmar que, en materia de elección del nombre, valgan las mismas consideraciones de oportunidad conducidas por la extensa casuística administrativa y jurisprudencial en materia de cambio de nombre.

5. Status personales y definición de familia en el derecho comunitario. La directiva n. 2004/38, texto de referencia en materia de libre circulación de los ciudadanos y de sus familiares en el territorio de la Unión, in-

cluye en su definición el cónyuge, la pareja vinculada al ciudadano por una unión registrada (en base a la legislación de un Estado miembro que equipara la unión al matrimonio, respetando las condiciones de la legislación del Estado de acogida), los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o pareja, los ascendientes directos o a cargo y los de la pareja. Es prevista, además, la obligación de «facilitar» la entrada y la residencia de la pareja con la cual el ciudadano de la Unión tenga una relación estable, pero siempre en conformidad con la legislación nacional⁽³⁷⁾: obligación que se resuelve en el examen del caso individual, a través de un «examen exhaustivo de la situación personal», que explicita y motive adecuadamente la prohibición de entrada y de residencia.

Es coherente el art. 9 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que remite a las legislaciones nacionales la disciplina del ejercicio del derecho de casarse y del derecho de constituir una familia, aunque haya quien distingue, en la jurisprudencia de el TEDH que ha permitido la fecundación artificial a las parejas homosexuales, el surgir de una llena equiparación a las parejas heterosexuales, en la pretensión de proteger su «vida familiar»⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2007, p. 89: «il convivente godrà del diritto di soggiorno nello Stato che ospita il cittadino comunitario ove la legislazione o la prassi in materia di immigrazione accordino ai conviventi dei cittadini di questo analogo beneficio». *Contra*, FINOCCHIARO, *Una nozione ampia di «familiare» fa spazio alle unioni di fatto*, en *Guida al dir.*, 2007, 19, p. 30.

⁽³⁸⁾ BUSNELLI, *Fonti costituzionali europee e ordinamenti civili*, en PALAZZO, PIERETTI (coord.), *Studi assisani nell'attesa di Benedetto XIV*, Perugia, 2011, p. 66 ss.; *Id.*, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 288; Conseil Constitutionnel, 28 enero 2011, n. 2010-92 QPC; Corte cost., 15 de abril de 2010, n. 138; DANISI, *Matrimonio, diritti ed égalité: anche il Conseil Constitutionnel rinvia al legislatore*, en *Fam. e dir.*, 2011, 7, p. 668 ss.; CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, en *Corr. giur.*, 2011, p. 579 ss.

⁽³⁵⁾ Véase la voz «Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)», por A. Sassi, en este Diccionario Analítico.

⁽³⁶⁾ SCHÄTZEL, *Le nom des personnes en droit international*, en *Recueil des cours*, 1958, 3, p. 215.

La continuidad supranacional de los *status* y relaciones personales y familiares es afirmada por la jurisprudencia sobre la libertad de circulación, en la cual el Tribunal de justicia aplica el «principio de origen», inicialmente formulado para la circulación de mercancías⁽³⁹⁾. A través de este principio se atribuye al Estado de origen de la persona la competencia a reglamentar su *status*, con la obligación de respetarlo por parte del Estado de acogida, creando un sistema de mutuo reconocimiento entre normativas nacionales, cuyas pretensiones de imponer restricciones, por razones de interés general, a la libertad de circulación son censurables por parte del Tribunal a través de las tres condiciones de proporcionalidad según un *aptitude test*, *interchangeability test*, y *equivalence test*.

De este nace un principio de unicidad de *status* del ciudadano comunitario, puesto que el principio de origen puede justificar la permanencia del *status*, asociado al derecho de circular libremente⁽⁴⁰⁾, encontrando

⁽³⁹⁾ Tribunal de justicia, 11 de julio de 1974, C-8/74, *Dassonville*, en Rec. 1974, p. I-837; Id., 29 de febrero 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, en Rec. 1979, p. I-649; CIPPITANI, *I beni e i diritti reali*, en PALAZZO, SASSI (coord.), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, 2007, p. 101 ss.; BALLARINO, *I beni ambientali*, en CASTRONOVO, MAZZAMUTO (dir.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 120. El principio se aplicó a la circulación de servicios, a la libertad de establecimiento, a la circulación de los trabajadores y por fin de las personas: FALLON, *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 129 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 239 ss.; NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, pp. 60 ss. y 166 ss.

⁽⁴⁰⁾ Principio enunciado por primera vez en las conclusiones del abogado general La Pergola en *Dafeqi*, C. 336/94, en Rec. 1997, p. I-6761, como principio que impone a los Estados miembros aceptar el establecimiento del *status* dispuesto por las autoridades del Estado de nacionalidad, para evitar que «un diritto esista e possa essere fatto valere in uno Stato membro e non in un altro per il fatto che lo stato civile dell'interessato è soggetto a diverse valutazioni nell'ambito della Comunità, ambito invece concepito come uno spazio senza frontiere interne». FALLON, *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, cit., p. 212 s.; BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 213

fundamento en la ciudadanía europea o en el derecho a la protección de la vida privada y familiar, garantizado respectivamente por el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y por el art. 8 CEDH, y llevando a cabo, concretamente, en caso de contraste, por el principio de reconocimiento mutuo.

El *status* de ciudadano europeo, categoría que incluye las calidades personales y familiares, se impone en términos de derecho al reconocimiento de las situaciones válidamente constituidas en el Estado de residencia, que es la lógica consecuencia de la unicidad de los *status*, y realiza la aspiración fundamental de admitir la libre circulación del sujeto, «llevando consigo el conjunto de los requisitos que lo identifican como sujeto»⁽⁴¹⁾.

Dicho principio viene aplicado en las conclusiones del abogado general Jacobs en el asunto *Standesamt Stadt Niebüll* (presentadas el 30 de junio de 2005), en la cual los padres habían rechazado la aplicación de la ley alemana, que imponía la elección del apellido que había que asignar a los hijos, pidiendo la imposición del doble apellido, compuesto por sus respectivos apellidos, con el cual el niño ya había sido registrado en Dinamarca, país donde había nacido, pero del cual no tenía la nacionalidad.

En virtud de la legislación danés, aplicable por las normas de conflicto del Estado como ley de domicilio de la persona en todas cuestiones relativas al *status* personal, incluida la determinación del apellido, al niño habían impuesto el apellido Paul Grunkin, luego modificado en Grunkin Paul. El padre se había trasladado a Alemania, en Niebüll, mientras que el hijo y la madre se habían quedado

ss.; Id., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia*, en PICONE (coord.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, p. 163 ss.; TOMMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 105; HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, en VENTURINI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, II, Milano, 2009, p. 473 ss.

⁽⁴¹⁾ HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, cit., p. 482 ss.

en Dinamarca, aunque no se excluyera y más bien fuera comprobada la regular convivencia con el padre.

Hay entonces, a diferencia del caso *García Avello*, un concreto ejercicio de la libertad de circulación, art. 18 Tratado CE, y es precisamente el hijo, ciudadano comunitario, que revela los obstáculos interpuestos a su ejercicio en consecuencia de la imposibilidad de ser identificado en Alemania con el apellido utilizado en Dinamarca. Las analogías con el caso *Dafeki* son evidentes, los dos no piden el cambio del apellido impuesto en origen, sino el reconocimiento del apellido impuesto en el Estado de origen, por consiguiente es evidente la aplicación del mismo principio del enunciado precedente: «las autoridades administrativas y jurisdiccionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso en cuestión, que hagan dudar seriamente de su exactitud».

Por eso, puesto que el nombre de la persona «es una parte fundamental de su identidad y de su vida privada, cuya protección está ampliamente reconocida en las constituciones nacionales e instrumentos internacionales», el abogado general concluye en el sentido que «es totalmente incompatible con el *status* y los derechos de un ciudadano de la Unión Europea (...) estar obligado a llevar distintos apellidos con arreglo a las leyes de distintos Estados miembros»⁽⁴²⁾.

La decisión⁽⁴³⁾ acoge el principio por el cual llevar nombres distintos obstaculiza el ejercicio de las libertades fundamentales de circulación y de residencia, cuya protección impone al contrario la continuidad del nombre atribuido según el principio de origen y de reconocimiento mutuo en otros Estados. La cuestión se discutió en el caso *Sayn-*

Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien⁽⁴⁴⁾, bajo el perfil de la compatibilidad con el art. 21 TFUE de la modificación dispuesta por las autoridades nacionales del apellido atribuido legítimamente según la legislación de otro Estado a un ciudadano, en consecuencia de la aplicación de la norma, de rango constitucional, de eliminación de sufijos que indican títulos nobiliarios (en este caso, *Fürstin von*, princesa de).

El Tribunal admite que constituye obstáculo a la libre circulación de las personas la modificación del apellido atribuido a la ciudadana austriaca en consecuencia de la adopción por parte de ciudadano alemán que le había transmitido, como parte del apellido, el sufijo nobiliario.

Sin embargo, la ley austriaca de abolición de la nobleza, en su valencia histórica de realización del principio de igualdad, «como elemento de identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión».

Estas consideraciones integran, pues, un caso de aplicación de la limitación al orden público, apto a justificar la denegación del reconocimiento del apellido de un ciudadano, así como había sido atribuido en otro Estado miembro.

En Italia son aplicaciones del principio la citadas Circulares del Ministerio del Interior 15 de mayo de 2008, n. 397, aplicables en caso de doble ciudadanía europea o extracomunitaria, y 12 de junio de 2008, n. 8247, en materia de concesión de la nacionalidad italiana a ciudadanos españoles o portugueses con las mismas señas de identidad que derivan del Estado de origen, sin que el interesado lo pida⁽⁴⁵⁾, pero parecería que se argumente en este sentido también con respecto al sujeto que tenga una sola ciudadanía, de un Estado

⁽⁴²⁾ Avv. gen. Jacobs, C-96/04, cit., párrafos 55-56.

⁽⁴³⁾ Tribunal de justicia, 27 de abril de 2006, C-96/04, *Familiensache: Standesamt Stadt Niebüll*, en *Rec.* 2006, p. I-3561.

⁽⁴⁴⁾ Tribunal de justicia, 22 de diciembre de 2012, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, en *Rec.* 2010, p. I-13693.

⁽⁴⁵⁾ CONTI, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*, en *Corr. giur.*, 2008, p. 508 ss.

miembro del Unión, para proteger su libertad de circulación a través de la continuidad del nombre al que tenga derecho, en conformidad con la legislación del Estado de origen.

La protección de los derechos fundamentales, reforzada en este sentido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la atribución de eficacia jurídica a la Carta de Niza también con respecto a la identidad personal, ex art. 7 de la carta, de la cual el nombre y el apellido constituyen elementos constitutivos, y a la protección de la vida privada según el art. 8 CEDH, debe de todas maneras mantener un equilibrio con el respeto de la identidad nacional, igualmente sancionado por el Tratado de Lisboa⁽⁴⁶⁾.

Mayores posibilidades de ampliación podrían deducirse sobre todo de la mencionada decisión en el asunto precitado *Zambrano* en la cual falta cualquiera hipótesis de circulación entre Estados, sin embargo la ciudadanía europea de los hijos es fundamento del derecho de residencia del progenitor que se ocupe de ellos, y de la decisión del caso ya mencionado *Baumbast y R.* que, en aplicación directa del art. 18 de Tratado CE (art. 21 TFUE), impone a las autoridades nacionales permitir «al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio [del derecho de residencia]», no siendo relevante el divorcio entre los padres, y aunque el progenitor ciudadano de la Unión ya no sea trabajador emigrante en el Estado miembro de acogida.

Es además relevante la decisión en el caso *Carpenter*⁽⁴⁷⁾, que valoriza el hecho de que la recurrente apoye la empresa del cónyuge cuidando la familia, y en particular los hijos del primer matrimonio del marido, aunque no estuviera obligada por vínculos jurídicos: la protección de la vida familiar del ciuda-

dano le permite desempeñar con serenidad su actividad de prestación de servicios, protegida por una libertad fundamental, y como tal tiene que ser protegida, teniendo la certeza que el matrimonio fuese auténtico, que la mujer participara efectivamente a la vida familiar y su comportamiento hubiera sido incensurable después de entrar en el Reino Unido, no obstante la violación de la normativa sobre la inmigración, y pudiendo así excluir la posibilidad que fuera un peligro para el orden público, la seguridad o la salud pública⁽⁴⁸⁾.

Se trata del mismo sentido con el cual la mencionada sentencia *Metock* marca los criterios para repartir las competencias entre el legislador comunitario y nacional en materia de reunificación familiar con arreglo a la directiva 2004/38, remitiendo a la potestad nacional la denegación de entrada y de residencia del familiar y las valoraciones de orden público, seguridad o salud públicas, o sea la verificación de casos de abuso de derecho o fraude, como en el caso de matrimonios falsos.

No es difícil ver en esta corriente jurisprudencial los rasgos de un estatuto comunitario del ciudadano, cuya protección se dirige, como consecuencia, a la formación social esencial en la cual desarrolla su personalidad, como en el paradigma fundamental del art. 2 de la Constitución italiana. Un estatuto que se basa en las libertades fundamentales de la ciudadanía, y a través del principio del Estado de origen se impone al reconocimiento de los Estados de acogida.

Se podría, en este sentido, afirmar la obligación de reconocer como válido en Italia, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, regularmente contraído con arreglo a las leyes de un Estado miembro, entre ciudadanos italianos?

Se podría considerar incompatible con el principio constitucional de igualdad de tratamiento la disciplina de la transmisión del apellido paterno al hijo de ciudadanos ita-

⁽⁴⁶⁾ VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, en *Federalismi*, 2012, p. 7.

⁽⁴⁷⁾ Tribunal de justicia, 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, en *Rec. 2002*, p. I-6279.

⁽⁴⁸⁾ PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en PALAZZO, PIERETTI (coord.), *Studi assisani*, cit., p. 75 ss.

lianos nacido en Italia, en consideración del hecho que se puede superponer con la condición de quien, aunque tenga la sola ciudadanía italiana, haya nacido por ejemplo en Dinamarca, como ocurrió a Leonhard Grunkin Paul?

Para responder a preguntas como estas es necesario ante todo dar coherencia a las soluciones comunitarias, legislativas y jurisprudenciales, en materia de derecho de las personas, con la aspiración de orientar la le-

gislación europea y nacional en el sentido de la coherencia con los principios fundamentales del derecho comunitario.

Este es el contenido de un proyecto que esta estudiando la Academia de Jusprivatistas Europeos, complementario al código europeo de contratos, al que hay que augurar idéntico esfuerzo y éxito.

Stefania Stefanelli

Obligaciones positivas del Estado (en derecho internacional público y derecho europeo)

Bibliografía: EVRIGENIS, *Recent case-law of the ECHR and article 8 and 10 of the ECHR*, en *HRLJ*, 1982, 3, pp. 121-139; SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, en MAHONEY, MATSCHER (ed.), *Protecting human rights: the European Perspective*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000; SUDRE, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1991, París; XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, Routledge.

1. Concepto de obligaciones positivas en derecho internacional. Tradicionalmente se ha considerado que la mayoría de los derechos humanos quedaban protegidos por la mera abstención del Estado y, muy especialmente, los derechos civiles y políticos, que no son derechos de prestación. Bastaba con que los agentes del Estado no realizaran la actividad prohibida (atentar contra el derecho a la vida de las personas, torturar, infligir tratos inhumanos o degradantes, esclavizar o detener ilegalmente a un individuo, por ejemplo) para que los derechos a la vida, a la integridad física, a estar libre de esclavitud y a la libertad, respectivamente, quedaran protegidos. Los derechos humanos eran el límite a la acción del Estado.

Sin embargo, la evolución del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos ha llevado a considerar que hoy día los Estados no sólo tienen obligaciones de no hacer o de no injerir sino también la obligación positiva de actuar para evitar violaciones o daños a los derechos humanos producidos por particulares o por catástrofes que el Estado podía haber evitado o cuyos efectos debería haber paliado. En otras palabras, aunque un Estado en principio sólo es responsable por lo que hagan los órganos y agentes del Estado y, en su caso, por lo que hagan algunos órganos u organizaciones que ejercen algún tipo de poder público, también puede resultar responsable por sus omisiones. Los derechos humanos se han convertido, de este modo, en derechos cuyo disfrute el Estado debe asegurar. Así, tener o gozar de un derecho no significa únicamente la titularidad del derecho a su no violación por parte de los agentes estatales sino que también significa ser titular del derecho a que el Estado tome medidas para permitir tal disfrute. A la dimensión negativa de los derechos fundamentales en tanto que límite al poder del Estado se incorpora una dimensión positiva que presupone que el Estado debe

también asegurar su libre ejercicio. Una obligación negativa sería, por tanto, la obligación de un Estado de abstenerse de adoptar o llevar a cabo ciertas medidas, por ejemplo, actos de tortura o detenciones ilegales. En cambio, una obligación positiva sería la obligación para un Estado de adoptar o llevar a cabo ciertas medidas.

La base jurídica de este tipo de responsabilidad está en la presunción de que el Estado dispone de los medios necesarios para cumplir sus obligaciones y para prevenir y reprimir actos contrarios a Derecho. El Estado no sólo tiene el monopolio del uso de la fuerza legal (a través de sus fuerzas de orden público y de sus fuerzas armadas) sino que también cuenta con órganos y mecanismos de prevención e información al ciudadano, otros de investigación y sanción de infracciones así como otros para aprobar normas que eviten o palien los abusos. Por ello, puede también faltar a sus obligaciones internacionales el Estado que, pudiendo hacerlo, no adopte las medidas adecuadas para evitar daños, violaciones o abusos que puedan producir otras personas y fenómenos catastróficos o los que se produzcan por negligencia o por falta del deber de cuidado o cautela por parte de las autoridades del Estado. De este modo, el Estado será responsable por sus acciones pero también por muchas de sus omisiones (por no prevenir, legislar, investigar, perseguir) aunque siempre con un margen de apreciación garantizado (dado que no se le puede imputar todo tipo de daños, como puede ser la muerte de todas las personas fallecidas por la pobreza).

2. Las obligaciones positivas en el sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. A) Reconocimiento de las obligaciones positivas. Entre las organizaciones internacionales, es en el marco de la ONU donde se ha desarrollado de una manera más amplia y universal la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados. Dentro de la labor de codificación acometida por esta organización en relación con la protección de los derechos humanos, hay referencias abundantes a las

obligaciones positivas que deben cumplir los Estados en varios tratados internacionales de importancia fundamental como son el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 o la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. La introducción de las obligaciones positivas permite superar «la distinción artificial, sistematizada por los Pactos de Naciones Unidas de 1966, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales»⁽¹⁾. Aunque la intensidad de la exigencia de la obligación positiva y del tipo de medidas preventivas y correctivas que ésta implique pueda variar de un tratado a otro, del tenor de todos estos tratados se desprende que los agentes y órganos del Estado no sólo no deben llevar a cabo el comportamiento prohibido sino que, además, deben asegurar y/o garantizar el disfrute de los derechos que cada tratado enuncie a través de medidas legislativas, administrativas y de otra índole. En la mayoría de los casos, los convenios citados mencionan en alguna de sus primeras disposiciones que «cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos (...)», «cada Estado Parte se compromete a adoptar (...) las medidas oportunas (...)», «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que (...)», (art. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), «Los Estados Partes (...) se comprometen (...) a adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo para (...) modificar (...), garantizar (...), suprimir (...)» (arts. 2, 3, 4 y 5 Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

⁽¹⁾ SUDRE, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1991, París, p. 232.

la Mujer), «todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir (...)», «todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para (...)» (arts. 2, 3, 4 y 5 Convenio contra la Tortura), «los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación (...)», «los Estados Partes se comprometen a asegurar (...)» (arts. 2 y 4 del Convenio sobre los Derechos del Niño), «todo Estado Parte velará por que (...)» (Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas).

Las medidas que los Estados se comprometen a acometer a fin de cumplir con las obligaciones positivas que tienen de acuerdo con estos tratados son muchas y muy variadas, destacando las siguientes: elaborar legislación, cambiar constituciones, derogar leyes, reglamentos y costumbres, aplicar políticas, emprender investigaciones, perseguir penalmente, proporcionar información, formar profesionales, sensibilizar a la sociedad, poner en marcha campañas, fomentar la educación, eliminar obstáculos, supervisar la ejecución de medidas y vigilar su cumplimiento, entre otras.

En todos los tratados mencionados, el convenio crea un órgano de vigilancia con más o menos poderes de actuación según los casos (recepción y estudio de informes estatales, quejas o comunicaciones inter-estatales y/o quejas o comunicaciones individuales). Estos órganos serán los que, llegado el caso, indiquen si un Estado viola o no las obligaciones positivas que tiene dimanantes de cada uno de esos tratados.

La ONU entiende que la finalidad de las obligaciones positivas es evitar, o al menos minimizar, las violaciones y asegurar que se investiguen adecuadamente las presuntas infracciones. Si se determina que ha habido una violación, los autores deberán ser castigados y las víctimas, compensadas. En general, las obligaciones positivas de los Estados suelen concretarse en: la obligación de promulgar y aplicar la legislación correspondiente, informar sobre los riesgos, investigar los abusos, formar a los especialistas, castigar a los cul-

pables, reparar a las víctimas y protegerlas frente a represalias.

B) Interpretación de los órganos convencionales sobre las obligaciones positivas: Los órganos de aplicación o vigilancia de los convenios de derechos humanos suelen interpretar las obligaciones positivas de los Estados partes de modo extenso y así, el Comité de Derechos Humanos, órgano de vigilancia del PIDCP, tras señalar que Yemen había cumplido su obligación de legislar penalizando la violencia en el hogar, sin embargo añadió su preocupación porque dicha normativa no se cumplía, de modo que Yemen sigue faltando a su obligación positiva en este ámbito. Dicho órgano indicó que no basta con promulgar la legislación pertinente sino que es necesaria su aplicación por los funcionarios competentes, tanto policías, como fiscales, como servicios sociales, jueces y personal penitenciario⁽²⁾.

Los Estados tienen también la obligación de velar por dar una respuesta eficaz a todas las denuncias. De otra forma, no se podrá reparar adecuadamente a las víctimas. En *Halimi-Nedzibi* el Comité contra la Tortura indica que el hecho de que el Estado no investigara durante más de un año una denuncia de tortura violó el art. 12 del Convenio contra la Tortura, por tratarse de un plazo irrazonable y contrario al requisito de una pronta investigación. El Comité entendió que la obligación de investigar es totalmente independiente de la obligación de no cometer actos de tortura, concluyendo que se había violado el art. 12 a pesar de que la denuncia de tortura no estaba fundamentada⁽³⁾. En un caso presentado ante el Comité de Derechos Humanos, el asunto *Rajapakse*, una víctima de tortura reclama por la desidia e ineficacia con la que se investigaron los hechos delictivos. Pese a las pruebas irrefutables de los abusos cometidos, el inicio de la investigación penal se demoró meses para luego estancarse. El Comité de Derechos Humanos concluyó que

⁽²⁾ 511 Observaciones Finales sobre Yemen, 1995, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.51, párrafo 14.

⁽³⁾ *Halimi-Nedzibi v. Austria* (CAT 8/91), párrafo 13.5.

el Estado reclamado, Sri Lanka, no puede dejar de cumplir sus obligaciones internacionales so pretexto de desbordamiento del sistema judicial nacional⁽⁴⁾.

Además de investigar los hechos con celeridad y eficacia, los Estados tienen que ofrecer a las víctimas vías de recurso eficaces, castigar a los infractores y, si faltaron a sus obligaciones positivas, compensar ellos mismos a las víctimas. Por eso las leyes de amnistía y de punto final son normalmente incompatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. Este tipo de leyes impide a la víctima acudir a los tribunales, que se haga justicia y lograr una reparación, generando además un ambiente de impunidad. En su Observación General n. 20, el Comité de Derechos Humanos señala que: «Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar (...), de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible» (párrafo 15). En este sentido, en sus Observaciones Finales sobre Colombia, el Comité contra la Tortura se mostró preocupado por la suspensión condicional de la pena impuesta a los autores de crímenes de guerra cuando fueran miembros de grupos armados que depusieran las armas⁽⁵⁾.

En el asunto *Urra Guridi*, el Comité contra la Tortura concluyó que las penas tan leves y el indulto concedido a unos guardias civiles que estaba probado que habían torturado al reclamante, así como la decisión de no iniciar un proceso disciplinario contra los mismos, violaron los arts. 2.1 y 4.2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura⁽⁶⁾.

Respecto a las vías para compensar a las víctimas, el Comité contra la Tortura ha decla-

rado que las formas de reparación justas y adecuadas conforme al art. 14 del Convenio contra la Tortura son: la indemnización, la rehabilitación, el tratamiento médico y psicológico y/o la creación de un fondo para compensar a las víctimas⁽⁷⁾, aunque dichas vías pueden variar en función de que la violación de los derechos humanos sea esa u otra.

El Estado también tiene la obligación positiva de formar adecuadamente al personal encargado de ejercer las funciones que implica el ejercicio del poder público y, en este sentido, los informes que periódicamente deben remitir a los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos les obligan a dar cuenta del tipo de instrucción que sigue el personal encargado de hacer cumplir la ley. Este personal puede variar en función de cuál sea el ámbito en el que se produzcan los hechos, pero incluye en todo caso a la policía, el ejército, los funcionarios de prisiones, los servicios sociales, los facultativos médicos, etc. La razón de que la no formación o la mala formación de los mismos puedan generar la responsabilidad del Estado se debe a que es el Estado quien cuenta con los medios y con la autoridad para hacerlo⁽⁸⁾.

3. Las obligaciones positivas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. A) Reconocimiento de las obligaciones positivas. El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) impone obligaciones positivas a los Estados a fin de que garanticen los derechos humanos en circunstancias en las que los agentes estatales no intervienen directamente⁽⁹⁾. Además

⁽⁷⁾ Observaciones Finales sobre Turquía, 2003, documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/30/5, párr. 123 y Observaciones Finales sobre Cuba, 1998, documento de las Naciones Unidas A/53/44, párr. 118.

⁽⁸⁾ Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁽⁹⁾ SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, en MAHONEY, MATSCHER (ed.), *Protecting human rights: the European Perspective*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, p. 1359.

⁽⁴⁾ *Rajapakse v. Sri Lanka* (1250/04), párrafo 9.2.

⁽⁵⁾ Observaciones Finales sobre Colombia, 2004, documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/31/1, párr. 10.

⁽⁶⁾ CAT 212/02.

de la clásica obligación negativa de no intervención o no injerencia, el Estadoparte del CEDH debe proteger activamente los derechos humanos de aquellas personas que estén sometidas a su jurisdicción. La responsabilidad que al Estado le genera las obligaciones positivas es de tal dimensión que ha cambiado la percepción del papel que desempeña el Estado y de las capacidades con las que cuenta la persona para que se reconozcan sus derechos humanos en toda circunstancia⁽¹⁰⁾.

El art. 1 CEDH establece una obligación general de respeto de los derechos y libertades contemplados en el mismo. La versión española del CEDH no es la auténtica, solo son auténticas las versiones inglesa y francesa. En la versión francesa, el art. 1 establece que los Estados partes reconocerán los derechos del CEDH a las personas sometidas a su jurisdicción. En inglés establece que los Estados partes asegurarán dichos derechos. En francés parece que quedan protegidos los derechos con la simple omisión del Estado. En inglés la interpretación de este artículo es más dinámica y, aunque ninguna de las dos versiones tiene preferencia sobre la otra, hay que escoger aquella versión que logre más el objetivo del CEDH, según el art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El TEDH ha entendido, en línea con la versión inglesa, que los Estados no sólo tienen obligaciones de no hacer respecto a los derechos del CEDH sino también obligaciones positivas: de prevención, de investigación. No es suficiente con que los Estados intenten de buena fe cumplir las obligaciones que les marca el CEDH. En ciertos casos tienen obligaciones positivas de actuar para asegurarse de que los individuos puedan gozar de los derechos, incluso frente a otros individuos que puedan violarlos. Si no, violarán el CEDH con su inacción.

La responsabilidad indirecta del Estado por violaciones de derechos humanos que derivan de obligaciones positivas de éste tiene su

principal base jurídica en el art. 1 CEDH pero no sólo en él, puesto que también se derivan del art. 13 que garantiza un recurso efectivo aunque la violación la hayan llevado a cabo personas que actúen en su capacidad oficial. E indirectamente, también se coligen del tenor de los artículos del CEDH que comienzan con las palabras «todos» o «nadie». La asunción de la existencia de obligaciones positivas demuestra de algún modo que el Estado parte del CEDH no es únicamente responsable por violaciones que sus agentes cometen sino por las violaciones que se cometa en su territorio⁽¹¹⁾.

B) Interpretación de las obligaciones positivas en el TEDH. En los últimos 30 años el órgano de aplicación del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el TEDH) ha aplicado la doctrina de las obligaciones positivas contrastándola con otros intereses que estén en juego. Las obligaciones positivas amplían la protección de los derechos humanos en un gran número de circunstancias en las que el Estado no interviene directamente. El CEDH no solo obliga a las partes a respetar los derechos que incluye. Sus autoridades también deben asegurar el disfrute de dichos derechos previniendo o remediando cualquier violación.

El TEDH ha entendido que en la mayoría de las ocasiones, las obligaciones positivas del Estado surgen por interferencias en los derechos humanos producidas por particulares pero a veces, no. Las obligaciones positivas del Estado pueden también producirse por desastres naturales que el Estado podía conocer y cuyos riesgos podría haber mitigado. Cuando los derechos humanos son violados por actos de particulares, a menudo ocurre que o bien el Estado permitió la interferencia - de forma consciente o inconsciente -, o bien la violación se vio favorecida por la inacción del Estado, o bien se produjo una combinación de ambos. Cualquier acto del Estado que permita una interferencia de un particular sobre un derecho humano será di-

⁽¹⁰⁾ XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, Routledge, p. 59.

⁽¹¹⁾ EVRIGENIS, *Recent case-law of the ECHR and article 8 and 10 of the ECHR*, en *HRJL*, 1982, 3, pp. 121-139, y p. 137.

rectamente atribuido al Estado (la afectación del Estado puede venir en la forma de una norma o legislación, una decisión judicial, una orden administrativa o una combinación de las anteriores). No siempre hace falta un acto de interferencia de un particular ya que las obligaciones positivas incluyen el no haber legislado o no haber adoptado medidas administrativas. El test de efectividad de las medidas adoptadas implica que las obligaciones administrativas incluyen, entre otros, un mecanismo de investigación y supervisión. Las obligaciones positivas del Estado también pueden incluir medidas de precaución (informar a la población sobre riesgos previsibles) o incluso reactivas (castigar a los criminales). En definitiva, para el TEDH los derechos del CEDH no son sólo de abstención, sino que los Estados partes del CEDH también tienen la obligación de hacer [de impedir violaciones del CEDH, de prevenir, de abstenerse de injerir en los derechos, de legislar a fin de evitar incumplimientos de particulares, de investigar las violaciones del CEDH (...)]. La razón de estas obligaciones positivas es que el Estado cuenta con los medios para prevenir violaciones del CEDH [policiales, de los servicios sociales, de los tribunales o de las fuerzas armadas (...)]. Todos los derechos son susceptibles de engendrar obligaciones positivas. Y todos los poderes públicos, con su acción o inacción, pueden ser la causa de la violación [policía, legislativo, gobierno, jueces, administración, servicios sociales, fuerzas armadas (...)].

Los casos que se han presentado ante el TEDH o ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (hoy desaparecida) son muy numerosos, pudiendo ser clasificados en atención al tipo de obligación positiva presuntamente violada (obligación de promulgar la legislación necesaria, de aplicar las normas y hacerlo correctamente, de prevenir daños e informar sobre los riesgos, de investigar los abusos, de formar a los especialistas, de castigar a los culpables, de reparar a las víctimas y protegerlas frente a represalias).

Entre los casos relativos a la responsabilidad del Estado por no legislar, destaca el que

quizá fue el primer caso en el que el TEDH hizo referencia a las obligaciones positivas, el asunto *Marckx*, relativo a una madre soltera que demandó a Bélgica porque había un vacío en su legislación por el cual el hijo no nacido en el seno de un matrimonio tenía que ser adoptado por su madre a fin de establecer el vínculo familiar. En este asunto, el TEDH dice que el Estado no solo tiene la obligación positiva de respetar la vida familiar sino también la de legislar para que existan garantías legales que aseguren la integración de un niño en el seno de su familia. El Estado tiene la obligación positiva de asistir a la integración del niño dentro del ambiente familiar, aunque no sea un ambiente familiar marital, por eso el TEDH condena el procedimiento establecido en Bélgica que dejaba al hijo de madre soltera sin madre durante varios días⁽¹²⁾. Por su parte, en la resolución al caso *Calvelli y Ciglio* se comprueba que las obligaciones positivas pueden exigir a los Estados aprobar normas que obliguen a los hospitales, públicos o privados, a adoptar medidas apropiadas de protección de la vida de los pacientes⁽¹³⁾.

La obligación positiva de aplicar correctamente la legislación se refiere a todo tipo de actividad del Estado y a todo tipo de personal que ejerza funciones del poder público. Por eso, el Reino Unido fue condenado por la actuación de sus fuerzas policiales, que planificaron mal una operación con el resultado del abatimiento de los presuntos criminales a los que iban a detener (caso *McCann*, relativo a unos terroristas del IRA en Gibraltar)⁽¹⁴⁾. También fue condenado por el traslado de una persona con gran discapacidad a unas dependencias de detención en las que no se podía valer ni para su higiene ni tan siquiera para llegar a la cama (*Price*)⁽¹⁵⁾. Asimismo

⁽¹²⁾ *Marckx v. Bélgica*, decisión de admisibilidad de 29 de septiembre de 1975, n. 6833/74.

⁽¹³⁾ *Calvelli y Ciglio v. Italia*, sentencia de 17 de enero de 2002, n. 32967/96.

⁽¹⁴⁾ *McCann et al. v. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, n. 18984/91.

⁽¹⁵⁾ *Price v. Reino Unido*, sentencia de 10 de julio de 2001, n. 33394/96, párrafo 30.

fue violada por el personal penitenciario que permite el hacinamiento de presos (en *Kalashnikov* el TEDH entendió que puede ser trato inhumano y degradante, sin que medie ningún maltrato físico, el que un Estado mantenga sus prisiones en estado de total abandono y hacinamiento)⁽¹⁶⁾, o el Estado que coloca a un preso calificado como extremadamente peligroso en la misma celda que otro común (con resultado de muerte, en el caso *Edwards*)⁽¹⁷⁾. Asimismo, la obligación de aplicar correctamente la legislación se extiende al personal de una residencia de ancianos que, con su negligencia y falta de cuidado, permitió que un anciano con Alzheimer se extraviara para nunca reaparecer (*Dodov*)⁽¹⁸⁾ y al personal de un hospital psiquiátrico que incomunicó a un enfermo mental sin vigilancia y sin su medicación, pese a que había intentado suicidarse varias veces (caso *Renolde*)⁽¹⁹⁾. El Estado también sería responsable de la actuación de sus fuerzas armadas por no haber sometido a seguimiento y control a un recluta que se suicidó tras haber sufrido maltrato y humillaciones a manos de un superior (caso *Abdullah Yilmaz*)⁽²⁰⁾ y de la actuación de sus jueces que, pecando de imprudencia, excarcelaron tempranamente a un preso peligroso que acabó asesinando de nuevo (caso *Maiorano*)⁽²¹⁾.

Otra de las obligaciones que tiene el Estado es la de investigar posibles abusos. Esta obligación se extiende a todo tipo de persona que ejerza funciones en representación del Estado. En este sentido, en los casos *Jordany Shanaghan* se condenó al Reino Unido por la actuación de sus fuerzas policiales. En

ambos asuntos la condena no sólo fue por la muerte en sí de unos sospechosos por disparos de la policía sino también por no emprender una investigación independiente, rápida y oficial tras dichas muertes sospechosas⁽²²⁾. En casos de niños de familias desestructuradas, niños sin padres o niños bajo la tutela del Estado, las obligaciones positivas del Estado se disparan: En *Z y otros* el Estado incumplió sus obligaciones positivas por la negligencia de los servicios sociales en relación con cuatro hermanos sometidos a maltrato en el seno de su familia, lo cual les provocó daños físicos y psicológicos permanentes⁽²³⁾. Y el Estado es responsable por no haber investigado abusos sexuales de unos niños en su entorno familiar cuando se sabía que en el pasado la misma persona había cometido esos abusos y sin embargo los servicios sociales no hicieron nada para evitar su repetición (caso *Hokkanen*)⁽²⁴⁾.

Respecto a la obligación que tiene el Estado de prevenir daños e informar sobre riesgos a la población, el TEDH ha considerado que puede haber obligaciones positivas para el Estado que surjan de actividades industriales (sobre todo si las autoridades conocían sus riesgos potenciales). Esta obligación la incumplió Turquía en el asunto *Oneriyildiz*⁽²⁵⁾, relativo a la explosión de una fábrica que mató a 39 personas que vivían en los alrededores. La fábrica había tenido problemas técnicos antes de la explosión pero el Estado no había tomado medidas de seguridad aunque

⁽²²⁾ *Jordan v. Reino Unido*, sentencia de 4 de mayo de 2001, n. 24746/94; y *Shanaghan v. Reino Unido*, sentencia de 4 de mayo de 2001, n. 37715/97.

⁽²³⁾ *Z. et al. v. Reino Unido*, sentencia de 10 de mayo de 2001, n. 29392/95. Véase también *H.K. v. Finlandia*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, n. 36065/97; *Kutzner v. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2002, n. 46544/99. En *A. v. Reino Unido*, sentencia de 23 de septiembre de 1998, n. 25599/94 el TEDH entendió que el Estado era responsable del maltrato sufrido por un niño a manos de su padrastro debido a que los servicios sanitarios conocían de las lesiones que sufría habitualmente el niño y no tomaron medidas.

⁽²⁴⁾ *Hokkanen v. Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994, n. 19823/92.

⁽²⁵⁾ *Oneriyildiz v. Turquía*, sentencia de 18 de junio de 2002, n. 48939/99, párrafos 65 y 71.

⁽¹⁶⁾ *Kalashnikov v. Rusia* de 15 de julio de 2002, n. 47095/99.

⁽¹⁷⁾ *Edwards v. Reino Unido*, sentencia de 14 de marzo de 2002, n. 46477/99, párrafo 64.

⁽¹⁸⁾ *Dodov v. Bulgaria*, sentencia de 17 de enero de 2008, n. 59548/00.

⁽¹⁹⁾ *Renolde v. Francia*, sentencia de 16 octubre 2008, n. 5608/2005.

⁽²⁰⁾ *Abdullah Yilmaz v. Turquía*, sentencia de 17 de junio de 2008, n. 21899/02.

⁽²¹⁾ *Maiorano et al. v. Italia*, sentencia de 15 de diciembre de 2009, n. 28634/06.

había informes que hablaban de riesgos graves para los vecinos. Circunstancias similares se encuentran en el asunto *Guerra*, en el que se produce una grave contaminación a causa de las emanaciones de una fábrica de productos químicos⁽²⁶⁾. Estos casos demuestran las obligaciones positivas del Estado de impedir que terceros con sus actividades privadas e industriales interfieran en la calidad de la vida privada.

También el Estado puede generar obligaciones positivas por desastres naturales si no mitiga los riesgos de los mismos ni informa a la población sobre los mismos. El TEDH estableció esto en su sentencia al caso *Budayeva*, relativo a un corrimiento de tierras que se produjo en una ladera en la que las autoridades habían permitido la construcción de viviendas pese a que sabían que el firme era inestable. En el desastre quedaron sepultadas decenas de personas⁽²⁷⁾.

Prevenir daños y proteger a las víctimas son dos obligaciones positivas que se entremezclan en el caso *Osman*, en el que un profesor trastornado y acosador asesinó a un niño e hirió a su padre. La policía británica nunca dio crédito a las denuncias de acoso de los padres y por tanto no ordenó medidas de protección⁽²⁸⁾. El TEDH ha indicado que surge sin duda una obligación positiva para el Estado cuando la identidad del individuo que necesita protección se conoce. Entre los casos que se pueden destacar, además del anterior, están los casos *Kilic*⁽²⁹⁾ y *Ozgur Gundem*⁽³⁰⁾. En éste último Turquía fue condenada porque no hizo nada por evitar amenazas, intimidaciones y hasta la muerte de un periodista. Además de estos, existe una saga de litigios en los que se condena

a Estados partes por la inacción y la ausencia de prevención de la policía en casos de violencia doméstica conocida por las autoridades. Entre ellos destaca el asunto *Kontrova* sobre la inacción de la policía que causó desprotección a una madre y sus hijos, los cuales fueron asesinados por el padre pese a las denuncias de maltrato presentadas por su cónyuge⁽³¹⁾ y el caso *Opuz*⁽³²⁾. Sin embargo, las obligaciones positivas de prevención no llegan a tanto como para que se tenga que vigilar policialmente la casa de un detenido a fin de que no roben en ella (asunto *Blumberga*)⁽³³⁾.

Por último, las obligaciones positivas de los Estados se extienden también a la sanción que el Estado imponga a los incumplidores de la norma, puesto que son sus tribunales los que tienen el monopolio de la administración de justicia. En este sentido, en *Nikolova y Velichkova*⁽³⁴⁾ el TEDH indicó que el TEDH faltó a sus obligaciones positivas por condenar a una pena mínima de prisión (que además fue suspendida) a unos policías reos de asesinato y torturas.

4. Conclusiones. ¿Hasta qué punto es el Estado responsable frente a personas sometidas a su jurisdicción por violaciones de derechos humanos imputables a particulares y por violaciones que surjan de circunstancias que, aunque quizá el Estado no haya provocado, sin embargo sí tenga la obligación de remediar? El Estado debe impedir en la medida de lo posible que terceros puedan violar los derechos. El más claro resultado de la expansión de las obligaciones positivas es la protección activa de los derechos frente a actos de interferencia realizados por actores no estatales. Sin embargo, las obligaciones positivas del Estado también pueden derivar de

⁽²⁶⁾ *Guerra v. Italia*, sentencia de 19 de febrero de 1998, n. 14967/89.

⁽²⁷⁾ *Budayeva et al. v. Rusia*, sentencia de 20 de marzo de 2008, n. 15339/02.

⁽²⁸⁾ *Osman v. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, n. 23452/94.

⁽²⁹⁾ *Kilic v. Turquía*, sentencia de 28 de marzo de 2000, n. 22492/93.

⁽³⁰⁾ *Ozgur Gundem v. Turquía*, sentencia de 16 de marzo de 2000, n. 23144/93.

⁽³¹⁾ *Kontrova v. Eslovaquia*, sentencia de 31 de mayo de 2007, n. 7510/04.

⁽³²⁾ *Opuz v. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 2009, n. 33401/02, párrafos 147 y 173.

⁽³³⁾ *Blumberga v. Letonia*, sentencia de 14 de octubre de 2008, n. 70930/01.

⁽³⁴⁾ *Nikolova y Velichkova v. Bulgaria*, sentencia de 20 de diciembre de 2007, n. 7888/03.

desastres naturales o de origen humano con consecuencias catastróficas que el Estado hubiera podido prever o cuyos efectos negativos hubiera podido mitigar, siempre que cuente con los medios técnicos adecuados para ello. La razón de la responsabilidad del Estado en estas circunstancias se debe a que

el Estado cuenta con los medios para hacer respetar los derechos de las personas frente a los ataques de actores no estatales y frente a fenómenos catastróficos.

Susana Sanz Caballero

Ordenamiento jurídico

Bibliografía: BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952; CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Traducción Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996; CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962; CARBONELL (edic.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003; COMANDUCCI, *El neoconstitucionalismo*, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010; DE TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, Victor Lecou, Paris, 1855; D'ORS, *Derecho privado romano*, 5ª ed., Pamplona, Edita la Universidad de Navarra, 1983; D'ORS, *Autoridad y potestad*, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid, 1973; FERRAJOLI, MORESO, ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008; GADAMER, *Verdad y método*, trad. Agud y de Agapito, Salamanca, 2003; GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, versión de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1980; GARCÍA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1972, t. I, p. 2 ss.; GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: esai critique*, París, 1919; GROSSI, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons., Madrid, 1996; GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta*, en *Ius Commune - Sonderhefte*, n. 14, Frankfurt am Main; KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Solís Santos, México, 2010; LEGAZ, LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Madrid, 1961; LORCA MARTÍN DE VILLODRES, *Orden Sociopolítico*, en *Diccionario histórico judicial de México, ideas e instituciones*, t. II,

G-O, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010; MONTEJANO HILTON, *Las fuentes formales del derecho condicionantes de un derecho justo*, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1992; PAMPILLO BALIÑO, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, 2012; PAMPILLO BALIÑO, *Historia general de derecho*, Oxford University Press, México, 2008; PAMPILLO BALIÑO, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, 2005; PRIETO SANCHIS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1999; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Introducción al derecho*, Madrid, 1971; SÁNCHEZ DE LA TORRE (COORD.), *Pensando el derecho en el Siglo XX*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003; TOMÁS, VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1995; VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Díez-Picazo, Madrid, 1986; WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Fernández Jardón, Granada, Editorial Comares, 2000; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, trad. de Gascón, Madrid, 1995.

1. Introducción. El derecho comunitario de la integración regional, el nuevo derecho común y el cada vez más dilatado *corpus iuris* de los derechos humanos, han venido a redefinir la manera en la que entendemos al derecho, en la que el mismo se estudia, se enseña y se aprende, así como las formas a través de las cuales los operadores jurídicos - jueces, abogados, notarios, etcétera -

lo crean, determinan e instrumentan en los casos concretos. En efecto, desde la codificación de la tradición jurídica occidental, a partir del siglo XIX, la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista propuso una imagen puramente normativista, estatalista, sistemática y jerárquica del derecho que el pluralismo jurídico de nuestro tiempo ha puesto en entredicho. Y durante el largo periodo de crisis del positivismo formalista de extracción kelseniana y el entretiem po actual en que se encuentra conformándose, todavía, una nueva dogmática capaz de sustituir al positivismo, una noción - amplia y elástica - del derecho que ha venido ganando cada vez más adeptos entre los cultores de las diversas ciencias jurídicas, es precisamente la de «ordenamiento jurídico», como un concepto capaz de volver a poner en contacto al derecho con el mundo de lo social, sesgado por el positivismo, y de lo cultural, reducido a lo puramente normativo por el mismo.

2. Derecho, realidad y cultura. La noción de ordenamiento jurídico - que aquí reelaboramos a partir de las ideas de varios estudiosos, como Santi Romano, G. Capograssi, L. Legaz y Lacambra, A. Sánchez de la Torre y P. Grossi, entre muchos otros - sugiere en primer lugar, por su misma expresión en gerundio, algo que «no es», sino que más bien «está siendo»: es decir, algo que se encuentra desarrollándose en el tiempo. Y ése desenvolvimiento evoca a su vez la «naturaleza re-creativa del derecho», como un «esfuerzo cultural» humano por «reconducir continuamente los problemas sociales» de la vida humana en comunidad⁽¹⁾. Caracterizar

al derecho como «ordenamiento jurídico», significa un intento de arraigarlo en la «realidad social de los conflictos» y de proyectarlo hacia la «realidad cultural de sus soluciones» de manera dinámica. Cuando hablamos de ordenamientos jurídicos queremos pues referirnos al derecho como una «realidad anfibia», «a caballo» entre el mundo de la realidad y el mundo de la cultura, que busca acomodarse a aquélla, para a su vez reacomodarla según las exigencias de ésta última, tratando de superar las tensiones entre los nuevos problemas y las soluciones tradicionales. Dicha tensión dialéctica entre «naturaleza» (lo dado, que nos imponen las cosas) y «cultura» (lo puesto, que desarrolla artificialmente el hombre) supone que el derecho parte de ciertas «realidades dadas» (naturaleza de las cosas), combinándolas con ciertas «soluciones puestas» (determinaciones culturales de índole convencional)⁽²⁾. Las soluciones constituyen un «orden cultural» donde los problemas son parte de una «realidad social inordinada» por aquél. De esta forma, «derecho = ordenamiento jurídico = orden cultural + realidad social», por donde el derecho es el ordenamiento jurídico de la vida social, mediante el esfuerzo cultural humano por descubrir soluciones (*responses*) para reorientar los problemas (*challenges*) de su convivencia societaria⁽³⁾.

los demás; véase sobre la influencia de su concepción ordinamental-institucional del derecho el ensayo: DE LA TORRE MARTÍNEZ, *La teoría institucional del ordenamiento jurídico de Santi Romano*, en SÁNCHEZ DE LA TORRE (coord.), *Pensando el derecho en el Siglo XX*, Madrid, 2003.

⁽²⁾ EEstamos conscientes de que la anterior distinción, profundamente arraigada dentro de nuestra cultura jurídica, ha sido expuesta de muchas maneras en distintas oportunidades por diversos juristas, como es el caso, por ejemplo, de F. Gény con su división entre «lo dado» y «lo construido». Cfr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Lib. Générale de droit & jurisprudence, París, 1919.

⁽³⁾ La anterior concepción del derecho como ordenamiento o forma de la vida social está tomado de LEGAZ, LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Madrid, 1961; y SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Introducción al derecho*, Madrid, 1971. La dinámica interactiva entre realidad (*challenge*) y cultura (*response*) la retomamos de las exposiciones de Arnold J. Toynbee.

⁽¹⁾ Hemos desarrollado en extenso esta noción de ordenamiento jurídico, así como en general los demás temas que se expondrán a lo largo de esta voz en diversos lugares; un panorama general sobre los mismos en PAMPILLO BALINO, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, 2005 y, mismo autor, *Historia general de derecho*, Oxford, México, 2008. Respecto de los autores mencionados, pueden verse sus obras: ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, y GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Trad. Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons., Madrid, 1996. El origen de este concepto se encuentra propiamente en Santi Romano, el cual influye en

Por «orden cultural» podemos comprender, siguiendo una larga y consolidada tradición, «la disposición que atribuye a las cosas iguales y diferentes el lugar que les corresponde»⁽⁴⁾. Específicamente, en el plano sociopolítico y jurídico, este orden se traduce en una armonía que consiste en dar a cada quien lo suyo, que se traduce en una «ordenada concordia»⁽⁵⁾, por donde la iusfilósofa española Isabel Lorca observa: «El derecho se convierte en una forma de organización regulativa (...) que tiene como objetivo primero instaurar el orden en sociedad, pacificar la convivencia, y realizar la justicia»⁽⁶⁾. Este orden jurídico es objeto de la «hermeneusis cultural», es decir, de la actividad sapiencial y científica del jurista consistente en determinar, de entre las soluciones culturales disponibles (leyes, sentencias, doctrinas, tratados, costumbres, convenios, etcétera) las que resulten aplicables para reconducir el caso concreto o, en su defecto, diseñar una nueva solución, que posteriormente, vendrá a incorporarse al propio mundo de la cultura jurídica. Por «realidad social» se entiende el conjunto de problemas que presenta el entrecruzamiento de intereses propio de la convivencia humana, involucrando una enorme diversidad de relaciones entre personas y cosas. Dicha realidad es objeto de «interpretación» en el sentido de «análisis factual de los hechos» que es propiamente la actividad prudencial del jurista consistente en la división de sus partes, la identificación de sus principales aristas y la comprensión de sus estructuras, constantes, variables y demás circunstancias, conforme a las cuales percibe - de modo latente en la misma - los mismos principios de su reconducción conforme a su propia naturaleza. Ahora bien, la actividad del jurista como arquitecto de los ordenamientos jurídicos y estudiosos de los mismos, que por un

lado requiere del aprovechamiento de la tradición cultural y por el otro de la apertura a las nuevas realidades sociales, tiene su punto de partida y de llegada en la realidad, a cuyo servicio se encuentra - y debe encontrarse siempre - la cultura jurídica. Como desde la época clásica de la jurisprudencia romana observara M.A. Labeón: «el derecho no consiste en reglas, sino más bien las reglas se extraen del derecho»⁽⁷⁾; es decir, el derecho se encuentra primero y originariamente en la realidad y sus conflictos y sólo de manera derivada en las soluciones - reglas - culturales elaboradas para su reconducción y puestas a su servicio. Por eso mismo frente a la *aequitascondita* o *constituta* - la definida en las fuentes de la cultura jurídica - los juristas bajomedievales - a partir de Martín de Gossia - reconocieron la *aequitasrudis*, es decir, la que se encuentra en la armonía intrínseca que nos presentan las relaciones entre las cosas conforme a su naturaleza⁽⁸⁾. La etimología latina del derecho, *ius*, «lo que es justo» (*ius est quod iustum est*) y su persistencia en nuestro lenguaje cotidiano, resulta especialmente reveladora de lo anterior. El derecho debe en primer lugar *a-jus*-tarse a la realidad de las cosas, que se le impone sin que pueda pretender cambiarla. Pero, por otro lado, el derecho tampoco puede quedarse con la sólo realidad empírica, reflejándola tal cual «es» (*sein*), sino que debe encauzarla, reconducirla conforme a ciertos principios, bienes y valores de la cultura; es decir debe re-*a-jus*-tarla devolviéndole una imagen correctiva de sí misma que le muestra el rostro de lo que «debe ser» (*söllen*).

⁽⁴⁾ «*Ordo estparium disparium que rerum sua cuique loca tribuens dispositio*», v. San Agustín, *De Civitate Dei* (XIX, XIII, 1).

⁽⁵⁾ *Ídem*, (L. XIX, C. XXI).

⁽⁶⁾ LORCA MARTÍN DE VILLODRES, *Orden Sociopolítico*, en *Diccionario histórico judicial de México, ideas e instituciones*, t. II, G-O, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.

⁽⁷⁾ D. 50, 17, 1. Esta concepción labeoniana, fue originariamente recogida en el proemio de su libro *Pithanà* (del griego «to pithanon» que significa «lo probable»), mismo que lamentablemente no conservamos. Sobre esta obra de Labeón y la pervivencia de algunas de sus ideas a través de los *libri ad Plautium* de Paulo y del mismo *Digesto*, donde muchos aforismos verosíblemente originarios de Labeón son atribuidos a Paulo, veáse CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Traducción Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996.

⁽⁸⁾ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta*, en *Ius Commune - Sonderhefte*, n. 14, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981, p. 14.

3. Una clasificación de los ordenamientos jurídicos. Para comprender mejor los ordenamientos jurídicos e identificar sus características propias y diferencias específicas, he venido sirviéndome desde hace algún tiempo de una «caracterología» que he estructurado, retomando las apreciaciones de un gran variedad de autores. Como toda tipología, supone un esfuerzo convencional de clasificación, que no tiene otra finalidad sino la de ordenar las distintas experiencias jurídicas para facilitar su «identificación», «comprensión», «diferenciación», «comparación» y «crítica». La caracterología propuesta tiene una estructura dual, a la manera de un índice o espectro conformado entre dos extremos, con el objeto de prevenir los prejuicios que pueden llegarse a inducir mediante el empleo de «modelos arquetípicos» o «caracteres paradigmáticos». Así, las diadas o binomios que vertebran dicha tipología no deben tomarse como modelos ideales, sino tan sólo como una guía o referente respecto de ciertas tendencias contradictorias en torno a las cuales puede decirse que oscilan las distintas experiencias jurídicas. Los «esquemas ordenadores binómicos» que propongo son: a) *auctoritas* y *potestas*, b) tópica y sistemática, c) *interpretatio* y *hermeneusis*, c) pluralidad y monismo y d) justicia y orden⁽⁹⁾.

Por lo que respecta al primer esquema dilemático, *auctoritas/potestas*, expuesto por A. D'Ors, constituye un binomio que se refiere a la «obligatoriedad» de los ordenamientos jurídicos⁽¹⁰⁾. Este binomio nos descubre que el derecho es obligatorio, a) ya sea por que constituye un «saber socialmente reconocido» (*auctoritas*) que convence a la inteligencia humana, o b) porque está respaldado por

un «poder socialmente reconocido» (*potestas*) que se impone a la voluntad del hombre. La importancia de este binomio reside en que nos permite tipificar, distinguir y comparar: a) aquéllos ordenamientos cuya obligatoriedad está mayormente asociada al reconocimiento social de un poder, por ejemplo, el «derecho de juristas» del periodo clásico de la jurisprudencia romana o de la ciencia jurídica bajomedieval, o el nuevo derecho común europeo desarrollado por grupos y academias privadas, y b) aquéllos ordenamientos cuya obligatoriedad está vinculada principalmente al reconocimiento social de un poder, por ejemplo el derecho legislado en la época de la exégesis y del positivismo legalista formalista, o bien c) aquéllos ordenamientos cuya obligatoriedad descansa, simultáneamente en la *auctoritas* y en la *potestas*, como por ejemplo el *ius respondendi ex auctoritate Principis*, durante el principado romano, o en el caso del derecho judicial - especialmente el internacional - contemporáneo, donde es frecuente ver que los tribunales, cada vez más, aplican un derecho de juristas como lo hacía el pretor en la época clásica del derecho romano.

En segundo lugar tenemos el binomio tópica / sistemática, que he entresacado de las aportaciones de Th. Viehweg a la lógica jurídica y que permite distinguir también la «diferente textura» de los ordenamientos jurídicos históricos⁽¹¹⁾. La principal contribución de Viehweg a la filosofía y a la historia del derecho fue el haber puesto de relieve, que frente al modo de argumentación jurídica sistemático, típicamente moderno, a partir de normas y «principios axiomáticos», que procede «verticalmente» a través del silogismo, para llegar a «conclusiones necesarias», existió otro modo de argumentación contrastante. Este modo de argumentar, propio de la Antigüedad y de la Edad Media, fue denominado por Viehweg como tópica. La tópica no partía de principios ciertos para llegar a conclusiones necesarias, sino que por

⁽⁹⁾ Expuse esta caracterología por primera vez en Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de Historia General del Derecho, en *Rev. de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, n. 28, Escuela Libre de Derecho, México, 2004.

⁽¹⁰⁾ Cfr. D'ORS, *Autoridad y potestad*, en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid, 1973, Puede encontrarse con mucho provecho una exposición completa sobre estas nociones de D'Ors en la obra de su discípulo RAFAEL DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, 1999, especialmente en su capítulo segundo «Teoría orsiana de la auctoritas».

⁽¹¹⁾ Cfr. VIEHWEG, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. de Seña, 2ª ed., Barcelona, 1997; *Id.*, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Díez-Picazo, Madrid, 1986.

el contrario, partía de la realidad misma, argumentando «horizontalmente» a partir de «casos similares», para llegar así a «soluciones meramente plausibles» o verosímiles. De esta forma, se puede decir que las diferencias fundamentales entre la sistemática y la tópica residen en sus premisas (axiomáticas o verosímiles), en su *modus arguendi* (lógico-deductivo-silogístico o dialéctico-retórico) y en sus conclusiones (necesarias o plausibles), respectivamente. Más aún - y es aquí donde reside la importancia del binomio propuesto para nuestros efectos -, detrás de la diferencia entre los «modos de argumentación» sistemáticos y tópicos, se encuentra una distinción fundamental respecto de la misma «concepción del derecho» que presuponen. En efecto, la sistemática parte de la premisa de que el derecho es un «sistema de certezas generales» entresacadas por la «razón racional» de la «naturaleza metafísica del hombre». Por su parte la tópica supone que el derecho es más bien un «acervo de reglas o soluciones», encontrados por la «razón razonable» dentro de la misma «realidad», mediante la observación de la «naturaleza de las cosas». Aplicando este esquema ordenador, las experiencias jurídicas pueden clasificarse así en: a) «tópicas», como por ejemplo la jurisprudencia romana clásica, o la ciencia jurídica bajomedieval, b) «sistemáticas», como la *Begriffsjurisprudenz* o el positivismo legalista formalista, o c) «mixtas», como por ejemplo el caso del derecho inglés de los siglos XVI y XVII entre la esclerotización del *common law* y la oxigenación del *equity law* o, dentro de la familia del *civil law*, los actuales ordenamientos dentro de los cuales, junto a las leyes y los códigos, han recuperado su lugar el derecho judicial, la costumbre y la doctrina, viéndose a su vez cada vez más penetrados por el derecho intra-estatal de las comunidades tradicionales y, *ad extra*, por el derecho internacional y supranacional.

El tercer esquema ordenador propuesto se caracteriza por la bipolaridad *interpretatio / hermeneusis*, que permite tipificar las experiencias jurídicas históricas en atención a su «conformación e instrumentación». Siguiendo en el ámbito filosófico general a

H.G. Gadamer y en el filosófico jurídico a A. Sánchez de la Torre, puede destacarse cómo se confunde con frecuencia el significado de la «hermeneusis» con el de la «interpretación», y más frecuente y equivocadamente, se designa con la palabra interpretación lo que es propiamente una actividad hermenéutica ⁽¹²⁾. Sin embargo, la hermeneusis (del griego *Hermes*, mensajero de los dioses y *gnosis* conocimiento por revelación) consiste en una actividad comprensiva tendiente a descifrar el significado de un símbolo cultural, mientras que la *interpretatio* (del latín, *in, ter, pretium*, que aludía al tercero que determinaba el *pretium* a petición de las partes dentro del contrato romano de compra-venta), consiste más bien en un «análisis factual» de las realidades empíricas de naturaleza problemática. Así pues, hermeneusis e interpretación son ambas «lecturas», si bien la primera está referida propiamente al «mundo de la cultura», que es objeto de comprensión, mientras que la segunda se ocupa del «mundo de la naturaleza», que es más bien objeto de observación y análisis. Trasladando la anterior diferenciación - y he aquí lo fundamental - al ámbito de la actividad del jurista, su quehacer es hermenéutico cuando desentraña el significado de las leyes, los principios jurídicos o las sentencias jurisdiccionales; es en cambio interpretativa cuando investiga los hechos sociales problemáticos, tratando de encontrar un orden conveniente entre los mismos. Retomando dichas nociones, puede advertirse que existen ordenamientos jurídicos dentro de los cuales los operadores jurídicos se encuentran «volcados sobre la realidad social» y su interpretación, pero como «desentendidos» respecto de las «reelaboraciones culturales» precedentes sobre la misma, como lo fue

(12) Cfr. GADAMER, *Verdad y método*, trad. Agud y de Agapito, Salamanca, 2003; y SÁNCHEZ DE LA TORRE SOBRE, *La interpretación y la hermenéutica en la estructura de la sentencia judicial*, Curso correspondiente al Módulo de Metodología, Lógica e Informática Jurídica impartido por el Profesor Ángel Sánchez de la Torre, dentro del Doctorado en Derecho impartido por Convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Anáhuac de México durante los días 26 a 30 de noviembre de 2001 en la Ciudad de México.

muy señaladamente el caso de las experiencias jurídicas altomedievales y como en cierto sentido propusieron, desde el siglo XIX, algunos promotores de las corrientes jurídicas antiformalistas o del realismo jurídico nortamericano. Igualmente y por el contrario, es posible también ubicar experiencias históricas dentro de las cuales los operadores jurídicos se encuentran como «de espaldas a la realidad», ocupados solamente en la comprensión de mensajes culturales de contenido jurídico, atentos sola y exclusivamente a la «exégesis textual», reduciendo así la rica realidad del derecho a los solos principios, dogmas o normas. Tal es el caso, por ejemplo, de los primeros glosadores italianos con su estrecha dependencia textual del *Corpus Iuris Civilis*, pero sobre todo y emblemáticamente es el caso de la exégesis francesa y del positivismo legalista formalista. Finalmente, podemos ubicar también ordenamientos jurídicos en los que se advierte un equilibrio entre *interpretatio* y *hermeneusis*; se trata de auténticos «momentos estelares», tales como la jurisprudencia romana clásica o la escuela italiana de los *consiliatores* bajomedievales, pues en ambos se alcanzó una rara «atemperación prudencial» entre realidad y cultura, donde ésta última, es vista como al servicio de aquella. Actualmente, el derecho de la integración, particularmente en el ámbito europeo, se encuentra propiciando un nuevo e interesante equilibrio entre la *hermeneusis* y la *interpretatio*. De esta forma y con este criterio, las experiencias jurídicas pueden tipificarse como: a) «preponderantemente interpretativas», b) «preponderantemente hermenéuticas», o c) «equilibradamente prudenciales».

Por lo que respecta enseguida a la diáda pluralismo/monismo - abordada como condicionante del derecho justo por J. Montejano -, esta se encuentra relacionada con las «fuentes de conocimiento y creación jurídicas»⁽¹³⁾. En efecto, pueden distinguirse los ordenamientos caracterizados por una

gran diversidad de fuentes de conocimiento y creación jurídica, de aquéllos otros donde la preponderancia de una sola fuente de conocimiento es tal que prácticamente monopoliza la expresión del derecho, hasta llegar a identificarse con él. En términos generales, los ordenamientos pluralistas suponen una mayor «riqueza» de alternativas y recursos, así como una mayor «flexibilidad» en la operación del derecho; sin embargo, en contrapartida, muestran también una cierta «complejidad» en su instrumentación y suponen una relativa «incertidumbre» respecto de los problemas específicos. Por su parte, las experiencias monistas o de pocas fuentes, por definición se encuentran limitadas por la «pobreza» de alternativas y recursos, mostrándose más «rígidas» respecto de la operación del derecho; no obstante ello, también es verdad que suponen una mayor «simplicidad» respecto de su instrumentación e indudablemente existe una mayor «certidumbre» respecto de las soluciones eventualmente aplicables a los casos concretos. Es posible distinguir así entre: a) las «experiencias pluralistas», como el derecho romano clásico, el derecho común europeo y el derecho de nuestro tiempo, b) las «experiencias de escasez» de fuentes, como es el caso del derecho romano vulgar, y c) las «experiencias monistas» como lo es la dogmática contemporánea del positivismo legalista formalista.

Por último tenemos el esquema justicia/orden que se encuentra vinculado a los mismos «fines del ordenamiento jurídico». En primer lugar debe hacerse una precisión iusfilosófica: el derecho es, por definición, un «orden justo»; consecuentemente no puede existir, técnicamente, una antinomia entre la justicia y el orden o la seguridad jurídica como fines del derecho, sino más bien una complementariedad recíproca. No obstante ello, es igualmente cierto que resulta bastante común - entre propios y extraños - la «opinión» según la cual existen casos en los cuales la justicia y el orden se contraponen - recuérdese a Goethe: «prefiero la injusticia al desorden» -, y la verdad es que, más allá de la limitada «resistencia filosófica» de dicha opinión, es indudable que tiene y en-

⁽¹³⁾ MONTEJANO HILTON, *Las fuentes formales del derecho condicionantes de un derecho justo*, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1992.

cierra su innegable «momento de verdad». Precisamente a dicho «momento de verdad» se apela para proponer el anterior dilema como esquema ordenador, bien que con la siguiente matización. Es un hecho comprobable el que los diversos ordenamientos jurídicos históricos y actuales, así como las diversas reflexiones filosófico-jurídicas de los juristas del pasado y del presente, han oscilado, a la manera de un péndulo, entre dos concepciones diferentes del derecho: la una inclinada más acusadamente hacia su concepción como un «orden equitativo material en concreto» y la otra recargada más hacia su diversa concepción como un «orden justo formal abstracto». Ambos tipos de ordenamientos y de reflexiones jurídicas consideran y se comprometen con la «seguridad jurídica» como la «sensación de confianza» que a los sujetos obligados les merece «el ordenamiento jurídico y su instrumentación» por parte de los operadores jurídicos prácticos; sin embargo, la valoración de dicha seguridad jurídica es diferente en unos y en otros, específicamente por lo que respecta a la «certidumbre jurídica». En efecto, en los ordenamientos conformados a partir de la equidad material concreta, no obstante la seguridad jurídica de que el ordenamiento habrá de ser adaptado por los operadores jurídicos prácticos, en cada caso concreto, a sus particulares circunstancias, la misma vocación casuista de los mismos, hace poco previsible, *ex ante facto*, las soluciones que habrán de elaborarse para reconducirlos. En contrapartida, en aquéllos otros ordenamientos jurídicos que se estructuran con base en la justicia formal en abstracto, existe mayor certidumbre respecto de cuales son las «reglas del juego» antes de su aplicación al caso concreto. En otras palabras: en ambos tipos de ordenamientos y de reflexiones jurídicas (equitativa material concreta y justa formal abstracta) la seguridad jurídica es perseguida y -en principio puede ser - alcanzada, sin embargo, en el caso de los primeros, su mayor flexibilidad y adaptabilidad al caso concreto supone un sacrificio de certidumbre jurídica, mientras que en el de los segundos, la mayor certidumbre jurídica, es compensada por una menor elas-

ticidad del ordenamiento, formal y abstracto, para ajustarse a las exigencias materiales y concretas de cada caso. Así, conforme a esta última tipología dilemática, es posible identificar y distinguir a los ordenamientos jurídicos históricos como: a) «ordenamientos equitativos materiales en concreto», como la jurisprudencia romana clásica y, en general el derecho de la familia del *common law*, b) «ordenamientos justos formales en abstracto» como el positivismo jurídico y c) «ordenamientos justos-equitativos en lo formal abstracto y material concreto» o de justicia con orden y/o seguridad, como el derecho comunitario europeo actual.

Por último respecto de estos esquemas ordenadores, existe normalmente una relación entre los primeros elementos del binomio y los segundos. Es decir, los ordenamientos jurídicos cuya obligatoriedad descansa preponderantemente en la *auctoritas*, normalmente están conformados de manera tópicica, operan de forma interpretativo-analítica, tienden a reconocer una mayor pluralidad en las fuentes y se inclinan más bien al servicio de la justicia que a la realización de la seguridad o del orden. Igualmente, los ordenamientos jurídicos potestarios, normalmente se inarticulan de manera sistemática, se instrumentan de manera hermenéutica, son monolíticos y tienden a privilegiar al orden sobre la justicia. No obstante, conviene apuntar que esta relación entre los elementos binómicos de los esquemas ordenadores no es necesaria, sino tan solo habitual dentro de nuestra tradición jurídica. Lo importante aquí es destacar que el valor de los esquemas ordenadores es meramente pedagógico y comprensivo, en tanto que buscan precisamente identificar, distinguir, comparar y criticar los ordenamientos jurídicos; sin embargo, en tanto que «esquemas mentales convencionales», se encuentran al servicio de la realidad que quieren conocer y no al revés. Más aún, conforman, cada uno de ellos, índices o espectros entre dos extremos, a la mitad de los cuales, los ordenamientos pueden encontrar una configuración más rica, más versátil y más equilibrada.

4. La evolución institucional de los ordenamientos jurídicos. El derecho entendido como ordenamiento jurídico es un todo compuesto de partes y las partes del ordenamiento son precisamente las «instituciones jurídicas», que no son sino reelaboraciones homogéneas sobre un conjunto relativamente homogéneo de problemas sociales. Dichas instituciones sociales, en tanto que reguladas por el ordenamiento jurídico, conforman precisamente las instituciones jurídicas, y las instituciones jurídicas son como las moléculas (las reglas que las componen son como sus átomos) que conforman el tejido orgánico del ordenamiento jurídico⁽¹⁴⁾. Ejemplificando, cada ordenamiento jurídico comprende un universo vastísimo de instituciones jurídicas, como lo es, verbigracia, el matrimonio, cuya identidad, objeto, elementos, requisitos, formas y finalidades se encuentran vertebradas mediante un conjunto de «reglas culturales» que reconducen una serie de «conflictos sociales homogéneos en cuanto a su objeto». Así, tenemos que la célula se llama ordenamiento, la molécula se denomina institucio-

nes (conjunto de reglas culturales que reconducen un acervo homogéneo de problemas sociales) y el átomo se designa como reglas, que son las fórmulas culturales que recogen la enunciación del problema y su solución. Sentado lo anterior, conviene observar que por regla general las modificaciones que presentan los ordenamientos jurídicos encuentran su origen precisamente en los cambios que sufren las instituciones jurídicas. Consecuentemente, para entender el desenvolvimiento histórico y actual de los mismos debe comprenderse primero cómo evolucionan progresivamente, o involucionan regresivamente, las instituciones jurídicas.

A este respecto parece convincente la explicación que ofrecía el Profesor García-Gallo, para quien las instituciones jurídicas se desenvuelven históricamente, fundamentalmente por tres causas: a) por la aparición de nuevas situaciones de hecho, o b) por cambios en la valoración de dichas situaciones de hecho a partir de nuevas ideas políticas, religiosas, morales o económicas, o bien c) por cambios atinentes a la propia regulación jurídica de las instituciones por motivos puramente técnicos, para hacerlas más eficaces⁽¹⁵⁾. Si confrontamos las causas propuestas con nuestra tradición jurídica, veremos que las transformaciones del derecho se deben, en efecto, a la aparición de nuevos problemas sociales, o al surgimiento de nuevos referentes valorativos o a la depuración técnica de los instrumentos jurídicos. Piénsese, como ejemplo del primer caso, la nueva y crecientemente sofisticada conflictiva urbana que motivó la actuación del pretor urbano en la Roma del siglo II a.C.⁽¹⁶⁾, o en la aparición de las transacciones comerciales trayecticias que excitó la reapertura comercial de Europa a partir del siglo XI y que fueron el sustrato de los *nova negotii* que conformaron el *ius mercatorum* bajomedieval⁽¹⁷⁾, o en la nueva problemática

⁽¹⁴⁾ En este sentido Tomás y Valiente expone: «El Derecho actúa en la sociedad construyendo instituciones por medio de las cuales la sociedad resulta organizada. Pero, ¿qué es una institución jurídica? Entendemos por institución el conjunto formado por unas relaciones sociales homogéneas y el marco normativo que las regula. (...) Son, por consiguiente, instituciones jurídicas aquellos conjuntos formados por unas relaciones sociales homogéneas y por el marco jurídico normativo que las regula. Algunos juristas atribuyen el concepto de institución jurídica sólo al conjunto de normas, dejando fuera como "metajurídico", es decir, como una realidad ajena al Derecho, el contenido de intereses y conflictos sociales que esas normas tratan de regular. Esta es una actitud metodológica de carácter formalista. Por nuestra parte (...) hemos de entender que la institución jurídica está compuesta tanto por el marco normativo como por el contenido del mismo integrado por relaciones sociales homogéneas. El matrimonio, la Bolsa, el contrato de arrendamiento de servicios, el delito de homicidio, la patria potestad, las Cortes, el pacto feudal no son meros complejos normativos. Son incomprensibles si los vaciamos de contenido, pues de éste les viene a las instituciones su real razón de ser y su propio e interno dinamismo. (...) Forma (es decir, normas jurídicas convergentes) y contenido (esto es, relaciones sociales homogéneas) constituyen un conjunto institucional inescindible». TOMÁS, VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1995, p. 31.

⁽¹⁵⁾ Vid. GARCÍA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1972, t. I, p. 2 ss.

⁽¹⁶⁾ D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, p. 32 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, versión de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1980, pp. 45-65.

suscitada por el avance tecnológico durante el siglo XX⁽¹⁸⁾. Respecto de la incidencia del cambio en las valoraciones, puede citarse como un caso emblemático la influencia del pensamiento cristiano en el derecho romano vulgar del Bajo Imperio y la consecuente dulcificación de instituciones características del derecho quirritario como la *patria potestas* y las *manus maritalis*⁽¹⁹⁾ o, en nuestro tiempo, la influencia que desde la segunda mitad del siglo XX ha ejercido la nueva cultura material de los Derechos Humanos⁽²⁰⁾. Por último y por lo que hace a la depuración técnica de los instrumentos, piénsese sobre todo en los *modus arguendi* y en la teoría de los estatutos como el legado que por antonomasia ofreció a la ciencia jurídica europea la jurisprudencia sapiencial del *mos italicus*⁽²¹⁾.

Ahora bien, aunque las anteriores causas son explicativas de la mayor parte de los cambios que se advierten en las instituciones jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos, no ofrecen una razón satisfactoria de las eventuales coincidencias y similitudes que presentan varios ordenamientos dentro de vastas regiones jurídicas. Para desentrañar este nuevo problema y siguiendo también en este punto a García-Gallo, puede afirmarse que la evolución jurídica institucional se produce de tres maneras fundamentales: a) por innovación (adecuación de instituciones tradicionales a realidades nuevas), b) por creación *ex novo* (diseño de soluciones *ad hoc* a la problemática social concreta) y c) por difusión, que puede ser pacífica (recepción) o violenta (imposición)⁽²²⁾. Por ejemplificar brevemente: por innovación procedió, sobre todo, el *ius honorarium* del pretor respecto del *ius civile*. También se sirvió de la innova-

ción, de manera emblemática, la ciencia jurídica bajomedieval en su afán de acomodar los textos justinianeos a las exigencias de su realidad contemporánea y, en nuestro tiempo, de manera notable el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, cuando al elaborar los «principios generales comunes» toma en cuenta la tradición jurídica común de los Estados parte, buscando incluso sus antecedentes en el derecho romano⁽²³⁾. Por creación *ex novo* se desarrollaron siempre los derechos primitivos, procedió el *ius mercatorum* bajomedieval y se ha desenvuelto en buena medida el positivismo legalista por cuanto ha tenido de improvisado e irreflexivo. Finalmente, por difusión se propagaron infinidad de instituciones, ideas, conceptos y reglas, del derecho romano, del derecho común europeo, y de las codificaciones francesa y alemana, tanto pacíficamente por la vía de la recepción en la mayor parte de los países europeos, cuanto violentamente por la vía de la imposición en la mayor parte de los países sometidos a la hegemonía colonialista europea, aunque con posterioridad a sus independencias,, muchos acabaron por asimilarlas pacíficamente. De lo anterior podemos concluir que las similitudes y coincidencias que presentan sobre todo los ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma región, familia o tradición jurídica, pueden deberse fundamentalmente o al común origen de muchos problemas o, sobre todo, al fenómeno de la difusión jurídica. De hecho, dentro de la tradición jurídica occidental, las principales diferencias entre las familias jurídicas del *civil law* y del *common law* y sus respectivos ordenamientos se en-

(18) Vid. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., *passim*.

(19) Sobre el particular pueden verse las exposiciones clásicas de BIONDI, *Il diritto romano cristiano*. Milano, 1952; y de TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, París, 1855.

(20) Vid. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., *passim*.

(21) Vid. por todos a GROSSI, *El orden jurídico medieval*, cit.; y WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de Fernández Jardón, Granada, 2000, p. 33 ss.

(22) Vid. GARCÍA-GALLO, *Manual*, cit., p. 3 ss.

(23) Véase las Conclusiones de la abogada general Christine Stix-Hackl, presentadas el 26 de septiembre de 2002 dentro del caso *Thyssen Stahl AG vs. Comisión*, donde observa que: «debe examinarse si de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros cabe eventualmente deducir una forma uniforme», que retoma la famosa sentencia *Klomp* de 25 de febrero de 1969, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apeló precisamente a «un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano». Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *La Integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, 2012.

cuentran precisamente en la recepción, las modalidades de la recepción o la ausencia de la recepción del *ius commune* europeo y de la Codificación⁽²⁴⁾.

5. La evolución paradigmática de los ordenamientos jurídicos. Además de la evolución regular y ordinaria que van experimentando a través de los cambios en las instituciones y en las reglas jurídicas, según quedó anteriormente expuesto, los ordenamientos jurídicos pueden experimentar también «mutaciones estructurales» con motivo de los cambios de paradigmas que eventualmente marcan el agotamiento de toda una concepción jurídica y el surgimiento de otra nueva⁽²⁵⁾. Estos cambios estructurales, mucho menos frecuentes, generalmente se producen con motivo de una profunda conmoción, que usualmente afecta por completo la cosmovisión (ideas sobre el hombre, el mundo y las relaciones del hombre con el mundo), como por ejemplo cuando se produce un cambio de época⁽²⁶⁾. En el ámbito de la tradición jurídica occidental, que como tal surge hacia Baja Edad Media, gracias a los juristas del *mos italicus*, hasta el momento únicamente han existido dos dogmáticas jurídicas vigentes, la del *ius commune* europeo (siglos XII a XIX) y la del positivismo legalista formalista (siglo XIX a nuestros días)⁽²⁷⁾. Ahora bien, ¿qué es una dogmática jurídica? A los efectos del caso, desde hace algunos años he venido insistiendo en que para entender mejor las mutaciones estructurales de los ordenamientos jurídicos en general y en lo particular de aquéllos que pertenecen a nuestra tradición jurídica, es necesario considerar tanto a las dogmáticas jurídica como a

las metodologías jurídicas como paradigmas jurídicos, es decir, como formas generales de pensamiento jurídico. En tanto que paradigmas y formas generales de pensamiento jurídico, tanto las dogmáticas (vigentes) como las metodologías (críticas primero, posteriormente propositivas y, eventualmente, aspirantes a convertirse en dogmáticas sustitutivas y vigentes), tienen una proyección sustantiva en tres ámbitos fundamentales relacionados con el derecho, su estudio y su operación: el ámbito filosófico-compresivo, el ámbito epistemológico-metodológico y el ámbito praxeológico-operativo. Tanto las dogmáticas como las metodologías jurídicas han buscado, en efecto, responder a tres preguntas fundamentales: a) una primera comprensiva: ¿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 praxeológica: ¿cómo se operan los ordenamientos jurídicos y de qué instrumentos pueden servirse los operadores jurídicos para ello? En efecto, y por poner dos ejemplos relativamente conocidos; de un lado la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, en su formulación kelseniana (1930»s), nos dice: **1)** filosóficamente: derecho = ley = norma = forma, **2)** epistemológicamente: el derecho es la ciencia nomotética cuyo objeto es la norma jurídica, como recipiente formal vaciado de todo contenido, considerado como metajurídico y cuyo método es la atribución, y **3)** praxeológicamente: el ordenamiento jurídico opera sistemáticamente, mediante la aplicación de la norma a la realidad y la subsunción de ésta última dentro de la hipótesis normativa, a través de un razonamiento lógico-formal-deductivo-vertical-descendiente instrumentado a través del silogismo. Por su parte, la metodología del iusnaturalismo moderno racionalista (siglos XVII y XVIII) propuso: **1)** filosóficamente: derecho = principios universales, eternos e inmutables, válidos para todo tiempo y para todo lugar, **2)** epistemológicamente: el derecho es una disciplina filosófica, perteneciente - o al menos emparentada - con la ética social, que reflexiona metafísicamente sobre

⁽²⁴⁾ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., *passim*.

⁽²⁵⁾ En torno a los «paradigmas científicos» en general y su lugar en el contexto de las «revoluciones científicas», véase a KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010; sobre su aplicación al derecho, véase PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit.

⁽²⁶⁾ Sobre el particular me he extendido en PAMPILLO BALIÑO, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, 2005 e *Historia*, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit.

la naturaleza abstracta del hombre, como fuente de principios jurídicos y 3) praxeológicamente: el ordenamiento jurídico supone la derivación de segundos, terceros y ulteriores principios, que la razón práctica extrae de los primeros principios, para regular la conducta del hombre en sociedad.

Ahora bien, aunque la anterior caracterización de la dogmática jurídica vigente del positivismo legalista formalista, se corresponde - en términos muy generales - con los planteamientos originales de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y, como tal, cuenta habida los profundos cambios que ha experimentado desde entonces el mundo y el mundo del derecho, ha sido modificada sustantivamente, sigue siendo no obstante - por lo menos en el medio jurídico latinoamericano- el eje vertebrador de nuestro pensamiento jurídico. Pero conviene subrayar que a pesar de que en sus más recientes «versiones garantistas» y «neconstitucionalistas», esta dogmática jurídica ha experimentado cambios notables⁽²⁸⁾, tratándose de adecuarse a los vertiginosos cambios que se han venido sucediendo a lo largo de los últimos ochenta años, lo cierto es que la cantidad y la profundidad de las transformaciones políticas,

⁽²⁸⁾ Entre dichos cambios pueden señalarse como los más característicos: a) el tránsito 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: CARBONELL (edic.), *Neconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003; COMANDUCCI, *El neoconstitucionalismo*, en *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, FERRAJOLI, MORESO, ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, PRIETO SANCHEZ, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1999; o ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, trad. de Gascón, Madrid, 1995.

sociales, económicas, 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⁽²⁹⁾.

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, ambos tanto el derecho de la integración como el nuevo derecho común son: a) 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, se trata de 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 integran de manera precisamente flexible y casuística, reivindicando la centralidad de la jurisdicción y de la ciencia jurídica como fuentes formales del derecho, d) le han devuelto

⁽²⁹⁾ 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 (Gény, 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. PAMPILLO BALIÑO, *Historia*, cit., p. 293 ss.

una especial protagonismo a la interpretación y la argumentación jurídica, e) han propiciado un diálogo entre ordenamientos jurídicos que propicia un enriquecimiento recíproco de los mismos, f) 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*, g) han promovido la creación de una cultura jurídica común a través de la armonización, h) asimismo, sobre todo el derecho común, ha creado un patrimonio de principios científicos supletorios, desarrollando un nuevo soporte epistemológico para una nueva ciencia jurídica común.

Por todas las anteriores razones, pensamos que resulta fundamental para los juristas contemporáneos estar muy pendientes de los desarrollos del derecho de la integración y del

nuevo derecho común, pues pudieran ser el nuevo paradigma jurídico del siglo XXI, tanto en el ámbito europeo, donde se encuentran bastante desarrollados, como en aquellas otras regiones donde se vislumbra en el corto-mediano plazo la viabilidad del mismo - específicamente en América -, pudiendo estos derechos bisagra servir 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⁽³⁰⁾.

Juan Pablo Pampillo Baliño

⁽³⁰⁾ Vid. PAMPILLO, *La Integración americana*, cit.

Patrimonio Intangible

Bibliografía: ABUD, HALL, HELMERS, *Intellectual Property and socio - Economic Development Country Study Chile*, Ginebra, 2013, p. 7; DIAZ, *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Santiago, 2008; EYZAGUIRRE et al., *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; 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; POPOVA-GOSART, *Knowledge & Indigenous Peoples*, en *L'auravetl'an Information & Education Network of Indigenous Peoples*, Ginebra, 2009; TOLEDO, *El nuevo régimen de propiedad intelectual y los derechos de los Pueblos indígenas*, en BERRAONDO, *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 509-536.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la definición de patrimonio proviene del derecho romano y señala: «Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, afectos a un fin, susceptibles de estimación económica»⁽¹⁾. 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 patrimonio está integrado por bienes afectos a un destino y que pueden ser susceptibles de un avalúo económico. Luego, los bienes que integran el patrimonio pueden ser tanto corporales como incorporales.

⁽¹⁾ El patrimonio se reconocía a una familia o gens. Fuente: Real Academia Española de la Lengua, <http://www.rae.es/> (fecha última consulta 30 de junio de 2013).

La voz patrimonio intangible se ha extraído de las discusiones hechas a propósito del patrimonio cultural. Este último es un concepto que ha tenido desarrollo gracias a los distintos instrumentos elaborados por la UNESCO referidos a cultura. Uno de los primeros instrumentos fue el adoptado en Mayo de 1954, Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención. Esta Convención no presentó un concepto que pudiera permitir definir bien cultural, si no que entregó una lista de los bienes físicos protegidos por el tratado como los edificios y obras arquitectónicas y obras de arte y manuscritos, así como los inmuebles que contengan tal tipo de obras, todos asociados a su valor histórico.

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 bienes culturales 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 y exigiendo el requisito de haber sido declarados como tal por los respectivos Estados⁽²⁾.

⁽²⁾ Convención de 1970, art. 1: «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 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 artícu-

En 1972 la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural se sirve de la misma concepción material de bienes culturales de la anterior Convención de 1954, pero con la mira de extender su cobertura, estableció la clasificación que distingue entre patrimonio natural y cultural.⁽³⁾ Dentro de éste último tipo de patrimonio, se distingue entre patrimonio cultural material o tangible y el material o intangible.

Como patrimonio cultural tangible o material se ha asentado una definición que es citada frecuentemente y atribuida 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 generaciones futuras. Este

los 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».

⁽³⁾ UNESCO, Convención Sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, 1. Definiciones del Patrimonio Cultural y Natural, art. 1: «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».

además se clasifica en objetos muebles e inmuebles».

Entonces patrimonio cultural material se clasifica a su vez en mueble e inmueble, siguiendo la definición clásica del derecho romano, según si estos bienes pueden o no trasladarse de un lugar a otro; si se pueden trasladar son muebles, todo lo demás son inmuebles⁽⁴⁾.

En 1994 la ley estadounidense Native American Graves Protection and Repatriation Act, también llamada Acta de Preservación Arqueológica, o APDA por su sigla en inglés, estableció que por «patrimonio cultural», se entenderá un objeto que tiene importancia histórica, tradicional, cultural o de valor fundamental para el grupo de nativos americanos o de la cultura en sí⁽⁵⁾. Pudiera parecer interesante en esta definición el paradigma diferente que representa el hecho que acá es el grupo interesado o la cultura en sí, quienes determinan el carácter de cultural de un objeto.

Hasta ahí, no se había definido Patrimonio Cultural Inmaterial ya que el foco estuvo siempre puesto en bienes materiales.

En 2001 se elaboró la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, texto que en una de sus consideraciones define lo que se considera cultura e incorporó elementos espirituales, intelectuales y afectivos y señaló, en su artículo 4, a propósito de

la Diversidad Cultural y Derechos Humanos, la importancia que reviste el respeto a la diversidad cultural de los pueblos indígenas⁽⁶⁾. Con posterioridad, en 2003, fue la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que definió este último concepto en su art. 2, n. 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 reconocen 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»⁽⁷⁾.

En estricto rigor, sólo la primera parte de este artículo podría considerarse definición y la segunda son características que distinguen este patrimonio de otros patrimonios como, por ejemplo, el patrimonio universal de la Humanidad.

Hellen Teresita Pacheco Cornejo

⁽⁴⁾ Esta es la definición clásica proveniente del derecho romano, la que también sigue el Código Civil chileno en sus arts. 565 ss. Art. 566: «Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles». Art. 567: «Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570». Art. 568: «Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos».

⁽⁵⁾ Sección 2, Definiciones, letra D.

⁽⁶⁾ «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».

⁽⁷⁾ 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.

Penas o tratamientos inhumanos y degradantes (en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos)

Bibliografía: ANASTASIA, *Lo status dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 2011, nn. 3-4; ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2012; APRILE, *I «meccanismi» di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, en *Cass. pen.*, 2011, p. 3216 ss.; BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 190; CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in PIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (coord.), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cargo de, Torino, 2007, p. 13 ss.; D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in SCALFATI (cur.), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004; DELLA CASA, *Il meccanismo del numerus clausus tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature. Sinossi di due vicende concernenti l'ordinamento penitenziario tedesco e quello francese*, en *Antigone*, 2011, nn. 2-3, p. 26; DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, en *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 854; FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 1999; FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, en *Giur. merito*, 2010, p. 2810; FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, en www.penalecontemporaneo.it, 25 de febrero de 2013; FIORENTIN, MARCHESELLI, *Il punto sui diritti dei detenuti*, www.penalecontemporaneo.it, 2006, p. 20; FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002; FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, en *Tratt. procedura penale Spangher*, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, t. I a cargo de Garuti, Torino, 2011, p. 705; MARI, *La tutela dei diritti dei detenuti*, en *Cass. pen.*, 2012, p. 259; PASSIONE, *I doveri dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempienza. Commento all'ordinanza Slimani (n. 17/2011) del Magistrato di sorveglianza di Lecce*, en *Antigone*, 2011, nn. 2-3, p. 104; MAZZA, *La procedura penale*, en *Dir. pen. proc., Speciale Europa*, 2011, p. 33; MONTAGNA, *Dialogo tra*

Corti ed effettività dei diritti fondamentali nel processo penale, en Casseti (coord.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 399 ss.; MONTAGNA, *Processo contumacia e pubblicità dell'udienza nella prospettiva di un dialogo tra Corti*, en *Arch. pen.*, 2012, p. 127 ss.; MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, en *Cass. penale*, 2004, p. 1362; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002; PUSTORINO, *Commento all'art. 3 CEDH*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 66; RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012; RENOLDI, *Una nuova tappa nella lunga marcia verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 3779; RUOTOLO, *Diritti del detenuto e Costituzione*, Torino, 2002; RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 203; SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, en *Giur. cost.*, p. 222; TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, en *Cass. pen.*, 2013, p. 15; TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Tribunale europeo di Strasburgo*, Milano, 2012; TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 980; UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in *Argomenti di procedura penale. III*, Milano, 2011, p. 57 ss.; VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, en www.penalecontemporaneo.it, 20 de febrero de 2013; VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, en www.penalecontemporaneo.it, 20 de febrero de 2013; Vv.AA., *Rapporto sui diritti globali 2010. Crisi di sistema e alternative*, Roma, 2010.

1. La prohibición de la tortura y de penas o tratamientos inhumanos y degradantes en la Convención europea de los derechos del hombre.

La prohibición sancionada en el art. 3 Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante «CEDH») constituye uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y tiene carácter absoluto y obligatorio⁽¹⁾. El art. 15 CEDH, que si bien toma en consideración el poder de fijar derogaciones a las obligaciones previstas en la Convención, en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, excluyendo de dicha derogación el art. 3 CEDH. En tal sentido se expresó muchas veces el Tribunal EDH destacando el carácter absoluto y obligatorio de la norma⁽²⁾, con respecto a situaciones de peligro público y amenaza a la nación⁽³⁾, como contraste a fenómenos de terrorismo o criminalidad organizada⁽⁴⁾.

El carácter fundamental de tal prohibición, influyó sobre la interpretación, que el mismo Tribunal ha efectuado sobre las normas concernientes aspectos de procedimientos de apelación, dirigidos al juez de Estrasburgo. Enfrente a apelaciones individuales por violación del art. 3 CEDH, el Tribunal ha establecido un ajuste menos estricto con respecto al necesario y previo agotamiento de las vías de la apelación interna - regla prescripta por el art. 35 CEDH - y ha optado por una interpretación particularmente favorable para el demandante bajo el perfil de la efectividad del remedio nacional.

El art. 3 CEDH se refiere a tres situaciones diferentes: tortura, condena o tratamientos inhumanos o degradantes. No otorga, sin embargo, ninguna indicación para distinguir

las diferentes situaciones. De trabajos preparatorios de la norma, emerge que a través de esta extrema brevedad nos lleva hacia la intención de evitar que el elenco de las varias situaciones integrantes la tortura arriesgara más tarde, que se dejara sin cobertura otros eventuales formas de sufrimiento⁽⁵⁾. La esencialidad de la norma convencional permitió al Tribunal EDH que desarrollara una amplia discrecionalidad interpretativa sobre este aspecto. A menudo, en este ámbito, los jueces de Estrasburgo tienden a analizar aquellos casos que se les someten para su evaluación, poniendo atención en la peculiaridad del asunto. En esta perspectiva, se convierten en objeto de análisis una serie de parámetros, objetivos y subjetivos, como la duración en el tiempo de la violación, las consecuencias físicas y mentales producidas sobre la víctima, el estado de salud de la persona sometida a tratamientos inhumanos o degradantes, los tratamientos⁽⁶⁾ o la particular vulnerabilidad de la víctima⁽⁷⁾. Bajo esta óptica interpretativa, con respecto a otorgar a la violación de la prohibición según el art. 3 CEDH, la Corte de Estrasburgo, elaboró por otra parte el criterio del llamado «umbral mínimo de gravedad» que necesariamente debe subsistir para decirse violado el derecho en cuestión. Criterio que no puede ser determinado en términos absolutos, sino teniendo en cuenta las circunstancias específicas, objetivas y subjetivas que caracterizan el caso analizado.

Sentada esta premisa, se trata, en un segundo momento, de definir el contenido de la disposición convencional y de trazar una diferenciación entre los tres distintos estados de sufrimiento que se contemplan en el art. 3 CEDH: tortura, pena y tratamiento inhumano o degradante. Una diferenciación que se sitúa en la desigual gravedad de tales

⁽¹⁾ Véase también la voz «Tortura», por L. Scarcella, en este Diccionario Analítico.

⁽²⁾ Sobre el valor absoluto del art. 3 CEDH, no susceptible de derogación, comparar Tribunal EDH, 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani v. Regno Unito*, rec. n. 35763/97, párrafo 59; Id., 26 de octubre de 2000, *Kudla v. Polonia*, rec. n. 30210/96, párrafo 90.

⁽³⁾ Tribunal EDH, 27 de agosto de 1992, *Tomasi v. Francia*, rec. n. 12850/87, párrafo 47.

⁽⁴⁾ Tribunal EDH, 11 de julio de 2000, *Dikme v. Turchia*, rec. n. 20869/92, párrafo 89.

⁽⁵⁾ *Council of Europe, Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Memorandum Prepared by the Secretariat of the Commission*, DH (56), 5, 8.

⁽⁶⁾ Tribunal EDH, Gran Cámara, 28 de julio de 1999, *Selmouni v. Francia*, rec. n. 25803/94, párrafos 103-104.

⁽⁷⁾ Tribunal EDH, 25 de septiembre de 1997, *Aydin v. Turchia*, rec. n. 23178/94, párrafo 83.

conductas y sobre la cual el Tribunal EDH se manifestó recalando en cada caso particular si el sufrimiento infligido en el caso específico se refería a uno de los tres comportamientos prohibidos. Si esto es verdad, es también verdad que, en muchos casos, la Corte de Estrasburgo se expresó intentando identificar una violación *tout court* de la prohibición contemplada por el art. 3 CEDH, sin diferenciación alguna entre tortura, tratamientos inhumanos o degradantes.

Las situaciones sometidas a evaluación por parte de los jueces de Estrasburgo por la violación de tal prohibición son múltiples y diferentes: en la mayor parte de los casos, se trata de personas que han sufrido limitaciones en su libertad personal ya que arrestadas, detenidas en institutos penitenciarios o casos de expulsión o extradición hacia países en los cuales subsiste el riesgo de ser sometido a tortura, tratamientos inhumanos o degradantes⁽⁸⁾.

Intentando definir el ámbito de tutela que deriva del art. 3 CEDH, el Tribunal europeo, incluso, ha hecho desprender de esa norma una serie de obligaciones, negativas o positivas, a cargo de los estados miembros. Los primeros, son aquellos que imponen a los Estados (también a los privados) que no se involucren en comportamientos tales que integren la prohibición sancionada en la norma supranacional. Los segundos derivan de una interpretación extensiva de la misma que ha llevado a ampliar la tutela, en lo específico, dirigida hacia aquellas personas en estado de vulnerabilidad: mujeres, menores, pertenecientes a minorías y detenidos. Sobre estos últimos, la obligación positiva que se desprende del art. 3 CEDH concierne el trato penitenciario que se le reserva a las personas sometidas a medidas de privación de la libertad personal.

Por lo que, en el amplio rayo de acción del art. 3 CEDH el *status* de sujeto, limitado en su propia libertad personal y detenido en estructuras carcelarias, adquiere una peculiar relevancia: la norma convencional, no sólo asegura una tutela de eventuales comportamientos «activos» de la autoridad integrante

conductas violentas, sino que, requiere también, que el tratamiento penitenciario garantice condiciones carcelarias, destinadas a no perjudicar la dignidad humana y a no determinar estados de sufrimiento físico o psíquico ulteriores, con respecto a los implícitos en la condición de sujeto detenido.

El estado de detención, destaca el Tribunal europeo, «no hace perder al detenido el beneficio de los derechos sancionados por la Convención». Por el contrario, en algunos casos, siempre según el Tribunal, «la persona encarcelada puede tener necesidad de mayor tutela, solamente por la vulnerabilidad de su situación y por el hecho de encontrarse totalmente bajo la responsabilidad del Estado»⁽⁹⁾. Por este motivo, las modalidades de ejecución de la pena, no deben someter al interesado a un estado de desaliento que exceda el inevitable nivel de sufrimiento que deriva de la detención, incluso deben contribuir a asegurar, teniendo en cuenta las exigencias prácticas de la reclusión, la salud y el bienestar del detenido⁽¹⁰⁾.

En este contexto, las condiciones de detención adquieren relevancia para la evaluación de un prejuicio al derecho sancionado por el art. 3 CEDH: iluminación, alimentación⁽¹¹⁾, calefacción, agua, servicios higiénicos⁽¹²⁾, adecuada asistencia médica⁽¹³⁾. Entre éstos, inclu-

⁽⁹⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani et al. v. Italia*, rec. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, párrafo 65.

⁽¹⁰⁾ Tribunal EDH, Gran Cámara, 26 de octubre de 2000, *Kudła v. Polonia*, rec. n. 30210/96, párrafo 94; Id., 22 de octubre de 2009, *Norbert Sikorski v. Polonia*, rec. n. 17599/05, párrafo 131; Id., 22 de octubre de 2009, *Orchowski v. Polonia*, rec. n. 17885/04, cit.

⁽¹¹⁾ Tribunal EDH, 15 de junio de 2006, *Moisejvies v. Lettonia*, rec. n. 64846/01, § 79.

⁽¹²⁾ Tribunal EDH, 28 de octubre de 1998, *Assenov e altri v. Bulgaria*, rec. n. 24760/94; Id., 15 de julio de 2002, *Kalashnikov v. Russia*, rec. n. 47095/99.

⁽¹³⁾ Tribunal EDH, Gran Cámara, 26 de octubre de 2000, *Kudła v. Polonia*, cit., párrafo 94, cit.; y recientemente, por algunas condenas de Italia con respecto al art. 3 Tribunal EDH sobre casos de curas médicas necesarias para detenidos en estados de enfermedad patológica, Id., 29 de enero de 2013, *Cirillo v. Italia*, rec. n. 36276/10; Id., 17 de julio de 2012, *Scoppola v. Italia* (n. 4), rec. n. 65050/09.

⁽⁸⁾ Entre otras véase Tribunal EDH, Gran Cámara, 28 de febrero de 2008, *Saadi v. Italia*, rec. n. 37201/06.

so la sobrepoblación en el interior de las estructuras carcelarias, se ha vuelto objeto por el cual se considera violación del art. 3 CEDH. En términos generales, tal norma, ofrece tutela amplia y variada que, por lo que concierne la cárcel, considera que no se puede dar ejecución a penas según aquellas modalidades que deriven en un tratamiento inhumano o degradante. Tres son los elementos a los que la imposición de una pena de prisión puede causar menoscabo de la prohibición sancionada en el art. 3 CEDH: las condiciones de detención, la adopción de regímenes carcelarios «especiales» y diferentes con respecto a los normales circuitos de vigilancia, la duración de la pena, como el caso de la cadena perpetua.

En los últimos años se ha notado renovada atención hacia estos temas⁽¹⁴⁾. Múltiples son, en efecto, las penas infligidas por el art. 3 CEDH y bastante amplio el ámbito de aplicación del mismo, sea en países involucrados que en aquellas situaciones que de vez en cuando se trasladan hacia este ámbito.

2. La sobrepoblación carcelaria como causa de violación del art. 3 CEDH. Entre las condiciones de detención que cada Estado miembro debe asegurar a los propios detenidos con el fin de perpetrar un tratamiento penitenciario inhumano o degradante, se encuentra la atribución, para cada prisionero, de un espacio vital adecuado.

Sobre este tema el Tribunal EDH ha tenido la oportunidad de evaluar la entidad y el alcance de una sobrepoblación carcelaria como causa que provoca la violación del art. 3 CEDH, incluso refiriéndose a las recomendaciones evidenciadas en la relación del Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (CPT)⁽¹⁵⁾.

En las observaciones y recomendaciones contenidas en los informes anuales generales

del Comité europeo para la prevención de la tortura, el CPT ha relevado, más de una vez, como la sobrepoblación de las cárceles son asuntos que incumben a su mandato y se expresó, con respecto al espacio para destinar a cada detenido. Aun destacando la complejidad del tema, el CPT advirtió la necesidad de fijar algunas líneas guías según las cuales, un calabozo (o cualquier otro lugar donde se lo acomode al detenido) tendría que tener alrededor de 7 metros cuadrados, 2 metros o más entre las paredes, 2 metros y medio entre el piso y le techo⁽¹⁶⁾.

Indicaciones que el mismo CPT considera valores aconsejables más que parámetros mínimos con los cuales habría que cumplir.

En el caso *Sulejmanovic v. Italia*, el recurrente, durante la detención había vivido, por un período imprecisado, superior a dos meses y medio, en una celda de 16,20 metros cuadrados, con un pequeño local sanitario anexo de aproximadamente 5 metros cuadrados, compartiendo tales espacios con otras cinco personas, por lo que disponía personalmente, de un espacio proporcional a 2,70 metros cuadrados.

Al verificarse tal situación, fuese o no conforme con los parámetros sobre nacionales, la Corte de Estrasburgo destacó que el dato métrico como único parámetro no es elemento suficiente para dar una respuesta. Aun indicando como el CPT haya fijado como medida los 7 metros cuadrados a persona la superficie mínima aconsejable para una celda de detención⁽¹⁷⁾, los jueces de Estrasburgo han reconocido que no es posible «cuantificar, de manera precisa y definitiva, el espacio personal que debe concederse a cada detenido según la Convención»⁽¹⁸⁾. Tal espacio, de verdad, según el Tribunal EDH, es relativo, ya que puede depender de múltiples factores, como la duración de la detención, de las posibilidades de acceder a paseos al aire libre, de las condiciones mentales y fisi-

⁽¹⁴⁾ Al respecto, véase ANASTASIA, *Metamorfosi penitenciarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2012, p. 115 ss.

⁽¹⁵⁾ Detalles sobre la actividad del Comité y sus relaciones se encuentran en www.cpt.coe.int.

⁽¹⁶⁾ CPT, 2° Informe General [CPT/Inf (92) 3].

⁽¹⁷⁾ Véase el Segundo Informe General del CPT/Inf (92) 3, párrafo 43.

⁽¹⁸⁾ Tribunal EDH, 16 de julio de 2009, *Sulejmanovic v. Italia*, rec. n. 22635/03, párrafo 40.

cas del detenido⁽¹⁹⁾, la aireación disponible, el acceso a la luz y al aire natural, la calidad de la calefacción y el respeto por las exigencias sanitarias de base⁽²⁰⁾.

Por último, si por un lado, el tema del «espacio vital» que se le reserva a cada detenido se vuelve elemento central en la reflexión que rota alrededor del respeto del art. 3 Tribunal EDH, por otro lado, el Tribunal sobre nacional ha destacado más de una vez, la dificultad de una exacta y absoluta determinación de tal espacio según los derechos sancionados en la Convención, debiendo tener en cuenta múltiples factores idóneos que inciden en tal «cuantificación». Como consecuencia, según la jurisprudencia europea, el espacio de la celda no es un criterio exclusivo para determinar si el art. 3 Tribunal EDH ha sido violado y se excluye cualquier conexión automática entre las dimensiones del local de detención y la violación de la norma convencional.

Esta configuración, ha sido tomada en cuenta y hecha propia por la Corte de Estrasburgo, más de una vez. Sin embargo, no impidió en algunos casos, a la misma Corte que considerara un punto de vista diferente y diera a aquella entidad métrico-espacial, un valor absoluto capaz de derribar la legalidad convencional, enjuiciando «culpable» al estado por haber realizado tratamientos penitenciarios inhumanos y degradantes.

Esto pasó cuando el juez sobre nacional se encontró ante carencias de espacio de detención tan sorprendentes, donde al recurrente se le reservaba una superficie inferior a 3 metros cuadrados. Delante de espacios tan restringidos, y bastante inferiores a aquel nivel, aunque solamente como valores aconsejables formulados por la CPT, la Corte se sintió legitimada a denunciar la violación del art. 3 CEDH incluso sobre la base de tal dato numérico, sin necesidad que recurrieran ulteriores condiciones negativas de privación de la liber-

tad personal⁽²¹⁾. Específicamente en tal perspectiva, los jueces de Estrasburgo destacaron como «la falta de espacio personal para los detenidos [es] tan flagrante que puede justificar por sí mismo, la constatación de violación del art. 3. En estos casos, como principio, los recurrentes disponían individualmente de menos de tres metros cuadrados»⁽²²⁾. En tales situaciones, la falta de espacio en el interior de la cárcel puede asumir relevancia exclusiva con el fin de establecer si ha habido violación o no del art. 3 CEDH, sobre todo si se trata de una situación prolongada⁽²³⁾.

Desde este enfoque diferente con respecto al tema del espacio de la celda de detención, como parámetro para evaluar la violación del art. 3 CEDH se ha centrado la opinión disidente manifestada por el juez Zagrebelsky en la sentencia *Sulejmanović v. Italia*, donde se manifiesta como «este principio [haya sido] negado por la aplicación práctica realizada por el Tribunal» y, a tal propósito, se señalan diferentes pronunciamientos del Tribunal EDH en las que se concluye que no existe violación del art. 3 CEDH si bien el espacio personal quedase comprendido entre 2.70 metros y 3.20 metros cuadrados⁽²⁴⁾.

Queda sentado que, el Tribunal EDH, en el caso *Sulejmanović v. Italia*, después de haber acertado que el recurrente había trans-

⁽¹⁹⁾ Tribunal EDH, 19 de julio de 2007, *Trepachkine v. Rusia*, rec. n. 36898/03, párrafo 92.

⁽²⁰⁾ Tribunal EDH, 9 de octubre de 2008, *Moisseiev v. Rusia*, rec. n. 62936/00; y Id., 12 de junio de 2008, *Vlassov v. Rusia*, rec. n. 78146/01, párrafo 84; Id., 18 de octubre de 2007, *Babouchkine v. Rusia*, rec. n. 67253/01, párrafo 44.

⁽²¹⁾ Tribunal EDH, 12 de marzo de 2009, *Aleksandr Makarov v. Rusia*, rec. n. 15217/07, párrafo 93; Id., 6 de diciembre de 2007, *Lind v. Rusia*, rec. n. 25664/05, párrafo 59; Id., 21 de junio de 2007, *Kanttyrev v. Rusia*, rec. n. 37213/02, párrafos 50-51; Id., 29 de marzo de 2007, *Andreï Frolov v. Rusia*, rec. n. 205/02, párrafos 47-49; Id., 16 de junio de 2005, *Labzov v. Rusia*, rec. n. 62208/00, párrafo 44; Id., 20 de enero de 2005, *Mayzit v. Rusia*, rec. n. 63378/00, párrafo 40.

⁽²²⁾ Tribunal EDH, 16 de julio de 2009, *Sulejmanović v. Italia*, cit.

⁽²³⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani et al. v. Italia*, cit., párrafo 78.

⁽²⁴⁾ Tribunal EDH, 15 de junio de 2005, *Labzov v. Rusia*, rec. n. 62208/00, párrafo 44, donde se afirma que, para establecer si las condiciones de detención son «degradantes», la flagrante falta de espacio (en aquel caso, se trataba de espacios inferiores a un metro cuadrado por detenidos) es un factor que incide de manera relevante, sin embargo por sí sólo no es suficiente.

currido parte del período de detención en un espacio de aproximadamente 2.70 metros cuadrados, consideró que se trataba de «espacio muy exiguo, bastante inferior a la superficie mínima que se considera aconsejable por el CPT». Según el Tribunal, «la flagrante falta de espacio personal por el que el recurrente ha sufrido, se considera, por sí mismo, constitutiva de tratamiento inhumano o degradante»⁽²⁵⁾. Con respecto a esto, es interesante notar, como en la decisión *Sulejmanovic v. Italia*, el Tribunal de Estrasburgo, para decidir sobre la subsistencia de una violación del art. 3 T.e.d.h., haya diferenciado la situación de detención vivida por el recurrente durante el período transcurrido en la cárcel. Hubo un momento, como emerge en los documentos presentados por el gobierno italiano y sin contestación de parte del recurrente, durante el cual el interesado fue trasladado a otra celda y en cuyo ámbito, en base al número de detenidos presentes en celda, tuvo a disposición 3.24 metros cuadrados, 4.05 metros cuadrados, 5.40 metros cuadrados. Con respecto a esto, el Tribunal europeo reconoció que la situación del detenido mejoró notablemente con respecto a la situación inicial. Sólo con respecto al primer contexto de detención el juez sobre nacional notó violación, aun destacando como, incluso el «segundo» alojamiento haya sido «inadecuado». No obstante, ante esta «leve» extensión del espacio utilizable en la celda, el recurrente no denunció otras faltas referidas a las condiciones de detención, como problemas en relación con la calefacción o el ingreso o la calidad de los servicios higiénicos, o problemas concernientes su estado de salud física. Por lo tanto, según el Tribunal EDH, en el período de detención en el que el espacio otorgado al recurrente resultó superior a 3 metros cuadrados no puede decirse que se haya alcanzado el nivel mínimo de gravedad del tratamiento penitenciario necesario para que haya violación del art. 3 CEDH⁽²⁶⁾.

En síntesis, según el derecho europeo, el excesivo número de detenidos en el interior de una cárcel se convierte en motivo de censura bajo el perfil del art. 3 CEDH, sin embargo va evaluado junto a otras condiciones de detención cuando la superficie métrica a disposición del detenido supere los tres metros cuadrados. Por el contrario, el espacio inferior a esta medida, se convierte por sí sólo, en elemento en grado de certificar la violación del art. 3 CEDH.

3. El caso Italia. El 8 de enero de 2013, el Tribunal europeo de los derechos del hombre condenó Italia por violación del art. 3 CEDH⁽²⁷⁾. La razón que determinó dicha condena para nuestro país, se origina en el número de detenidos presentes en el interior de las cárceles italianas que es muy superior al que las mismas están programadas para alojar. Un exceso que repercute sobre las condiciones de detención y sobre el tratamiento penitenciario reservado a cada detenido, hasta el punto de exponer Italia a censura y condena de la Corte de Estrasburgo.

No es la primera vez que Italia recibe una condena por tal perfil. Ya en el 2009, los jueces sobre nacionales habían verificado la violación del art. 3 CEDH a cargo de nuestro país, aceptando la apelación de un detenido y sus quejas sobre las condiciones de detención padecidas⁽²⁸⁾.

La fundamental diferencia entre las dos sentencias está en el hecho de que la más reciente se introduce en el procedimiento de la llamada «sentencia piloto» y lleva consigo, además de la comprobada violación de uno de los derechos fundamentales sancionados en la Convención europea, aquella inevitable fuerza «vinculante» destinada a garantizar la ejecución de la decisión de la Corte de Estrasburgo, según lo previsto en el art. 46 CEDH.

A la sentencia *Torreggiani et al. v. Italia* se llegó después de la apelación propuesta por

⁽²⁵⁾ Tribunal EDH, 16 de julio de 2009, *Sulejmanovic v. Italia*, cit., párrafo 43.

⁽²⁶⁾ Tribunal EDH, 16 de julio de 2009, *Sulejmanovic v. Italia*, cit., párrafo 51.

⁽²⁷⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani et al. v. Italia*, cit.

⁽²⁸⁾ Tribunal EDH, 16 de julio de 2009, *Sulejmanovic v. Italia*, cit.

siete personas detenidas en las cárceles de Busto Arsizio y de Piacenza. Con tal apelación ellos se quejaban de las condiciones vividas en el interior de la cárcel: compartir una celda de 9 metros cuadrados con tres personas, por lo que, un espacio de sólo 3 metros cuadrados reservados a cada uno de ellos. A esto se agregaban limitaciones en el uso de la ducha a causa, a veces, de la falta de agua caliente, y además de la iluminación de la celda insuficiente e inadecuada.

Los datos referidos a la condición de detención personal denunciada por los apelantes fue evaluado por los jueces de Estrasburgo en una visión más general que connota la actual situación de las cárceles italianas.

Con respecto a esto, el Tribunal EDH, en la sentencia *Torreggiani et al. v. Italia*, ha detectado como, sea en los archivos del ape-lo en examen, que a través de los informes sobre la situación del sistema penitenciario italiano, no sometido a discusión de parte del Gobierno italiano, haya surgido que, las cárceles en las que habían estado detenidos los apelantes fueran abundantemente superpobladas, «de este modo como un gran número de cárceles italianas, hasta el punto que la sobrepoblación de las cárceles en Italia asumió dimensiones de fenómeno estructural y no se refiere exclusivamente al caso particular del apelante»⁽²⁹⁾.

En esta perspectiva general, asumen relevancia algunos datos estadísticos que se refieren a la población de las cárceles italianas y al número de estructuras destinadas a alojarla. Los datos señalados en la sentencia y sobre los que los jueces de Estrasburgo se detuvieron para una evaluación general de nuestro país se refieren al 2010 y describen una población carcelaria de 67.961 personas detenidas en 206 institutos de detención con capacidad máxima para 45.000 personas. La cifra nacional de superpoblación señalada en la sentencia era, por lo tanto, del 151%⁽³⁰⁾. En fecha 13 de abril de 2012, siempre según la sen-

tencia, las cárceles italianas acogían 66.585 detenidos, con una cifra de superpoblación igual al 148%. Además, como ha destacado el Tribunal europeo, el 42 % de los detenidos ha sido representado por personas en estado de custodia cautelara y en espera de ser enjuiciadas definitivamente⁽³¹⁾.

La Corte de Estrasburgo tuvo en cuenta las medidas tomadas hasta ahora por el estado para solucionar el problema de la sobrepoblación en el interior de las cárceles. En esta perspectiva se han tomado en consideración las medidas tomadas por el Gobierno italiano en el 2010 por el llamado «plan cárceles», en los que, aceptado el estado de emergencia nacional, se contempla un programa excepcional de intervención con la finalidad de construir nuevos institutos penitenciarios y pabellones. Con respecto a las soluciones internas empleadas por el Estado, se ha puesto peculiar atención de parte del Tribunal europeo a aquellas medidas legislativas (Ley n. 199 del 26 de noviembre de 2010) con el objetivo de favorecer la ejecución de las penas de detención breves, incluso si constituyen resto de pena mayor, fuera de estructuras penitenciarias o en la habitación del condenado u otro lugar, privado o público, de cuidado, de recepción o asistencia, con excepción de aquellos sujetos condenados por delitos particularmente graves. Las medidas legislativas constituyen, sin embargo, una norma transitoria, ya que se ha previsto la aplicación hasta la completa actuación del plano extraordinario penitenciario, en espera de una más incisiva y completa reforma de las medidas alternativas a la detención y, de todos modos, no más allá del 31 de diciembre de 2013.

El antes mencionado plano de emergencia emanado por el gobierno, tendría que haberse concluido dentro del 31 de diciembre de 2010, sin embargo fue prorrogado ya dos veces hasta el 31 de diciembre de 2012. De todo esto se da cuenta la Corte de Estrasburgo y lo refiere en la sentencia *Torreggiani et al. v. Italia*, describiendo la situación italiana y los esfuerzos cumplidos a nivel interno para ha-

⁽²⁹⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani e altri v. Italia*, cit., párrafo 54.

⁽³⁰⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani e altri v. Italia*, cit., párrafo 23.

⁽³¹⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani e altri v. Italia*, cit., párrafo 29.

cer frente al problema de una población carcelaria sub-dimensionada numéricamente.

En esta realidad se coloca el juicio negativo del Tribunal europeo que releva «la violación del derecho de los apelantes el de beneficiar de las condiciones de detención adecuadas no es la consecuencia de episodios aislados, sino que tiene sus orígenes en un problema de sistema que resulta del mal funcionamiento crónico propio del sistema penitenciario italiano, que interesó y puede interesar aún en futuro a muchas personas»⁽³²⁾.

4. Una nueva perspectiva, interpretación del Tribunal EDH hacia la efectividad de los derechos fundamentales: la «sentencia piloto».

Perfil general. Se sabe que, en algunos casos, la Corte de Estrasburgo ha abandonado la connotación de juez del «caso concreto», respecto al cual limitarse a advertir violación de uno de los derechos fundamentales sancionados en la Convención europea, para avanzar hacia una perspectiva más específica e incisiva, en cuyo ámbito poder moverse, más allá de la «mera» señalación de la acontecida violación si no indicar, al Estado miembro responsable de la violación, las «lagunas» normativas y estructurales internas al origen del incumplimiento.

El fin perseguido con tal tipo de pronunciamiento, ha sido el de otorgar ayuda al Estado responsable de la violación con el fin de individualizar la medida más idónea para resolver el problema estructural interno.

Se trata de garantizar mayor efectividad a los derechos sancionados en la Convención europea, para evitar el repetirse de la violación y, por consecuencia, el volverse a proponer apelaciones del mismo tenor. En esta «nueva» perspectiva, el Estado miembro, responsable de la violación, con el fin de resultar inculpidor con respecto a lo sancionado por el art. 46 CEDH, no se puede limitar al pago de una suma de dinero como ecua satisfacción, sino que debe encontrar medidas indi-

viduales apropiadas para eliminar la violación verificada por el Tribunal europeo. Además, debe adoptar medidas generales idóneas para prevenir que se verifiquen nuevas violaciones del mismo tipo de la denunciada⁽³³⁾.

Un primer ejemplo de esta nueva técnica de decisión («sentencia piloto») de parte del Tribunal EDH se encuentra en la sentencia de la Gran Cámara, del 22 de junio de 2004, *Broniowski v. Polonia*. Talenfoque ha sido tenido en cuenta con respecto a Italia en casos referidos al proceso penal en contumacia, con respecto al cual la Corte de Estrasburgo destacó lagunas internas las que el Estado italiano tenía que evitar para que no se repitiera la violación⁽³⁴⁾.

Un rol predominante en dicho cambio ha sido llevado a cabo por la exigencia de garantizar ejecución de la sentencia del Tribunal EDH⁽³⁵⁾. De hecho el mismo Tribunal⁽³⁶⁾ en las propias decisiones, indica qué medidas de carácter general y/o individual⁽³⁷⁾ son necesarias para asegurar, en el presente caso sometido a la atención de los jueces supranacionales, la obligación de ejecución prevista por el art. 46 CEDH.

Para comprender los pasajes que en los últimos años se han referido al proceso penal

⁽³³⁾ En esta perspectiva, véase Recomendación REC (2000) 2, del 19 de enero de 2000 sobre la necesidad de que los Estados miembros aseguren a nivel de legislación interna una *restitutio in integrum* para el sujeto cuya lesión en uno de los derechos fundamentales sancionados por el Tribunal EDH haya sido comprobado a través de la decisión de los jueces de Estrasburgo.

⁽³⁴⁾ Tribunal EDH, 10 de noviembre de 2004, *Sejdovic v. Italia*, rec. n. 56581/00.

⁽³⁵⁾ Véase además Recomendación REC (2008) 2, del 6 de febrero de 2008 referida a la exigencia que cada Estado miembro organice en su interior aquellos instrumentos que sirvan para garantizar rápida ejecución a las decisiones del Tribunal europeo, incluso la Resolución de la Asamblea del Parlamento europeo n. 1764 (2006) sobre la ejecución de las decisiones del Tribunal europeo.

⁽³⁶⁾ En el ámbito de las transformaciones entre los ajustes iniciales dados al Tribunal EDH, fue determinante también el nuevo papel atribuido al Comité de los ministros.

⁽³⁷⁾ Véase Tribunal EDH, Gran Cámara, 17 de septiembre de 2009, *Scoppola v. Italia*; Id., 10 de noviembre de 2004, *Sejdovic v. Italia*, cit.

⁽³²⁾ Tribunal EDH, 8 de enero de 2013, *Torreggiani et al. v. Italia*, cit., párrafo 88; y, en esta misma perspectiva, Id., Gran Cámara, 22 de junio de 2004, *Broniowski v. Polonia*, rec. n. 31443/96, párrafo 189.

yl a construcción de un cuadro europeo de los derechos fundamentales que en aquella sede encuentran su realización hay que partir desde los profundos cambios ocurridos en el seno del Tribunal europeo de los derechos del hombre y de los mecanismos de control para garantizar efectividad a las pronunciamientos del juez supranacional. Se trata de cambios importantes que han transformado el papel y la función de este Tribunal y que, luego, han producido efectos a nivel del ordenamiento interno, afectando también el rol y la función de los jueces nacionales, entre los cuales, sobre todo, la «Corte costituzionale» y la «Corte de Cassazione»⁽³⁸⁾. De parte de ambas Cortes internas, en los últimos años, se manifestó una sensibilidad específica hacia las indicaciones que provenían de los jueces supranacionales, de esta manera, desarrollaban, en muchos casos, una función de «suplencia» con respecto a las ausentes intervenciones del legislador. No se puede excluir que esto no pueda suceder aún, sobre todo si se considera que hay una causa pendiente ante la «Corte costituzionale» que se refiere al art. 147 del código penal en la parte, en la cual no prevé, además de los casos explícitamente contemplados, la hipótesis de reenvío facultativo de la ejecución de la pena, cuando esa tenga que desarrollarse en condiciones contrarias al sentido de humanidad, por violación de los arts. 27, apartados 3, 117, apartados 1, 2 y 3 Const.⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Se refiere, en este último caso, a aquella sensibilidad, muchas veces manifestada por S.C. hacia los temas surgidos en el ámbito de la jurisprudencia europea: por la exigencia de descubrir un instrumento de interpretación idóneo que asegure la ejecución de las sentencias del Tribunal EDH (para el examen de diferentes causas, véase APRILE, *I «meccanismi» di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, en *Cass. pen.*, 2011, p. 3216 ss.) hacia una interpretación «convencionalmente orientada» hecha propia por la S.C. sobre ciertos temas (véase, por ejemplo, con respecto al contradictorio y a la formación de la prueba, *Cass.*, Sez. un., 25 de noviembre de 2010, D.F., en *Mass. Uff.*, n. 250, p. 198; sin embargo, ya antes, entre otras, *Cass.*, Sez. III, 15 de junio de 2010, R., *ivi*, n. 248052; *Id.*, 26 de marzo de 2010, T., en *Cass. pen.*, 2011, p. 276; *Id.*, Sez. II, 18 de octubre de 2007, P., en *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 878).

⁽³⁹⁾ Tribunal de Venecia, 13 de febrero de 2013.

Se trata de la primera respuesta⁽⁴⁰⁾ - siempre por viájurisprudencial - que en el interior del ordenamiento italiano se desea desarrollar el tema de la superpoblación de las cárceles, relevante, y ya no prorrogable.

5. Los contenidos de la sentencia «piloto» en el caso de Italia y en relación a la superpoblación de las cárceles. Lejos de querer sugerir a los Estados disposiciones referidas a sus políticas penales y a la organización de su sistema penitenciario, el Tribunal pone hincapié en aquellas Recomendaciones del Comité de los Ministros del Consejo de Europa que invitan a los Estados para que exhorten a los fiscales y a los jueces para que recurran lo más posible a las medidas alternativas a la detención y para que organicen su política penal hacia la mínima utilización del recurso cárcel con el fin, entre otro, de resolver el problema del crecimiento de la población penitenciaria⁽⁴¹⁾.

Con respecto a las vías de apelación interna para adoptar ante el problema sistemático reconocido en la presente causa, el Tribunal recuerda que, en materia de tutela de las condiciones de detención los remedios «preventivos» y los de naturaleza «compensatoria» deben coexistir de manera complementaria. De esta manera, cuando un apelante sea detenido en condiciones contrarias al art. 3 de la Convención, el remedio reparador se identifica con la cesación rápida de la violación del derecho de no sufrir tratamientos inhumanos y degradantes. Mientras que en el plano compensatorio, cualquier persona que haya sido sometida a una detención perjudi-

⁽⁴⁰⁾ Poco después incluso el Tribunal de Milano ha relevado cuestiones similares sobre legitimidad constitucional: Tribunal de Supervisión, ord. 12 de marzo de 2013 (depositada el 18 de marzo de 2013).

⁽⁴¹⁾ Véase el art. 44-bis decreto ley 30 de diciembre de 2008, n. 207, convertido con modificaciones por la ley 27 de febrero de 2009, n. 14; y art. 17, decreto ley 29 de diciembre de 2011, n. 216, convertido con modificaciones por la ley 24 de febrero de 2012, n. 14, que ha previsto el nombramiento de un comisario extraordinario para tal fin. Sobre «cuatro pilares» que componen el plan cárceles, véase Vv.AA., *Rapporto sui diritti globali 2010. Crisi di sistema e alternative*, Roma, 2010, p. 495 ss.

cial de su propia dignidad tiene que tener la posibilidad de obtener reparación por la violación sufrida.

El Tribunal señala que la única apelación indicada de parte del gobierno italiano como remedio idóneo para mejorar las condiciones de detención denunciadas, es decir el reclamo dirigido al juez supervisor en virtud de los arts. 35 y 39 de la ley sobre el ordenamiento penitenciario (Ley n. 354, 26 de julio de 1975), es una apelación accesible, pero no efectiva en la práctica, ya que no permite que se ponga fin rápidamente a la encarcelación en condiciones contrarias al art. 3 de la Convención. Por otro lado, el Gobierno italiano no demostró (incluso por la inexistencia de un derecho «imperante») lo práctico de un remedio en grado de otorgar a las personas detenidas en condiciones perjudiciales de su propia dignidad, cualquier forma de reparación por la violación padecida.

El Tribunal concluye que las autoridades nacionales tienen que crear, sin demora, una apelación o una combinación de apelaciones, que combinen efectos preventivos y compensatorios y que garanticen de verdad, una reparación efectiva de la violación de la Convención, que resulte de la sobrepoblación de las cárceles en Italia. Tal o tales apelaciones tendrán que cumplir con los principios de la Convención, según detalles en la sentencia *Torreggiani et al. v. Italia* y puestos en vigor dentro de un año desde la fecha en la que ésta será considerada definitiva.

6. Previo agotamiento de las apelaciones internas: la solución italiana. Más allá y por encima de la aceptación de *lospetita*, que destaca considerablemente lo decidido por el Tribunal en el caso *Sulejmanovic*, la sentencia *Torreggiani et al. v. Italia* enfrenta un pasaje crucial con respecto a la efectividad de los remedios de derecho interno, es decir el llamado reclamo genérico como los arts. 35 y 69, ordenamiento penitenciario.

Se trata, como bien se sabe, de una forma procesal, de derivación jurisprudencial⁽⁴²⁾ in-

troducido en el sistema penitenciario sucesivamente a la sentencia constitucional n. 26 de 1999, a través de la cual, el juez de «la Corte costituzionale» impuso el respeto de la jurisdicción ante cualquier acto administrativo perjudicial para un derecho subjetivo de la persona detenida.

La ausencia de respuestas legislativas a los autorizados *dicta*⁽⁴³⁾ quedan a la base de una estructura absolutamente insatisfactoria, que no ha dejado de provocar desorientación interpretativa. A casi quince años del célebre *leading case*, el tema de la «justicia» de los derechos del detenido, bajo el particular perfil de la ejecución de las medidas a cargo del «Magistrato di sorveglianza» (juez encargado de la supervisión de la ejecución de las penas), no ha encontrado, aún una respuesta definitiva. Y más que nunca aplazar la estabilización de un sistema escaso de garantías mínimas, donde adecuar, en lo posible, la realidad penitenciaria italiana a los estándares europeos.

En efecto, sólo la jurisprudencia de legitimidad tiende a «dosificar» la competencia jurisdiccional del procedimiento (y de la apelación de la decisión conclusiva) según diferencias cuestionables entre violación de derechos subjetivos, intereses legítimos y expectativas de mero hecho, sino que aún hoy no está claro el grado de fuerza que la decisión jurisdiccional puede ejercitar sobre la administración penitenciaria⁽⁴⁴⁾.

medidas de la administración penitenciaria en materia de coloquios visivos y telefónicos de parte de los detenidos y de parte de los internos, como inciden en los derechos subjetivos, son susceptibles en sede jurisdiccional mediante reclamo al «Magistrato di sorveglianza» que decide con ordenanza, que sea objeto de recurso por casación según el procedimiento indicado en el art. 14-ter ordenamiento penitenciario.

⁽⁴³⁾ Véase, también, Corte const., sent. n. 266 del 2009, al margen de la cual véase RENOLDI, *Una nuova tappa nella lunga marcia verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 3779.

⁽⁴⁴⁾ Véase, recientemente, Corte const., ord. n. 46 del 2012, con la que fue declarado admisible el conflicto de atributos entre poderes del Estado, propuesto por el juez de supervisión de Roma con respecto a la medida del 14 de julio de 2011, prot. n. GDAP0254681 con el que el Ministro de la Justicia había dispuesto que no se diera ejecución a la medida del «Tribunal

⁽⁴²⁾ Véase Cass., Sez. un., 26 de febrero de 2003, G., en *Cass. pen.*, 2003, p. 2961, según la cual las

Tal incertidumbre se refleja en el *an* y el *quo-modo* de las eventuales condenas por daños y perjuicios.

El «Magistrato di sorveglianza» de Lecce, investido por la queja presentada por un detenido que lamentaba el hecho de haber sido destinado a un régimen penitenciario irrespetuoso de la dignidad humana⁽⁴⁵⁾, ha condenado al Ministerio de Justicia a compensar el relativo daño⁽⁴⁶⁾. En una decisión prejudicial. El juez de Lecce afirmó, por un lado, la competencia funcional de los Tribunales ordinarios para resolver litigios entre la administración penitenciaria y el recluso en materia de lesiones de los derechos fundamentales de este último. Por otro lado, el mismo juez consideró que el relativo conocimiento del hecho podría extenderse, más allá de la comprobación de las lesiones de los derechos, incluso al poder de liquidar el daño provocado por la violación, sin la necesidad de recurrir a los Tribunales civiles. Con respecto al nudo del asunto, en cambio, el juez supervisor, aun excluyendo que el régimen penitenciario del cual el demandante había sido sometido for-

mara parte de un «tratamiento inhumano o degradante» consideró violada la dignidad del detenido y, por tal efecto, condenó la administración a compensar el daño existencial ex art. 2059 código civil italiano.

Recientemente, otro despacho supervisor resolvió una misma cuestión de manera opuesta⁽⁴⁷⁾. El caso en cuestión veía al reclamante como un detenido que, además de quejarse por la pequeñez del «espacio vital» que se le había otorgado, se quejaba por la lesión del derecho a la salud y del derecho al estudio. El «Magistrato di sorveglianza» de Vercelli, después de haber reconocido como el ordenamiento penitenciario atribuye al juez el simple poder de dictar a la administración las disposiciones necesarias para hacer cesar la violación del derecho (art. 69 apartado 5 ordenamiento penitenciario), excluyó, en cambio, que pudiera pronunciarse también una condena para la indemnización del daño, conclusión a la que no se puede llegar a través de la interpretación, ya que implica una elección del tipo de tutela y de la estructura del derecho que debe mantenerse reservada a la discreción. Por lo tanto, se excluye que la posibilidad que a través del reclamo según los arts. 14-ter, 35 y 69 apartado 5 ordenamiento penitenciario, pueda accionarse un pretexto de compensación civil.

Una decisión reciente de legitimidad⁽⁴⁸⁾ parecería que pudiera rectificar tal dirección, habiendo establecido que, excepto excepciones específicas, que no se encuentran en lo dispuesto en los arts. 35 y 39, apartado 5 del ordenamiento penitenciario, «en materia de compensación y de indemnización el sistema normativo prevé en rasgos generales la atribución al Tribunal civil». Sobre todo, la «Corte di Cassazione» excluyó según normativa ac-

EDH» de Roma (ord. 9 de mayo de 2011, n. 3031) el que estableció que el haber oscurecido las emisiones televisivas «Rai deporte» y «Rai historia» había perjudicado el derecho subjetivo a la información del detenido, anulando la medida de la administración penitenciaria y pidiendo que restaurara la posibilidad para el detenido de que pudiera asistir a los programas transmitidos por los canales nombrados con anterioridad. En aquella ocasión la «Corte Costituzionale» italiana claramente afirmó que «la tutela jurisdiccional de los derechos de los detenidos, constitucionalmente necesaria, no tendría efecto si no se le reconociera a la Administración la posibilidad de decidir con discreción si dar o no ejecución a las medidas del juez» y que «no se duda, sobre todo, de la naturaleza jurisdiccional de la función cumplidas por el «Magistrato di sorveglianza» en el ámbito del proceso de queja actualmente regulado por los arts. 69 y 14-ter de la ley 26 de julio de 1975, n. 354 (normas sobre el ordenamiento penitenciario y sobre la ejecución de medidas de privación y de limitación de la libertad), con respecto al perjuicio denunciado de los derechos subjetivos de los detenidos».

⁽⁴⁵⁾ Específicamente, el detenido se lo había encerrado en una celda de 11,50 metros por 18 horas al día, junto a otros detenidos. Celda poco iluminada y dotada de servicios sin agua caliente.

⁽⁴⁶⁾ Véase «Magistrato di sorveglianza» de Lecce, 9 de junio de 2011, S., en www.penalecontemporaneo.it, 16 de septiembre de 2011, con nota de INGRASSIA.

⁽⁴⁷⁾ Véase Juez de Supervisión Vercelli, 18 de abril de 2012, X, en www.penalecontemporaneo.it, 24 de mayo de 2012, con nota editorial de VIGANÒ.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., 15 de enero de 2013, V., en www.penalecontemporaneo.it, 20 de febrero de 2013, con nota de VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 de febrero de 2013.

tual, que al «Magistrato di sorveglianza» se le atribuya la competencia para que se pronuncie con respecto a la solicitud de compensación, aunque deriven de violaciones de derechos subjetivos de detenidos conectados con el mismo estado de detención, precisando que, no queriendo tener competencia exclusiva sobre los derechos de los detenidos, los «Magistrati di sorveglianza» tienen la facultad limitada de emitir disposiciones para la administración por medio de una comprobación «absolutamente incidental y con el fin preventivo de eliminar eventuales violaciones».

7. (Sigue): la evaluación del Tribunal EDH.

Despejado el campo de cualquier malentendido, erróneamente (y con muy poca elegancia) dado por los agentes del gobierno italiano, sobre la subsistencia de la calidad de la «víctima» de la violación convencional de parte de los solicitantes⁽⁴⁹⁾, la Corte di Estrasburgo enfoca la excepción gubernamental sobre el insuficiente agotamiento de las vías de apelación interna.

Se vuelve fácil, para el juez transnacional burlarse de la postura de nuestro proceso: la excepción gubernamental designa sobre el derecho de cada detenido el poder interponer reclamo al juez de supervisión con el fin de reparar, con una decisión vinculante, eventuales violaciones de derechos subjetivos. Excepto que, posteriormente agregar, en el caso de un único demandante, que la falta de efectividad de la decisión del juez supervisor había dependido de la falta de solicitud a las «autoridades judiciales internas» de la puesta en acto.

Los demandantes sostienen, en cambio, que el sistema delineado por los arts. 35 y 69 del ordenamiento penitenciario no constituye remedio judicial, sino un recurso de tipo ad-

ministrativo, desde el momento que las decisiones del juez de supervisión no son para nada vinculantes para las direcciones de los institutos penitenciarios.

El Tribunal EDH identifica la «efectividad» del remedio interno en la actitud del mismo para garantizar un reparación jurisdiccional directa apropiada, impidiendo que se prolongue la violación denunciada asegurando a los demandantes una mejoría en sus condiciones materiales de detención.

Desde este punto de vista, continúa el Tribunal, «una acción exclusivamente compensatoria no puede considerarse suficiente en lo que se refiere a las denuncias de condiciones de internación o de detención presuntamente contraria al art. 3, desde el momento que no tiene efecto «preventivo» en el sentido que no puede impedir el prolongarse de la violación de los derechos o consentir a los detenidos que obtengan mejoría en sus condiciones de detención. En este sentido, continúa el Tribunal, para que un sistema de tutela de los derechos de los detenidos sancionados por el art. 3 de la Convención sea efectivo, los remedios preventivos y compensatorios deben coexistir de manera complementaria. Puesta aparte la falsa *quaestio*, articulada alrededor de la dicotomía procedimiento jurisdiccional / procedimiento administrativo⁽⁵⁰⁾, el Tribunal destaca como, en este caso, la ordenanza del «Magistrato di sorveglianza» de Reggio Emilia, que manifestaba la adopción urgente de medidas adecuadas, ha quedado por largo tiempo sin ejecutar.

Esta circunstancia, que los agentes gubernamentales imputan al demandante, el que tendría que haber pedido la rápida ejecución de dicha ordenanza a las «autoridades judiciales internas», sin precisar «cuales», ni «como»⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ La Corte de Estrasburgo (párrafos 38-40), después de haber controlado su propia jurisprudencia, concluye en el sentido que la característica «víctima» permanece incluso después de la excarcelación y/o traslado en otras celdas después de la presentación del recurso, a no ser que las autoridades nacionales hayan reconocido, en sentido explícito o sustancial, la violación de la Convención y le hayan puesto re-

⁽⁵⁰⁾ En *Norbert Sikorski v. Polonia*, n. 17599/05, párrafo 111, el Tribunal EDH precisó como, en algunas circunstancias, las vías del recurso de naturaleza administrativa pueden revelarse eficaces - y constituir, por lo tanto, remedios para agotarse - en el caso de quejas referidas a la aplicación de la normativa que se refiere al régimen carcelario.

⁽⁵¹⁾ La apremiante defensa gubernamental se vuelve incluso grotesca cuando (véase, espec., párrafo 71)

El atroz autogol gubernamental se inscribe en la atípica evaluación de cumplimiento, que conduce al Tribunal europeo a afirmar, no sin bochorno, la difícil compatibilidad de «esta última afirmación del Gobierno con la presunta efectividad del procedimiento de reclamo ante el juez de supervisión». Con respecto a esto, el juez de Estrasburgo, señala, «que, aunque se admita que existe unavía de recurso referida a la ejecución de las ordenanzas de los «Magistrati di sorveglianza», lo que no ha sido demostrado por el gobierno, no se puede pretender que un detenido que obtuvo una decisión favorable proponga en repetidas ocasiones recursos con el fin de obtener el reconocimiento de sus derechos fundamentales a nivel de la administración penitenciaria»⁽⁵²⁾.

No obstante, continúa el Tribunal, la relevancia, «estructural» y no supeditada a la sobrepoblación de las cárceles italianas deja predecir que la administración penitenciaria no esté en grado de ejecutar la decisión de los «Magistrati di sorveglianza» y de garantizar a los detenidos condiciones de detención conformes con la Convención.

De todos modos permanece la violación del art. 3 de la Convención, ya que los demandantes no han beneficiado de un espacio vital conforme con los criterios por la misma considerados aceptables desde el punto

los representantes italianos sostienen - sin probarlo - que haya un diferente número de ocupantes por celda con el diferente tamaño de las mismas en Piacenza. El Tribunal EDH rechaza las excepciones, sin dejar de revelar (párrafo 74) cómo el tamaño ha quedado confirmado por la ordenanza del «Magistrato di sorveglianza» de Reggio Emilia.

⁽⁵²⁾ Destaca FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, en www.penalecontemporaneo.it, 25 de febrero de 2013, como «[las] conclusiones del juez europeo se precisan, sobre todo, sobre el perfil de la inoperancia de las decisiones asumidas por el "Magistrato di sorveglianza", que integran meras presiones a las autoridades gubernativas para la eliminación de las violaciones eventualmente encontradas, pero que no pueden valer como aplicación ejecutiva contra la administración penitenciaria (sea bajo el perfil del probable *facere* impuesto al P.A., a mayor razón bajo aquel de la condena de la misma a la compensación del daño provocado a los detenidos como consecuencia de la sobrepoblación de las cárceles)».

de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁽⁵³⁾. El Tribunal EDH desea recordar una vez más en este contexto que la norma en materia de espacio en las celdas colectivas recomendada por el CPT es de cuatro metros cuadrados. Tal tratamiento contrario a la Convención (prolongándose por períodos variables desde catorce hasta cincuenta y cuatro meses) resultó, posteriormente empeorado por la falta de agua caliente para largos períodos, incluso por una iluminación y ventilación insuficientes.

8. Las soluciones que se adopten. Más allá de las apropiadas (y aceptables) tomas de posición⁽⁵⁴⁾, la sentencia del Tribunal EDH vincula a Italia a adoptar iniciativas de carácter estructural. La reciente historia legislativa señala un legislador perezoso, que tiende a «perseguir» a la Corte constitucional asimilando las conclusiones en nuevas normas, antes que formular hipótesis y proponer nuevos esquemas de concepto en ámbito de sanciones. Más allá de la metodología incorrecta que consiste en insertar párrafos jurídicos en textos legislativos que deberían, en cambio, caracterizarse por «generalidad» y «carácter abstracto»⁽⁵⁵⁾, queda lo inútil de la operación considerando que las intervenciones de destrucción de parte del juez de las leyes debería

⁽⁵³⁾ Como consecuencia de la violación del art. 3 CEDH el Estado italiano fue condenado a pagar a los siete demandantes, como equa satisfacción por el daño moral sufrido, una suma total superior a los 100.000 euros, con respecto, sobre todo a la duración de la correspondiente detención en condiciones de sobrepoblación.

⁽⁵⁴⁾ Véase la Circular del Fiscal de la República de Milán, 15 de enero de 2013, en 18 de enero de 2013, con la cual se recuerda el deseo expresado por el tribunal EDH para que se observen las «recomendaciones del Comité de los Ministros del Consejo de Europa que invitan a los Estados a que soliciten a los fiscales y a los jueces para que recurran, de la manera más amplia posible, a medidas alternativas a la detención y para que orienten su política penal hacia un menor recurso a la detención con la finalidad, entre otras, de resolver el problema del crecimiento de la población carcelaria [se vean sobre todo las recomendaciones del Comité de los Ministros Rec (99) 22 y Rec (2006) 13]».

⁽⁵⁵⁾ Véase por ejemplo los arts. 4-bis y 41-bis ordenamiento penitenciario.

iluminar la sucesiva producción normativa y no relegarla a la misma forma de una operación «notarial».

¿Entonces cuáles son las soluciones?⁽⁵⁶⁾

Según la legislación vigente se le impone un drástico potenciamiento de la iniciativa *ex officio* del tribunal de supervisión, al doble objetivo de sustituir las situaciones endémicas de «defensa insuficiente» dando características a la mayoría de los detenidos definitivos y contribuyendo al éxodo «inteligente» de los por liberar, incluso a través de un calendario de roles de audiencia que tenga en cuenta de los «niveles de expiación» ya madurados. En tal perspectiva, se potenciaría la concesión de la liberación con antelación, reconocida automáticamente, previa verificación de la inexistencia de procedimientos disciplinarios a cargo del solicitante, excepto que, obviamente, reclame el fiscal.

Con respecto a las perspectivas *de iure condendo*, la próxima Legislatura tendrá que interrogarse sobre la derogación de cualquier exclusión cautelar (art. 275, apartado 3 código procesal penal) y ejecutiva (arts. 656, apartado 9, código procesal penal, 4-*bis* y 58-*quater* ordenamiento penitenciario), obra reformadora encausada desde hace tiempo por la Corte constitucional. De igual manera, incluso una decidida obra de despenalización en materia de sustancias estupefacientes surgirían efectos benéficos en el estado de las cárceles italianas. Además, dada la extrema dificultad de proceder con una orgánica reforma del código penal, habría que interrogarse sobre la oportunidad de obrar - según ley n. 689 de 1981 - sobre las sanciones establecidas por ley, consintiendo al juez que sustituya la pena de detención con sanciones alternativas (prescriptivas y/o de inhabilitación). En el plano estructural se presentaron recientemente, algunas propuestas, con el fin de utilizar el esquema de llamado «*numerus*

clausus» en ámbito penitenciario⁽⁵⁷⁾. Por cierto compartido, en la medida en que antepongo la dignidad de la persona a la fuerza de la cosa juzgada, dichas soluciones arriesgan, por una parte que se perpetúen las desigualdades, en consideración del hecho que la actual normativa consiente la «elección» de la cárcel y, en consecuencia, la situación que legitima la liberación.

En conclusión, con respecto a los remedios compensatorios, se cree que la devolución a la jurisdicción civil de las solicitudes de compensación de parte del detenido constituya un sufrimiento más, con respecto al tiempo no «europeo» que caracteriza el sector.

Más bien, no parece deducir el motivo por el cual no se considere apropiado utilizar el esquema representado por los arts. 666 y 678 del código procesal penal: la satisfacción integral del contradictorio, que se extiende a la administración penitenciaria, la posibilidad de adquirir pruebas, la apelación, y por último, la decisión que concluye el procedimiento son índices que otorgan al «Magistrato di

⁽⁵⁷⁾ Véase, en perspectiva del derecho comparado, DELLA CASA, *Ilmeccanismo del numerus clausus tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature. Sinossi di due vicende concernenti l'ordinamento penitenziario tedesco e quello francese*, en *Antigone*, 2011, n. 2-3, p. 26. Véase, *de iure condendo*, art. 8, apartado 2 de la proyecto de ley popular «Por la legalidad y el respeto de la Constitución en las cárceles», según el cual «ninguno puede ser detenido para que se ejecute una sentencia en un Instituto que no tenga un lugar adecuado disponible. En el caso que no fuera posible la ejecución de la sentencia de un condenado proveniente del estado de libertad en el instituto a tal fin identificado y no sea posible identificar otro más idóneo que no contradiga el principio de territorialización de la pena, según el art 42 de la ley 26 de julio de 1975, n. 354, el orden de ejecución de la pena se transmuta en obligación de permanecer en el domicilio u otro sitio indicado por él mismo, con cualquier prescripción correspondiente establecidas por el juez responsable de la ejecución». Recientemente, Trib. Superv. Venecia, 13 de febrero de 2013, X, ha planteado la cuestión de constitucionalidad del art. 147 código penal, que disciplina las hipótesis de postergación de la pena, en la parte en la que no prevé la hipótesis por la que «la pena tenga que ejecutarse en condiciones contrarias al sentido de humanidad», para contrastar con los arts. 27, apartado 3 y 117, apartado 1 (con respecto al art. 3 CEDH en la interpretación otorgada por la Corte de Estrasburgo), incluso 2 y 3 Constitución italiana.

⁽⁵⁶⁾ Interesantes perspectivas *de iure condendo* se destacan en el Informe del Consejo Superior Magistrados, Sexta Comisión, Comisión Mixta para el estudio de los problemas del Poder Judicial de Supervisión, dirigida por el Prof. Glauco Giostra, en *www.penalecontemporaneo.it*, 7 de diciembre de 2012.

«sorveglianza» la capacidad de formular un juicio pleno sobre el *an* de la responsabilidad y sobre el *quantum* compensatorio. En suma: el caso Torreggiani representa el último acto de una desconcertante *pièce* que ha representado un enfoque poco profesional con respecto al tema y al problema de la pena y de la cárcel.

Cambiare se puede y se debe. Incluso soluciones mínimas pueden dar al sistema aquel oxígeno que necesita.

Carlo Fiorio
Mariangela Montagna

Permanencias

Bibliografía: ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978; ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2005; ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989; DILTHEY, *Crítica de la razón histórica*, Península, Barcelona, 1986; LARENZ, CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttigen-Heidelberg, 1999; MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; PALAZZO, FERRANTI, *Etica del diritto privato*, voll. I-II, Padova, 2002; PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008; RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1967.

1. Noción. Las «Permanencias» se pueden definir como aquellas constantes éticas inigualables de la historia del derecho, que representan la superposición entre los derechos civiles permanentes y la diversas culturas éticas⁽¹⁾.

Derivan de la relación inseparable entre los instrumentos de la interpretación y los derechos fundamentales expresados por los principios.

Las permanencias entendidas como principios incluyen conceptos como la protección de los derechos (tanto patrimoniales como no patrimoniales) de la persona, la prohibición del abuso del derecho, el equilibrio de la transmisión de los elementos del patrimonio, la prohibición de la lesión de la esfera jurídica de los demás, la protección de los débiles⁽²⁾.

En pasado solo las normas del derecho privado establecían estos principios. Después de la deriva autoritaria de los Estados modernos y de su crisis, fue necesario que estos valores fueran «constitucionalizados» y expuestos en los procesos de la integración supranacional (véase la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea). Por lo tanto, las permanencias se expresan a través de los principios fundamentales de la persona, que es decir la igualdad, la solidaridad, el respeto por el medio ambiente, la tutela de la categoría de los sujetos vulnerables (mujeres, niños, ancianos, discapacitados, consumidores, etc.). Las permanencias se producen no sólo a través de las normas constitucionales, pero también de las normas subordinadas, en particular en la forma de «cláusulas

⁽¹⁾ PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, en PALAZZO, FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., espec. pp. 3 ss., 117 ss.

⁽²⁾ ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, p. 126.

generales»⁽³⁾. Se puede pensar en los conceptos de la buena fe (art. 198, 719, 1796 código civil del Distrito Federal de México), «el interés superior de los hijos» (véase, por ejemplo, el art. 260 código civil D.F.), la causa justa (art. 153 código civil D.F.), la apreciación de las circunstancias en el acto de la autonomía privada (véase, por ejemplo, arts. 1845 1916, 2013, 2082, 2395 código civil D.F.)⁽⁴⁾.

Las permanencias son medios técnicos para prevenir el envejecimiento y la proliferación legislativa a través de una formulación de la norma, cuando aparezca oportuno, suficientemente amplia para permitir que el intérprete rellene el sentido práctico de la norma o de algunas de sus partes⁽⁵⁾. El trabajo del legislator se acompaña al del intérprete, a través de la especificación de la norma formulada deliberadamente de manera indicativa y no exhaustiva. Las permanencias, como principios expresados por medio de las normas constitucionales o de las cláusulas generales, permiten que el intérprete juegue el papel del protector de todos los intereses implicados. Entonces, las permanencias son conceptos que se aplican de manera inmediata al sistema y que guían la interpretación y la aplicación de las normas heterónomas y de los actos de la autonomía privada.

La referencia a las permanencias puede evitar una jurisprudencia que no tiene en cuenta la racionalidad y la coherencia del sistema. La identificación y la aplicación de los principios se logran a través de los instrumentos interpretativos permanentes como la analogía, la intención (art. 12, disposiciones preliminares del código civil italiano), la equidad (arts. 17, 1845, 2395, 2913, código civil D.F.).

⁽³⁾ RAVA, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982.

1 BUSSANI, *Il diritto europeo del contratto fra codificazione e stratificazione*, en BERTORELLO (COORD.), *lo comparo, tu compari egli compara: che cosa, come, perché?*, en *L'altambicco del comparatista*, colana coord. por Lupoi, 6, Milano, 2003, p. 25.

⁽⁵⁾ RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, espec. p. 184 ss.; RUSSO, DORIA, LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, 3ª ed., Padova, 2006, p. 87; MONTICELLI, PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, 2ª ed., Torino, 2013, espec. p. 13 ss.

En particular cabe destacar la importancia de la equidad, que permite al intérprete llevar a cabo un equilibrio eficaz de los intereses y la aplicación de los principios y de otras permanencias.

2. Función histórica. Las permanencias, como se decía antes, son valores constantes de la historia jurídica, que fue la historia del derecho civil durante mucho tiempo⁽⁶⁾. La cultura jurídica europea de hoy, basada en el derecho común, se desarrolla a partir de la Edad Media, a través de la interacción recíproca entre el derecho romano (justiniano y clásico), el derecho germánico y el derecho canónico. El pensamiento jurídico entre el siglo XIV y el siglo XVII se ocupó de la construcción inductiva del sistema del derecho civil. De hecho, el pensamiento de los comentaristas jurídicos puso en marcha una lógica de unificación interior del sistema jurídico. Esta lógica se realizaba con el uso de la dialéctica aristotélico-escolástica.

Se encontraron los grandes principios y la estructura dogmática de los diversos sectores del derecho, así como los principios (axiomas) de todos los institutos, el significado técnico jurídico de las palabras (*significatio verborum*). Con el comienzo del siglo XVI, el proceso llegó al término de su ciclo original. La doctrina se dedica a compilar y a comentar las sentencias de los Grandes Tribunales, que jugaron un papel formidable en el desarrollo del derecho europeo. Se dieron cuenta algunos contemporáneos, como Giovan Battista De Luca (1614-1683), que consideraba como fuentes del derecho la jurisprudencia de los Grandes Tribunales del Estado y la orientación de los más altos tribunales judiciales de todas las naciones, además de la jurisprudencia de la corte que conocía la causa.

A partir del siglo XVIII el sistema era perfecto y el pensamiento jurídico siguiente, especialmente la pandectística, se limitó solo a explicar deductivamente los principios antes que,

⁽⁶⁾ PALAZZO, *Permanenze del diritto civile*, en *Diritto e Processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2006-2009, p. 479 ss.

entre el siglo XIX y XX, el sistema del derecho común se fragmentara en los derechos nacionales⁽⁷⁾.

Justo en el punto culminante de este recorrido, Gianbattista Vico comprendió y puso de manifiesto el papel de los valores jurídicos permanentes, estudiando no solo el derecho doctrinal de la Edad Media (a través de la escuela de la glosa y del comentario) sino también el de los Grandes Tribunales del siglo XVII, con la misma énfasis en la tríada equidad, analogía y buena fe.

La novedad del pensamiento de Vico es la comprensión de la importancia de la filosofía y de la historia para la ciencia jurídica. Esta cae en el formalismo cada vez que no estudia la historia de los valores jurídicos permanentes y no considera las consecuencias para la construcción de los institutos jurídicos. En particular, la historia jurídica es para Vico la búsqueda de los «valores permanentes» presentes y pasados, expresados por las necesidades del hombre asociado a la comunidad local, nacional e internacional.

La dogmática y el sistema científico son instrumentos para la identificación de los principios o de los valores del derecho civil.

Vico, que mostró una gran atención por la experiencia jurídica práctica, creió entonces que estos valores tenían que ser utilizados en el proceso, para la evaluación de los hechos que originaron la controversia.

La importancia de las permanencias se puede observar también en las obras de otros autores entre el siglo XVII y el siglo XVIII, como Pothier, Domat y otros humanistas (escuela culta, mos gallicus iura doctenti, alciatianos). Domat en particular, hizo referencia al espíritu y a la intención (véase el capítulo 12 del *Traité de Lois*, los párrafos 7 y posteriores), porque «para bien juzgar el significado de una ley, tenemos que considerar lo que es el motivo, cuales son los inconvenientes a resolver, la utilidad que puede derivar, su relación con las leyes antiguas, los cambios que introduce, y hacer todas las reflexiones necesarias para entender su sentido», de manera

que «todas las veces que las expresiones son defectuosas, es necesario suplirlas, para desarrollar el sentido según su espíritu».

Aparentemente, la jurisprudencia de los Grandes Tribunales y la «*Scienza nuova*» de Vico no afectaron de manera determinante el pensamiento y la legislación posterior. La causa fue el nacimiento de los derechos nacionales y, parecería, por medio del positivismo y de de la Ilustración. En la codificación de Napoleón, por ejemplo, el pensamiento de Domat y Pothier penetró a través del desarrollo de las categorías formales, pero no en lo que se refiere al método. El *Code civil*, de hecho, no contiene las normas de la interpretación, tampoco en las disposiciones preliminares (arts. 1-6), que quedan pobres y apagadas, en comparación con las últimas codificaciones Europeas, que derivan de él (véase, por ejemplo, el *Codice civile italiano* de 1865).

Sin embargo, la separación entre la política y la cultura jurídica, debida al desprecio de Napoleón por la doctrina, se desvanece en la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales⁽⁸⁾. Es el mismo Portalis, hombre de confianza de Napoleón, que en el famoso discurso en la sesión de la legislatura, del 23 de febrero de 1803, siguiendo el esquema de Domat sobre la analogía y la equidad, dijo que en la ley no se podía prever todo. Por lo tanto, existen «muchas circunstancias, necesariamente, en el que el juez se encuentra sin leyes. En estos casos conviene dejar al juez la oportunidad de suplir a la ley por medio de la luz natural de la equidad y del sentido común».

Y añadió, para explicar su pensamiento sobre la equidad «El poder de juzgar no siempre está directo en su ejercicio por los preceptos explícitos; sino por las máximas, por las costumbres, por los ejemplos y la doctrina». La verdadera doctrina, recordó Portalis citando

⁽⁷⁾ PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, *passim*.

⁽⁸⁾ PALAZZO, *Profili dell'interpretazione civile tra XVII e XX secolo*, en PICARDI, SASSANI, TREGGIARI (COORD.), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli, 2001, II, p. 372; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. italiana de Santarelli y Fusco, coord. por Grossi, Milano, 1980, II, p. 207 ss., espec. p. 211 ss.

a Daguesseau, es el conocimiento del espíritu de las leyes y es superior a las mismas. Sin embargo, en el proceso de codificación europeo, las permanencias resisten al intento de construir sistemas cerrados. El Code civil hace referencia a la equidad suplementaria de las fuentes del contrato (art. 1135 *code civil*) y en relación la adquisición de lo inmuebles (art. 565 *code civil*); el BGB, aunque no contiene las reglas de la interpretación, habla de la equidad (§§ 829, 920, 971, 1361, 1579) y del juicio equitativo (§§ 315, 317/319, 660, 745, 1246, 2048, 2156). Aún más amplia es la utilización de las cláusulas generales en el código civil italiano de 1942, que entre las fuentes de la integración del contrato pone la buena fe y adopta una disciplina de la interpretación que se refiere de manera explícita a la intención del legislador, a la analogía y a los principios generales del ordenamiento. También el debate jurídico del siglo XIX parece que no pueda renunciar a las permanencias. Savigny, por ejemplo, que utilizó estrictamente el método sistemático, se refirió a la equidad, aunque no la mencionó por su nombre, como una fuente integradora de la disciplina de los negocios jurídicos, evaluables por su validez y legalidad, a través de el examen de las circunstancias que marcaron el procedimiento contractual⁽⁹⁾. En su madurez, Jering es el fundador de la *Interessenjurisprudenz* que se opone al conceptualismo de Puchta, pero vuelve a proponer un dogmatismo basado en el concepto de interés, poniendo la perspectiva histórica al margen. Sin embargo, su formación romanística le permitió descubrir el valor interpretativo en algunos momentos de la experiencia jurídica romana, como por ejemplo en el concepto de «culpa». También en este caso emerge la importancia de que un jurista culto tiene que dar a la historicidad del derecho entendida como el conocimiento de las «permanencias» de los valores. Todavía, no se puede esperar que el proceso interpretativo necesario para establecer la culpa se pueda definir por medio del término apropiado, porque él

odiando el conceptualismo, había rechazado cada procedimiento de abstracción. Larenz negó la hipótesis que Winshscheid se colocase en el grupo de los conceptualistas (*Begriffsjurisprudenz*). Por el contrario, su posición le parecía intermedia, debido al hecho de que, por su vuelta al psicologismo, pertenece ya al positivismo, sin renunciar completamente a la visión ética de la ley natural y a la filosofía idealista.

3. Papel en el derecho contemporáneo.

El interés en las permanencias ha aumentado considerablemente en el derecho contemporáneo⁽¹⁰⁾.

En primer lugar, porque la «constitucionalización» de los principios y los procesos de integración supranacional han normativizado algunas directrices éticas, que anteriormente eran prerrogativa solo de las teorías jusnaturalísticas⁽¹¹⁾.

En Europa, además de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se hace referencia a las permanencias en el Tratado de Roma, que, en su versión modificada por el Tratado de Lisboa, en el art. 2 dice que la UE se funda sobre los valores comunes de los Estados miembros. Las normas comunitarias hacen frecuentemente referencia a los principios de los derechos comunes a los Estados miembros (como en la disciplina de la responsabilidad no contractual, art. 340 Tratado UE), El Tribunal de justicia a menudo se refiere a la tradición jurídica europea común en sus argumentos⁽¹²⁾.

La función fundamental de las permanencias se observa también en otros procesos de la integración regional. En América Latina, por ejemplo, el Tratado constitutivo de la Unión

⁽¹⁰⁾ BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritto di famiglia)*, Padova, 1939, p. 7 ss.

⁽¹¹⁾ DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, spec. p. 137.

⁽¹²⁾ SCAGLIONE, *Correttezza e concorrenza sleale, en Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2003, p. 257 ss.; Id., *Il mercato e le regole della correttezza*, en *Tratt. dir. comm. Galgano*, 2010, *passim*.

⁽⁹⁾ Véase el ejemplo de la usura, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, § 50.

de las Naciones Sudamericanas (UNASUR) (firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008 entre Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela) dice que «la integración como la unión suramericana se fundan en los principios rectores de (...) autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible».

La importancia del aspecto normativo de la filosofía moral es evidente también en el debate moderno sobre las llamadas éticas especiales (ética pública, bioética, ética ambiental, ética de la comunicación, etc.). Todo esto confirma que el problema de la conexión entre el derecho y la moral se considera crucial, a partir de la tomística hasta la opuesta visión de la jurisprudencia analítica de Hart, que en esencia vuela a la ética utilitarista de Bentham y Stuart Mill.

La importancia de las permanencias en los sistemas jurídicos contemporáneos pone en crisis el tradicional conflicto entre giuspositivismo y giusnaturalismo basados respectivamente, en el cierre y en la apertura a la perspectiva ética en la lectura y en la aplicación práctica de la ley⁽¹³⁾.

Entonces el giuspositivismo no coincide con el relativismo, porque en realidad se ha pasado del «positivismo de las normas» al «positivismo de los principios».

La línea divisoria entre el uso correcto o incorrecto de los principios hermenéuticos depende de su contenido, por medio de una hermenéutica dogmática históricamente orientada.

La racionalización de los valores, y, por lo tanto, la argumentación jurídica axiológica-

mente orientada, pasan a través de la creación, la redefinición o, en algunos casos, la re-fundación, de manera moderna, de los dogmas del derecho civil. Esto, en esencia, significa no relegar *tout court* al poder judicial la tarea de dirigir la orientación de los valores del derecho privado, por lo menos en los sistemas como los de la *civil law* que resultan imbuidos de la idea - originada por una tradición secular - que el ordenamiento se base en conceptos como los instrumentos cognitivos y ordenadores del derecho.

4. El «positivismo de los principios». El viejo positivismo jurídico del siglo XIX, que durante mucho tiempo había dignamente representado los logros fundamentales de la escuela sistemática, salió de la escena, pasado definitivamente por un positivismo nuevo de tipo «valorístico-dogmático». La clave para comprender los valores dogmatizados, se encuentra en la perspectiva histórica considerada como perspectiva interpretativa diacrónica al servicio de la dogmática, que no puede renunciar a su pasado. El objetivo final sigue siendo la construcción y, sobre todo, el mantenimiento de un sistema jurídico sin antinomias y, por lo tanto, coherente en todas sus partes. Las categorías «dogmáticas» nacidas más tarde, como una expresión del racionalismo y del subjetivismo, pueden transmitirse solo mirando a su relatividad, hasta el punto que su presencia en los sistemas jurídicos es idónea para expresar la forma en que se manifiestan las situaciones de derechos, las obligaciones y sus fuentes constitutivas, modificadoras y extintivas. No se puede perder de vista esta relatividad sacrificando las necesidades básicas de las personas. La tarea primaria de la dogmática es, por lo tanto, la definición de la situación actual y la adhesión de sus principios y de sus valores a las categorías constitucionales. Sin embargo la relatividad de las categorías dogmáticas, unida a la importancia y a la inmutabilidad de las permanencias para la protección de los intereses fundamentales de la persona, permite superar algunas visiones extremas de la modernidad, presentes en el deconstruccionismo de Deridda y en el

⁽¹³⁾ STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, ed. italiana por De Vita, Panforti y Varano, Milano, 1987, p. 275 ss.; *vid.* también BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, ed. italiana, Bologna, 1998, p. 332 ss.; GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, en *Contr. e impr.*, 2000, p. 193.

«pensamiento débil» de Vattimo.

Estos pensadores han visto solo la parte de la modernidad que ha apoyado la razón fuerte, una razón ordenadora y segura de su ciencia, convencida sólo de su progreso en el dominio del mundo y de la naturaleza. Pero si los pensadores de la modernidad no han entendido la lección de Vico, que plantea la presunción de la Ilustración antes de la verdad de las permanencias históricas, se quedan súcubos del nihilismo de la razón débil, que rechaza los fundamentos metafísicos y cualquier sentido de la historia.

La reunión entre los filósofos, los historiadores y los juristas, sin prejuicios relativos a la historia jurídica, evidencia que el jurista es llamado en causa por la historia.

Él es, mucho antes de la modernidad, «Filósofo *inter partes*», intérprete de los problemas de la persona construyendo en la modernidad un derecho civil fuerte y transmisible más allá de la post-modernidad. El jurista no quiere pararse en el rebuscado positivismo puchiano, sin caer en la seductora vanguardia del «derecho libre». En cambio, él tiene que considerar dentro de una pers-

pectiva heurística los descubrimientos hegelianos que se refieren a la relación entre el derecho y el interés.

En esencia, se debe reconocer que la perspectiva diacrónica es indispensable para reconstruir la función de la ley en la sociedad y, por lo tanto, de los valores concretos y efectivos de lo que es la ley para todos los seres humanos.

Esto realiza el fructífero encuentro entre el derecho y la historia, que deriva del conocimiento histórico, relacionado a la comprensión jurídica y, por lo tanto, de la toma de conciencia del importante papel hermenéutico de esta forma de saber.

Dilthey, que se podría considerar el precursor del positivismo orientado por la perspectiva histórica, considera que el conocimiento se vincula a la situación concreta y temporal de la *quel surge*.

De hecho, él muestra que la vida - incluida la legal - es la experiencia histórica que se expresa en un proceso relacional marcado por la continuidad.

Antonio Palazzo

Personas con discapacidad

Bibliografía: BIEL PORTERO, *La regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de derechos humanos*, en BLÁZQUEZ PEINADO, BIEL PORTERO (edíc.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad. Su incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, 2012; CARDONA LLORENS, *La ONU y las personas con discapacidad*, en FERNÁNDEZ LIESA (edíc.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, 2007; CARDONA LLORENS, SANJOSE, *La promoción y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el camino de su reconocimiento universal*, en COURTIS et al. (edíc.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, 2005.

1. Definición. La cercanía que tradicionalmente se entendió que guardaban los conceptos de discapacidad, dependencia, minusvalía y deficiencia dificultó durante mucho tiempo un consenso sobre el significado de la expresión «persona con discapacidad». En el imaginario cultural estos conceptos se entremezclan porque todos giran en torno a la idea de vulnerabilidad y, no pocas veces en el pasado, a todos ellos subyacía, ora una connotación negativa o peyorativa, ora un sentimiento de lástima o caridad. Pero estos conceptos no son ni semánticamente sinóni-

mos ni socialmente intercambiables. A día de hoy no es permisible un enfoque despectivo o discriminatorio que anteponga la situación (de discapacidad, dependencia, minusvalía o deficiencia) a la persona a la que esa situación califica. Por eso, el uso del término «discapacitado» en lugar de «persona con discapacidad» es en sí reprobable porque supone un prejuicio y lleva implícita una discriminación. El término «discapacitado» pone el acento en la condición y deja en segundo plano al ser humano. La expresión «persona discapacitada» o, peor incluso la palabra «discapacitado», da pie a la interpretación perversa de que la persona a la que se aplica no tiene capacidad para funcionar como persona⁽¹⁾.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos⁽²⁾. También las personas con discapacidad. Las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, destacan el derecho de las personas con discapacidad a disfrutar en pie de igualdad de las mismas oportunidades que los demás ciudadanos y a las mejoras en las condiciones de vida resultantes del desarrollo económico y social⁽³⁾.

En 1980 la Organización Mundial de la Salud realizó la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, en la que definió la discapacidad como «cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia (esto es, por una pérdida o anomalía permanente o transitoria - psicológica, fisiológica o anatómica - de estructura o función) en la forma o dentro del ámbito considerado como normal para el ser humano»⁽⁴⁾.

(1) CARDONA LLORENS, *La ONU y las personas con discapacidad*, en FERNÁNDEZ LIESA (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, 2007, pp. 47-84, y p. 51.

(2) AGNU: res. 217A (III), art. 1.

(3) AGNU: resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993 (Doc. A/RES/48/96), párrafo 6.

(4) OMS: *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, 1999.

Pero esta Clasificación definía y limitaba excesivamente la discapacidad a un problema médico, provocado por un trastorno o enfermedad, mientras que hoy se considera que, además de ese aspecto, la discapacidad tiene un componente social. En efecto, el concepto actual de discapacidad ha pasado a ser más amplio. En él no sólo hay que tener en cuenta las limitaciones funcionales de la persona sino también el entorno social que no remueve los obstáculos que impiden a esa persona gozar de todos sus derechos humanos. Por eso, la Clasificación de la Organización Mundial de la Salud, que fue revisada en 2001 - pasando a denominarse *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* -, contiene ahora una definición omnicompreensiva del concepto de discapacidad que incluye tres tipos de factores: 1) los relativos a la salud (enfermedades, trastornos, lesiones), 2) los personales o individuales, es decir, el trasfondo particular de la vida de un individuo que no forma parte de su condición o estado de salud (edad, sexo, raza, forma física, hábitos, profesión, actitud ante los problemas, personalidad) y los ambientales o contextuales (el entorno más inmediato en el que se desarrolla la persona, esto es, el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas)⁽⁵⁾. La discapacidad surge cuando la persona que sufre una limitación, incapacidad, restricción o deficiencia se encuentra con obstáculos (culturales, materiales o sociales) que le impiden acceder a los servicios y derechos a los que sí tienen acceso el resto de ciudadanos.

Así, la discapacidad no se agota con el aspecto médico sino que puede ser provocada por la existencia de barreras que dificulten o impidan el goce de los derechos de todos en esa sociedad.

La dependencia implica que la persona que la padece requiere de asistencia para realizar sus actividades diarias. Esta figura no está ne-

(5) OMS: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, 2001, Asamblea Mundial de la Salud: res. WHA54.21 de 22 de mayo de 2001. Publicada en español por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales bajo la coordinación de José Luis Vázquez-Barquero, pp. 11-27.

cesariamente ligada con la discapacidad sino con el grado de autonomía de la persona. La dependencia fue definida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su *Resolución relativa a la Dependencia* como el estado en el que se encuentran las personas que necesitan ayuda o asistencia para poder realizar las actividades de la vida cotidiana, esto es, la falta de autonomía funcional ⁽⁶⁾. Una persona de corta estatura en una sociedad en la que el resto de conciudadanos sean altos puede ser dependiente en muchos momentos de su vida si todos los utensilios y elementos para su vida cotidiana están emplazados a una altura que ella no alcance. En cambio, aunque muchas personas con discapacidad también sean dependientes puede haber otras que no lo sean, bien porque su discapacidad sea mínima, bien porque la sociedad haya adoptado políticas inclusivas y tomado medidas que hayan mejorado su autonomía y su capacidad para disfrutar de los derechos de los que son titulares - que no son, ni más ni menos, que los mismos derechos de los que goza cualquier otro ser humano.

Tomando estos elementos en cuenta, la definición propuesta a nivel internacional para la persona con discapacidad estaría incluida en el art. 2 del *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* ⁽⁷⁾ que establece que es la persona que tiene deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. En el ámbito convencional regional, antes incluso que en el ámbito universal, la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* había definido la discapacidad como «toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o

temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social» ⁽⁸⁾. Por tanto, lo que caracteriza a la persona con discapacidad sería la situación de partida desventajosa en la que se encuentra el individuo en sociedad como resultado de una enfermedad, limitación, incapacidad, deficiencia o restricción que le impide cumplir sus actividades (de aseo, laborales, de ocio, de estudio, etc.) del modo «standard» o considerado «normal» para el resto de seres humanos y que le dificulta participar e integrarse en la vida de su comunidad de modo pleno y en condiciones de igualdad respecto al resto de las personas.

2. Tipología. La diversidad define al colectivo de las personas con discapacidad. Ni todas tienen la misma discapacidad ni en el mismo grado. Tampoco las sociedades son homogéneas en su nivel de implementación de políticas y medidas inclusivas e integradoras que remuevan las trabas sociales, económicas y culturales a las que la persona con discapacidad se enfrenta. Las definiciones de los dos instrumentos convencionales citados repiten que la deficiencia que provoca la discapacidad puede ser física, mental o sensorial. El Convenio de Naciones Unidas añade la intelectual, aunque su diferencia con la mental no es del todo clara. En todo caso, ambas limitaciones (la mental y la intelectual) podrían englobarse dentro de una categoría de deficiencia más amplia que sería la deficiencia psíquica.

Pero aunque el género es uno (discapacidad) las especies son muchas puesto que no es idéntica la situación en la que se encuentra una persona sana pero sorda que otra a la que han tenido que amputar una pierna. Y dentro de cada uno de los tipos de discapacidad, por ejemplo la física, tampoco están en la misma situación la persona cuya discapacidad proviene de los achaques de la edad avanzada que

⁽⁶⁾ Consejo De Europa: Comité de Ministros: Recomendación n. R 98 (9) relativa a la Dependencia. Anexo, de 18 de septiembre de 1998.

⁽⁷⁾ ONU: *Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de Diciembre de 2006.

⁽⁸⁾ OEA: *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 1999, art. 1.

otra que tiene una enfermedad crónica inhabilitante. Entre las personas con discapacidad psíquica, tampoco están en la misma situación la persona con parálisis cerebral que la que padece epilepsia. Y entre los epilépticos, también la intensidad y frecuencia con que se produzcan los ataques determinará su grado de deficiencia y, por tanto, de discapacidad. Las discapacidades pueden tener, entre otros orígenes, el nacimiento, un accidente, una enfermedad, la edad, fenómenos naturales, conflictos armados o una simple violación de derechos humanos⁽⁹⁾. Entre los orígenes provocados por el hombre y, por tanto, generadores de una violación de los derechos humanos, se pueden citar las discapacidades que se producen por ciertas prácticas religiosas, penales o culturales.

3. La protección de las personas con discapacidad en el ámbito de Naciones Unidas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no menciona los derechos de las personas con discapacidad. En realidad, ninguno de los grandes tratados de derechos humanos auspiciados por Naciones Unidas lo hace (ni el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto no significa que las personas con discapacidad hayan sido completamente olvidadas por Naciones Unidas puesto que de las disposiciones de estos textos convencionales que prohíben, con una otra formulación semántica, la discriminación por «cualquier otra condición social» o «de cualquier otra índole» o que proclaman que «todos nacemos iguales» se colige que no cabe discriminar a las personas con discapacidad. Todas estas disposiciones han sido utilizadas por los órganos de interpretación de dichos convenios (el Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente) en el sentido de que son suficientemente amplias como para incluir la prohibición de discriminación hacia las personas que padecen una discapa-

cidad⁽¹⁰⁾. Naciones Unidas indica el potencial que tienen estos convenios para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad pese a su escaso uso hasta el momento⁽¹¹⁾. La laguna jurídica se debe a que estos tratados son producto de una época histórica en la que comenzaba el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y en la que el trato a las personas con discapacidad todavía se veía como una cuestión médica, que llevaba más a la idea de caridad y beneficencia hacia los «impedidos» y «retrasados», que a la idea de exigencia de reconocimiento de sus derechos humanos (que son los mismos de los que gozan el resto de personas y no otros). Vencer estos prejuicios ha costado tiempo y por eso el *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* ha sido el último de los convenios de derechos humanos que esta organización haya auspiciado puesto que no pudo ser consensuado hasta 2006.

Antes de que comenzase el proceso de humanización de los derechos humanos con el advenimiento en 1945 de Naciones Unidas, al «discapacitado» se le ocultaba y, como mucho, se le protegía de la sociedad e incluso de sí mismo. Se le trataba como si su mera existencia fuera un castigo divino o una anomalía, se le marginaba y estigmatizaba, se le excluía y no pocas veces se le recluía a perpetuidad por su «imperfección». A menudo se pensaba que algo había hecho su familia para merecer esa situación.

En cambio, en la *Declaración Final de la Cumbre de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*⁽¹²⁾ que se celebró del 14 al 25 de junio de 1993 en Viena (y que pese a provenir de una cumbre mundial es sin embargo un instrumento de *softlaw*), sí que se hace refe-

⁽¹⁰⁾ Véase en este sentido: ONU: Comité De Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Comentario General n. 5 sobre las Personas con Discapacidad*, 9 de diciembre de 1994.

⁽¹¹⁾ ONU: Comisión de Derechos Humanos: *Human Rights of Persons with Disabilities*, 12 de Febrero de 2002, E/CN.4/2002/18/Add. 1.

⁽¹²⁾ AGNU: *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, 12 de julio de 1993, A/CONF.157/23.

⁽⁹⁾ CARDONA LLORENS, *La ONU y las personas con discapacidad*, cit., p. 54.

rencia expresamente a que la universalidad de los derechos humanos se predica también de las personas con discapacidad⁽¹³⁾. Hoy día la persona con discapacidad es sujeto de derecho y no objeto del derecho. Desde los años noventa y, merced a la labor de organizaciones como Naciones Unidas, la persona con discapacidad deja de estar protegida - lo cual originaba su falta de autonomía y, por tanto, su dependencia - para ser titular de derechos, entre ellos, el derecho a que se superen o minimicen las barreras sociales, culturales y económicas que producen su discriminación. La comunidad internacional ha pasado a aplicar un enfoque holístico por el que los Estados tienen la obligación positiva de realizar los ajustes razonables necesarios para que todos podamos gozar de nuestros derechos. Hay una clara responsabilidad de los Estados en la provisión de cuidados sanitarios, educativos y asistenciales apropiados y en la adaptación de los servicios públicos que permita el goce de los derechos que la persona con discapacidad tiene. Pero también hay una necesidad de transformar la sociedad para que sea inclusiva y no paternalista, una necesidad de normalizar la situación de estas personas, porque el problema no es únicamente del individuo, también es de la sociedad. La sociedad y la vida en comunidad deben estar diseñadas y adaptadas para el disfrute de todos los derechos de todos por igual y, por tanto, la acción no sólo puede centrarse en la persona afectada sino también en el ambiente en el que se desenvuelve. No se trata de remover sólo las barreras físicas que impidan el goce de sus derechos⁽¹⁴⁾ sino, sobre todo, las barreras culturales basadas en prejuicios, suposiciones, en la pena o en tradiciones que generan rechazo

hacia estas personas⁽¹⁵⁾.

Siguiendo a Cardona, la labor de las Naciones Unidas en materia de discapacidad ha pasado por cinco etapas: la asistencial (1945-1970), la declarativa (70-80), la de concienciación (80-90), la de reivindicación (90-00) y la actual, en la que todos los logros anteriores se van consolidando.

De la primera etapa, centrada únicamente en las personas con una discapacidad física y en la que, quizá por ignorancia, no se consideraba la situación de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos, destaca la labor del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que alertó sobre el problema al analizar dos informes (*Social Rehabilitation of the Handicapped* y *Social Rehabilitation of the Blind*), a partir de los cuales se instauró en 1956 la International Social Service Review. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni ninguno de los dos pactos internacionales contienen disposiciones específicas sobre las personas con discapacidad pero, aquí y allá, las referencias de sus textos a la dignidad e igualdad de todos, a la prohibición de discriminación por cualquier motivo, al derecho universal a la salud física y mental o al derecho a un seguro en caso de invalidez permiten comprobar que, implícitamente, las personas con discapacidad quedaban incluidas. De esta época es la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*⁽¹⁶⁾, primer documento que incluye un principio sobre la discapacidad, en concreto, sobre los niños con discapacidad, y la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*⁽¹⁷⁾. Esta última, si bien no se refiere expresamente a los derechos de las personas con discapacidad como tales, sí contiene referencias específicas a la discapa-

(13) 22. «Es menester prestare special atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad».

(14) BIEL PORTERO, *La regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de derechos humanos*, en BLÁZQUEZ PEINADO, BIEL PORTERO (ed.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad. Su incidencia en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, *passim*.

(15) CARDONA LLORENS, SANJOSE, *La promoción y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el camino de su reconocimiento universal*, en COURTIS et al. (ed.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, 2005, p. 149.

(16) AGNU: res. 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

(17) AGNU: res. 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

cidad, al incluir entre sus objetivos la protección de ancianos, impedidos o personas física o mentalmente impedidas, o a la necesidad de crear instituciones apropiadas y enfocar la educación y la formación profesional a las necesidades de los «impedidos».

En la segunda etapa, la declarativa, las Naciones Unidas aprobaron dos resoluciones que muestran un tímido acercamiento al fenómeno de la discapacidad pero siempre desde la óptica asistencial y desde un cierto desconocimiento de la materia. Sin embargo estamos en ambos casos ante normas de *softlaw*, es decir, jurídicamente no obligatorias para los Estados. La primera de estas declaraciones fue la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*⁽¹⁸⁾ en la que la Asamblea General de Naciones Unidas se centra en las personas con una discapacidad psíquica. Este texto adolece de imprecisiones fruto del desconocimiento que existía en la época sobre las discapacidades mentales. A ésta resolución siguió la *Declaración sobre los Derechos de los Impedidos*⁽¹⁹⁾ que se ocupa de todo tipo de discapacidad y en la que se ve un avance respecto de la anterior no sólo en dicción sino incluso en conocimientos científicos sobre el fenómeno. La ONU declaró en 1976 que 1981 sería el *Año Internacional de las Personas Discapacitadas*, poniendo así de relieve que las resoluciones anteriores habían tenido su efecto.

Por su parte, la tercera etapa en esta evolución, la de los años ochenta, supuso la consolidación de un tratamiento estable para la situación de las personas con discapacidad por parte de Naciones Unidas. La declaración de 1981 como *Año Internacional de las Personas Discapacitadas* supuso un antes y un después puesto que, a raíz de ello, la Asamblea General adoptó el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*⁽²⁰⁾ que, aunque no es un documento vinculante, constituye el primero en el que, de modo omnicompreensivo y alrededor

de tres objetivos (prevención, rehabilitación y participación e igualdad plenas) se articula un conjunto amplio de medidas legislativas, administrativas, sociales y de todo tipo que los Estados deben instaurar con el fin de evitar la segregación de las personas «impedidas». A finales de ese decenio, se celebró una cumbre internacional sobre los recursos humanos en la esfera de los impedidos que dio lugar a las *Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos*, que fueron aprobadas como resolución de la Asamblea General⁽²¹⁾.

La siguiente etapa, la de los años noventa, comienza con la adopción de los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*⁽²²⁾, que pretende ser el marco para el manejo y tratamiento por los Estados de las personas con discapacidad psíquica y sus derechos, amén de tratarse de uno de los documentos más ambiciosos de Naciones Unidas en este ámbito. En ese mismo decenio se aprobó lo que se puede considerar como un ensayo general de cara a la conclusión de un convenio internacional en la materia, esto es, las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*⁽²³⁾. Estas Normas fueron, hasta el advenimiento del *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* en 2006, el texto más importante y emblemático para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Las Normas Uniformes se reparten en cuatro apartados relativos a: **1)** Requisitos para la Igualdad de participación, **2)** Esferas previstas para la igualdad de participación, **3)** Medidas de ejecución y **4)** Mecanismo de supervisión. Aun no teniendo valor jurídico vinculante, estas Normas Uniformes pusieron las bases para el posterior convenio, puesto que trasladaron la perspectiva desde un enfoque de protección (del «discapacitado») ha-

⁽¹⁸⁾ AGNU: res. 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971.

⁽¹⁹⁾ AGNU: res. 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

⁽²⁰⁾ AGNU: res. 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

⁽²¹⁾ AGNU: res. 44/70 de 0 de diciembre de 1989.

⁽²²⁾ AGNU: res. 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

⁽²³⁾ AGNU: res. 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

cia otro de reconocimiento (de los derechos de la persona con discapacidad). Las Normas Uniformes también cambiaron la mentalidad: de la idea de la persona con discapacidad como lastre social a la de persona con discapacidad como un ciudadano más con plenos e iguales derechos. Poco más tarde se aprobó la *Estrategia a Largo Plazo para Promover la Aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos hasta el Año 2000 y Años Subsiguientes*⁽²⁴⁾.

El nuevo milenio ha traído consigo el tan esperado y necesario *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, esto es, el primer instrumento internacional de carácter universal dedicado a este colectivo, un documento internacional con fuerza vinculante. Esto supone un paso cualitativo sin precedentes en la evolución de la promoción y la protección de los derechos de las personas con discapacidad porque supone colmar una laguna que existía en el derecho internacional de los derechos humanos. En este sector del ordenamiento jurídico se contaba con un convenio de protección para casi la totalidad de los grupos

vulnerables identificados a día de hoy (niños, refugiados, migrantes), salvo quizá para el grupo de los más vulnerables entre los vulnerables, esto es, las personas que padecen una discapacidad. El Convenio establece en su art. 3 entre sus principios generales el de la igualdad inherente, autonomía individual, independencia y derecho a tomar sus propias decisiones de la persona con discapacidad, la igualdad de oportunidades, el respeto de la diferencia y la aceptación de la persona con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana, la no discriminación y la accesibilidad. El convenio en muchas de sus disposiciones abandona el lenguaje de los buenos propósitos [los Estados «intentarán alcanzar», en la medida de sus posibilidades «procurarán» (...)] para referirse a auténticos derechos reclamables [«los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a» (...)]. El Convenio introduce en el art. 34 un Comité que velará por la aplicación del Convenio y que recibirá y estudiará los informes periódicos que le envíen los Estados partes y que establece el art. 36.

Susana Sanz Caballero

⁽²⁴⁾ AGNU: res. 49/153 de 23 de diciembre de 1994.

Principio de proporcionalidad

Bibliografía: AARNIO, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2000; AGUILÓ REGLA, *Sobre la constitucionalización del Estado constitucional*, en *DOXA*, n. 24, 2001; ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2004; ALEXY, *Verfassungsrecht und Einfachesrecht - Verfassungs Gerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61, 2002, p. 25; ALEXY, *Teoría de los*

derechos fundamentales, trad. Garzón Valdéz, Madrid, 1993; ARAGÓN REYES, *La Constitución como paradigma*, en CARBONELL (COORD.), *Teoría del neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2007; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; BRACKER, *Kohärenz und juristische Interpretation*, Baden-Baden, 2000; CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Lima, 2007; CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno*

juicio de proporcionalidad, Buenos Aires, 2004; DIAZ REVORIO, *La «Constitución abierta» y su interpretación*, Lima, 2004; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 4ª reimpr., Madrid, 2001; HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4ª ed., trad. Jiménez Redondo, Madrid, 2005; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1995; HESSE, *Significado de los derechos fundamentales*, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HIEDE (edic.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid 2001, p. 89; LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., 4ª reimpr., trad. Gallego Anabitarte, ARIEL S.A., Barcelona, 1986; MARÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; MARTÍNEZ ZORRILA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, 2007; MORESO, *Conflictos entre principios constitucionales*, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismos (s)*, Madrid, 2003; PRIETO SANCHIS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismos (s)*, Madrid, 2003; PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1992; SERNA, *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, en *Humana lura*, n. 4, Pamplona, 1994; SERNA, TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, 2000.

1. Introducción. Hoy en día la ciencia jurídica opera «más principios que reglas; más ponderación que subsunción»⁽¹⁾, lo que le ha llevado a plantear esquemas interpretativos no meramente subjetivos⁽²⁾. Uno de esos esquemas es el principio de proporcionalidad. Presupuestos metodológicos. Sólo es posible comprender este principio a partir de un determinado modo de entender los derechos fundamentales y la Constitución.

2. Un concepto de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad exige entender los derechos fundamentales como

principios, y los principios como mandatos de optimización⁽³⁾ que obligan a considerar que toda disposición iusfundamental genera un ámbito de protección ilimitado conformado por «todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución»⁽⁴⁾. Esta conformación tiene carácter *prima facie*⁽⁵⁾ y se lleva a cabo con base en criterios muy laxos, ya que «basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*»⁽⁶⁾.

El contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede contraponerse y chocar contra el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional⁽⁷⁾. Dos contenidos que chocan significan dos contenidos irreconciliables. Por ser opuestos, y ante la imposibilidad de cumplir ambos a la vez, surge la disyuntiva de o cumplir uno o cumplir su contrario. Sea cual fuese el que se elige como mandato a cumplir, necesariamente ocurrirá que uno de los dos contenidos constitucionales se verá restringido en su alcance *prima facie*.

Esto exige crear una zona *restringible* en el contenido del derecho fundamental. Así,

⁽³⁾ Mandatos de optimización «que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas». ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdéz, Madrid, 1993, p. 86.

⁽⁴⁾ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

⁽⁵⁾ Es la traslación de la categoría deber *prima facie* que formulara Ross. Cfr. ROSS, *Lo correcto y lo bueno*, trad. de Rodríguez, Salamanca 1994, p. 35 ss.

⁽⁶⁾ *Ídem*.

⁽⁷⁾ El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como «dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio». ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 87.

⁽¹⁾ PRIETO SANCHIS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismos (s)*, Madrid 2003, p. 131.

⁽²⁾ STÜCK, *Subsumtion und Abwägung*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 84, 1988, p. 409 ss.

desde las teorías absolutas se reconoce que en el contenido del derecho existe una parte esencial o nuclear indisponible para el Poder público (y privado), y otra parte no esencial o accidental que puede ser restringida o sacrificada⁽⁸⁾; y desde las teorías relativas se considera que todo el contenido constitucional del derecho fundamental puede ser dispuesto por el poder⁽⁹⁾. En uno y otro caso, la restricción o sacrificio será permitido sólo en la medida que sea necesario para el ejercicio del derecho fundamental o bien jurídico constitucional contrario. En este contexto aparece el principio de proporcionalidad como herramienta que permitirá responder dos preguntas: primera, cuál de los dos contenidos constitucionales iusfundamentales en pugna ha de restringirse; y segunda, cuál ha de ser la medida de la restricción.

Efectivamente, el conflicto entre contenidos constitucionales *prima facie* ilimitados será resuelto estableciendo *contenidos definitivos* a través de la formulación de una regla de precedencia definida en su supuesto de hecho y que exige subsunción en su aplicación⁽¹⁰⁾. Según Alexy⁽¹¹⁾, cuando ocurre un

conflicto entre principios (derechos fundamentales), uno de ellos deberá ceder ante la presencia del otro. Para saber cuál principio cede en su contenido constitucional restringible, se debe llegar a establecer una relación de precedencia condicionada (*einebedingte Vorrangrelation*). Esta precedencia, que no es general sino que está referida a unas concretas circunstancias, es consecuencia de la aplicación de la llamada ley de conflicto (*Der Regelkonflikt*) y que se define de la siguiente manera: «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»⁽¹²⁾.

La relación de precedencia determinará cuál derecho fundamental prevalecerá. La prevalencia significará que habrá un derecho fundamental cuyo contenido constitucional - *prima facie* - experimentará una optimización a costa de la restricción o sacrificio del contenido constitucional - también *prima facie* - del derecho fundamental opuesto. Es connatural al carácter *prima facie* su derrotabilidad en su camino a adquirir definitividad⁽¹³⁾, de modo que el conflicto constitucional se decidiría estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido⁽¹⁴⁾. Sólo en el caso del derecho vencedor, su contenido constitucional inicialmente *prima facie* se convierte finalmente en contenido constitucional definitivo⁽¹⁵⁾.

⁽⁸⁾ Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías «la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social». BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 405.

⁽⁹⁾ Sobre la teoría relativa se ha manifestado que según ella «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aún cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental». ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288. Y es que «para esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho». MARÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 21.

⁽¹⁰⁾ Por eso es que dentro de esta lógica conflictivista la ponderación no resulta siendo una alternativa a la subsunción, porque la primera acabaría en la formulación de una regla cuya aplicación ocurriría a través del procedimiento de subsunción. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, cit., p. 144 ss.

⁽¹¹⁾ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89.

⁽¹²⁾ *Ídem*, p. 94.

⁽¹³⁾ MORESO, *Conflictos entre principios constitucionales*, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismos (s)*, Madrid, 2003, p. 105 ss.

⁽¹⁴⁾ El principio de proporcionalidad justificará la restricción del derecho vencido siempre que «la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo». Sólo así se entienden afirmaciones como la siguiente: «Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo». PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 239.

⁽¹⁵⁾ La restricción del contenido constitucional del derecho vencido sólo podrá ocurrir en la parte no nuclear o accidental si se parte desde la base dogmática

3. Un concepto de Constitución. La Constitución del Estado constitucional es una norma rígida que formalmente se coloca por encima de la norma legal, que busca la limitación del poder político⁽¹⁶⁾ y la garantía de los derechos fundamentales⁽¹⁷⁾, y a la que es imprescindible la consideración de «norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable»⁽¹⁸⁾. Pues bien, el modo de entender los derechos fundamentales antes referido, sólo es posible si se entiende que la Constitución se ha convertido en una barrera franqueable y disponible por parte del poder siempre que existan buenas razones para ello. Con esto la Constitución pierde en su carácter esencial al relativizarse su normatividad⁽¹⁹⁾, porque el ejercicio del contenido constitucional de derechos fundamentales justifica y exige restricciones⁽²⁰⁾, lesiones⁽²¹⁾ y sacrificios⁽²²⁾ del contenido constitucional de otros derechos fundamentales. La pérdida del carácter normativo de la Constitución viene muy vinculada con la pérdida del carácter sistemático de su lectura y con el rechazo del principio de unidad en

de las teorías absolutas, o podrá ocurrir en cualquier parte de su contenido si se parte de las teorías relativas.

(16) LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., 4ª reimpr., trad. Gallego Anabitarte, Barcelona, 1986, p. 149.

(17) AGUILÓ REGLA, *Sobre la constitucionalización del Estado constitucional*, en *DOXA*, n. 24, 2001, pp. 450-451.

(18) ARAGÓN REYES, *La Constitución como paradigma*, en CARBONELL (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2007, p. 32.

(19) Sobre el principio de normatividad de la Constitución, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 4ª reimpr., Madrid, 2001, p. 197 ss.

(20) Término empleado por Prieto Sanchís. Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 227.

(21) Término empleado también por PRIETO SANCHÍS, *idem*, p. 239.

(22) Así, Alexy habla de sacrificios innecesarios (*unnötiger Opfer*) y de sacrificios necesarios (*erforderlichen Opfer*). ALEXY, *Verfassungsrecht und Einfachesrecht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 61, 2002, p. 25.

su interpretación⁽²³⁾. Quienes asumen que los derechos fundamentales son mandatos de expansión ilimitada *prima facie*, basan su modo de entender las normas iusfundamentales en que las disposiciones de la Constitución que las contienen no se prestan para una interpretación sistemática y unitaria, sino que irremediablemente exigen una interpretación aislada y contradictoria. Así, se detienen sólo en el texto gramatical de cada disposición constitucional a la hora de definir lo constitucionalmente prescrito, y al hacerlo obtienen como posible el siguiente resultado: la expansión ilimitada *prima facie* de un derecho fundamental obliga a hacer algo que la expansión ilimitada *prima facie* del derecho fundamental contrapuesto prohíbe hacer. Nuevamente, el principio de proporcionalidad aparece con la finalidad de salvar el «conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente»⁽²⁴⁾.

4. Los juicios en los que se divide. Inicialmente el principio de proporcionalidad fue establecido respecto del legislador con base en la siguiente lógica operativa⁽²⁵⁾: una ley que contiene una restricción del contenido *prima facie* constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, está permitida si se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad. Tales exigencias son las siguientes tres: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio ponderativo (o de proporcionalidad en sentido estricto)⁽²⁶⁾. El juicio de idoneidad exige que la agresión

(23) DÍAZ REVORIO, *La «Constitución abierta» y su interpretación*, Lima, 2004, p. 251.

(24) PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, cit., p. 134.

(25) Sin embargo, es posible trasladar esta lógica no sólo a la medida restrictiva del contenido *prima facie* de un derecho fundamental contenida en una ley, sino también en un acto ejecutivo o administrativo, en una resolución judicial o en una decisión privada.

(26) Sobre estos tres elementos véase BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 693 ss.; y CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, 2004, p. 61 ss.

del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y además debe ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, habrá superado el juicio de idoneidad. Ser calificada de idónea la agresión no la convierte necesariamente en constitucional, sino que a de cumplir con el juicio de necesidad. Una lesión de un derecho fundamental es necesaria cuando no es posible optar por otra medida menos violatoria del derecho fundamental e igualmente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida. Pero, y finalmente, para que la agresión sea tenida como permitida, ha de superar un juicio más: el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La ponderación es decisiva y sobre ella conviene detenerse. Según Alexy «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁽²⁷⁾. Esta es la «Ley de la ponderación» (*Das Abwägungsgesetz*), por la que se divide en tres pasos la aplicación del juicio ponderativo. Tomando como base la presencia de dos derechos fundamentales opuestos, en el primer paso se definirá el grado de la no satisfacción o, lo que es lo mismo, el grado de afectación o sacrificio de uno de los principios; en el segundo se definirá el grado de importancia de la satisfacción del principio opuesto; para en un tercer paso definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica el sacrificio del otro principio⁽²⁸⁾. La ley de la ponderación opera con magnitudes graduables según una mayor o menor intensidad en el sacrificio o en la importancia de la satisfacción de los derechos fundamentales contrapuestos. Para hacer operativa esta ley, Alexy propone utilizar tres

intensidades: leve, medio y grave⁽²⁹⁾.

Siendo Pi un principio y Pj el otro, los tres pasos quedarían formulados así. En el primero se define el grado de intervención sobre Pi en las circunstancias de un caso concreto, quedando formulado de la siguiente manera: IpiC⁽³⁰⁾. En un segundo paso se define el grado de importancia del otro principio en las mismas circunstancias fácticas, formulándose de la siguiente manera: WPjC⁽³¹⁾. Y en un tercer paso se compara las valoraciones (leve, medio grave) atribuidas por el intérprete en los dos pasos anteriores. La comparación permite establecer nueve posibles respuestas: tres en las que Pi precede a Pj⁽³²⁾ tres en las que Pj precede a Pi⁽³³⁾ y otras tres en las que hay empate⁽³⁴⁾. Con el afán de operar este razonamiento ponderativo, Alexy propone una «fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera más breve, su peso concreto»⁽³⁵⁾. Tal es la fórmula del peso (*Die Gewichtsformel*)⁽³⁶⁾.

(29) Así, «el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l, m o g*». *Ídem*, 60.

(30) Se lee como el grado de intervención sobre Pi en las circunstancias C.

(31) Se lee como el grado de importancia de Pj en las circunstancias C.

(32) Esas tres son: IpiC: g / WPjC: l; IpiC: g / WPjC: m; IpiC: m / WPjC: l.

(33) Las tres posibilidades son: IpiC: l / WPjC: g; IpiC: m / WPjC: g; IpiC: l / WPjC: m.

(34) Las tres posibilidades de empate son: IpiC: l / WPjC: l; IpiC: m / WPjC: m; IpiC: g / WPjC: g.

(35) ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 67.

(36) La fórmula toma la siguiente expresión: $G_{Pi} = I_{PiC} / W_{PjC}$. Esta fórmula se lee de la siguiente manera: el peso concreto (G) de Pi en relación con Pj dentro de unas circunstancias C es igual al cociente resultante de dividir el grado de afectación de Pi en las circunstancias C, entre el grado de importancia de Pj en las circunstancias C. La aplicación de esta fórmula requiere asignar valores numéricos tanto al grado de lesión como al grado de importancia de los principios (derechos fundamentales) contrapuestos. Alexy propone los siguientes valores numéricos para cada una de sus tres magnitudes: para leve un valor de 1 (es decir 2⁰); para medio un valor de 2 (es decir 2¹) y a grave un valor de 4 (es decir, 2²). De esta manera, Pi deberá prevalecer sobre Pj cuando el valor del cocien-

(27) ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161.

(28) ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 49.

5. Crítica al principio de proporcionalidad. A sus presupuestos metodológicos.

Los presupuestos de los que parte el principio de proporcionalidad no están exentos de críticas. La primera es que no existe ningún elemento (ni formal ni material) que permita sostener la existencia de un contenido constitucional de carácter ilimitado *prima facie* dividido en dos partes, una restringible y la otra no sacrificable. Éstas son exigencias metodológicas propias de una determinada epistemología iusfundamental, de modo que si es posible reformular ésta, será posible abandonar aquellas. El único acuerdo, por tratarse de un hecho objetivo, es que las disposiciones iusfundamentales son mandatos abiertos y genéricos que requieren de concreciones.

Más allá de las críticas que al modelo alejano sobre la distinción entre reglas y principios ha formulado Jürgen Habermas (quien advierte que los derechos fundamentales no tienen carácter teleológico sino deontológico)⁽³⁷⁾, Aulis Aarnio (quien repara en que los principios se asemejan a las reglas en cuanto o se cumplen o no se cumplen)⁽³⁸⁾ y Luis Prieto (quien plantea que los principios no tienen por qué ser necesariamente mandatos de optimización o carecer de con-

diciones de aplicación)⁽³⁹⁾, de la incuestionable y objetiva exigencia de determinación y concreción de la disposición iusfundamental no se sigue necesariamente que los derechos fundamentales deban concebirse como realidades que se expande ilimitadamente en su contenido constitucional y que luego deben ser sacrificadas para permitir la convivencia social.

Nada habilita a confundir *indeterminación semántica* de la disposición con *alcance ilimitado* de la norma. No se tiene derecho a todo, ni *prima facie* ni definitivamente, de modo que no es aceptable - ni como presupuesto metodológico - que toda acción que comparta alguna propiedad con la literalidad de una disposición iusfundamental forme parte del contenido constitucional del derecho ahí recogido en su *nome iuris*. Los derechos fundamentales no son una realidad sin causa y sin fin, sino que nacen de la persona y se dirigen a conseguir su más pleno desarrollo no sólo en su dimensión individual sino también social⁽⁴⁰⁾.

Aún asumiendo a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, el afán optimizador no podrá en ningún caso *lesionar, restringir o sacrificar* el contenido constitucional de otro derecho fundamental. Esta advertencia nos coloca rápidamente sobre el hecho - fácilmente constatable - de que los derechos fundamentales son reconocidos en conjunto y en conjunto han de ser

te resultante es mayor a 1, si es menor a 1 entonces la precedencia cambia a favor de Pj.

⁽³⁷⁾ Según Habermas, «los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas». HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4ª ed., trad. Jiménez Redondo, Madrid, 2005, p. 328.

⁽³⁸⁾ Según este autor, «Sea P un principio; por ejemplo, un principio de libertad de expresión. El principio mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado "más o menos". O se optimiza o no se optimiza». AARNIO, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña 4*, 2000, p. 596.

⁽³⁹⁾ Según Prieto, «creo que llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, (...). Pero, de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida (...). En la primera acepción, los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción, creo que los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación o, al menos, no es esto lo decisivo». PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 180.

⁽⁴⁰⁾ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Lima 2007, pp. 29-37.

determinados y concretados en su contenido constitucional, debido a que en conjunto también deben ejercitarse al existir sus titulares no aisladamente sino en comunidad. Así lo posibilita y exige no sólo la consideración de la persona humana como una unidad en su esencia⁽⁴¹⁾; sino también la consideración de que la Constitución conforma un sistema cuyas disposiciones deben ser interpretadas buscando la unidad y evitando la contradicción⁽⁴²⁾. Lo primero permitirá una coherencia material (*Substantielle Kohärenz*), lo segundo una coherencia instrumental o formal (*Formale Kohärenz*)⁽⁴³⁾. Por esta razón el derecho ilimitado *prima facie* no puede ser considerado como un derecho realmente existente por lo que no es exigible jurídicamente⁽⁴⁴⁾. La única manera de existir que tiene un Estado constitucional es con base en una protección máxima de todos los derechos fundamentales debido a que ellos «deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana»⁽⁴⁵⁾ al ser la «traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad»⁽⁴⁶⁾.

6. A sus componentes. Las deficiencias conceptuales verificadas respecto de los derechos fundamentales y respecto de la

Constitución, repercuten notablemente sobre el principio de proporcionalidad, particularmente sobre el juicio ponderativo. Una de las más importantes críticas que sobre la ponderación es posible formular es no solo que no evita la arbitrariedad de la decisión, sino que además la esconde y la reemplaza por una justificación solo aparente. Más allá de que los grados de importancia de satisfacción y afectación de los derechos fundamentales no son cuantificables en una escala métrica⁽⁴⁷⁾, está el dato cierto de que no existe ningún elemento que objetivamente permita atribuir un valor al grado de frustración de un derecho y a la importancia de la optimización de su contrapuesto⁽⁴⁸⁾ a fin de establecer cual principio (derecho fundamental) ha de preceder a su opuesto⁽⁴⁹⁾. Alexy no aporta ningún criterio objetivo que permita la determinación de los grados de optimización y de sacrificio de los derechos fundamentales a fin de establecer la relación de precedencia⁽⁵⁰⁾. Será la particular concepción axiológica de quien deba ejecutar la ponderación, la que termine estableciendo en el caso concreto los valores. La arbitrariedad se manifiesta crudamente cuando de la aplicación de

⁽⁴¹⁾ SERNA, *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, en *Humana lura*, n. 4, Pamplona, 1994, p. 230.

⁽⁴²⁾ HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27.

⁽⁴³⁾ BRACKER, *Kohärenz und juristische Interpretation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000, p. 166 ss.

⁽⁴⁴⁾ Es, en estricto un mero recurso metafórico sin mandato deóntico exigible cuya funcionalidad se convierte en una manifestación de la arbitrariedad del intérprete. Y si no existe tampoco existe ni el conflicto entre derechos fundamentales ni la necesidad de hacer prevalecer un derecho sobre otro (jerarquizar).

⁽⁴⁵⁾ HESSE, *Significado de los derechos fundamentales*, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HIEDE (edic.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 89.

⁽⁴⁶⁾ PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1992, p. 20.

⁽⁴⁷⁾ Alexy, «no aporta estrictamente nada nuevo a la conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que no exige en ningún momento cuantificaciones susceptibles de ser usadas matemáticamente. En definitiva, pues, se trata de un recurso innecesario y estrictamente no utilizable que a lo sumo sólo tiene virtudes ejemplificativas». MARTÍNEZ ZORRILA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, 2007, p. 249.

⁽⁴⁸⁾ El mismo Alexy admite que «la simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente ya presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede parecer imposible». ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 66-67.

⁽⁴⁹⁾ Como ha apuntado Bernal, «conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación». BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, Bogotá 2005, p. 104.

⁽⁵⁰⁾ MARTÍNEZ ZORRILA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, cit., p. 249.

la fórmula del peso se concluye un empate entre el grado de importancia en la optimización de un derecho fundamental y el grado de restricción del derecho fundamental opuesto. En estos casos el mismo Alexy se ha mostrado ambivalente al pasar de favorecer la libertad e igualdad jurídicas⁽⁵¹⁾, a favorecer el principio democrático que representa el legislador⁽⁵²⁾.

El asunto se oscurece especialmente cuando se repara que en definitiva lo que se propone es jerarquizar derechos en el caso concreto⁽⁵³⁾. No otra cosa se puede concluir del hecho de considerar que los derechos fundamentales entran en contradicción y que debido a una determinada carga valorativa manifestada, uno de ellos precede al otro, es decir, uno de ellos se optimiza a costa del sacrificio, lesión y restricción del otro. Y la complicación aumenta cuando en la fórmula del peso se insertan como factores numéricos un supuesto peso abstracto de los derechos fundamentales que los haría a unos más im-

portantes que a otros en sí mismos considerados⁽⁵⁴⁾. Si había dudas de racionalidad en el establecimiento del grado de afectación o de importancia de satisfacción de los derechos fundamentales, ellas se convierten en certezas cuando se trata de establecer magnitudes que definan los pesos abstractos⁽⁵⁵⁾. Pero, se debe insistir, en los textos constitucionales no hay nada que habilite a justificar que determinados derechos fundamentales son jerárquicamente más importantes que otros (en abstracto o en concreto), para que justifique la optimización de uno y el sacrificio, lesión y restricción de su opuesto⁽⁵⁶⁾, no sólo porque todos son igualmente necesarios para alcanzar el pleno desarrollo de la persona, sino también porque una vez positivados adquieren la misma jerarquía formal del documento (nacional o internacional) que los reconoce⁽⁵⁷⁾.

Luis Castillo Córdova

⁽⁵¹⁾ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 549.

⁽⁵²⁾ ALEXY, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 44-74.

⁽⁵³⁾ SERNA, TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, 2000, p. 13.

⁽⁵⁴⁾ ALEXY, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 68, pp. 67-68.

⁽⁵⁵⁾ Se ha reconocido que «la fijación del peso abstracto también tiene ciertos límites de racionalidad, que asimismo deparan un espacio a la subjetividad del intérprete». BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, cit., p. 107.

⁽⁵⁶⁾ SERNA, TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, cit., p. 25.

⁽⁵⁷⁾ Y si no está ordenado que determinado derecho fundamental pese o valga más que otros derechos fundamentales, ¿qué autoriza a colocar a un derecho fundamental sobre otro, ya sea de modo abstracto, ya sea de modo concreto? Nada más que la arbitrariedad aunque se le revista de formas argumentativas.

Principio pro persona

Bibliografía: CABALLERO OCHOA, *Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011, p. 131; GARCIA RAMIREZ, MORALES SANCHEZ, *La Reforma constitucional sobre derechos humanos, 2009-2011*, México, 2001, pp. 95-96.

La doctrina internacional de los derechos humanos considera algunos como principios propios de los derechos humanos, los cuales vienen a ser derivaciones de la naturaleza inherente al ser humano que les corresponde a estos derechos. Dentro de los mismos y como el principio fundamental, se debe referir al principio de *universalidad*, pero existen otros que especifican a este primero, o bien son formulaciones que permiten su aplicación práctica, en las distintas funciones de la autoridad.

Uno de estos principios es el *principio pro persona o principio pro homine*. Para poder comprender su contenido y alcances es necesario entender, en sus grandes líneas, los principios generales de los derechos humanos, comenzando por el principio de universalidad.

Hay dos vertientes que explican el principio de universalidad, la primera y más importante, se refiere a que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos sin distinción de nacionalidad, residencia, sexo, origen étnico, religión, lengua, o cualquier otra condición.

La otra vertiente hace referencia al ámbito internacional e implica que todos los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos - independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales -. Por lo tanto, los servidores públicos de cualquiera de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en todos los ámbitos de gobierno (federal, municipal, estatal, provincial, o cualquiera otro que se adopte), están obligados a realizar las accio-

nes de autoridad y gobierno teniendo como referente el respeto que deben a los derechos de las personas.

Aunque este principio está inscrito en la naturaleza misma de los derechos humanos y, por lo tanto, se debe considerar que es parte de toda disposición que regule estos derechos, se puede referir como fundamento del mismo, tanto el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el propio art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. En cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, esta dispone en su art. 1: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Como puede observarse el principio de universalidad está implícito en el señalamiento de que los derechos humanos corresponden a todas las personas y conforme al cual se crea una base de igualdad.

En cuanto a los demás principios, pueden referirse los de interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que se encuentran señalados así en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena de 1993⁽¹⁾.

El principio de interdependencia consiste

⁽¹⁾ Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Viena, 1993.

en que cada uno de los Derechos Humanos, se encuentran ligados unos a otros y entre sí, esto de modo que el reconocimiento de un derecho cualquiera, así como su ejercicio, implica que se respeten y protejan una multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados.

El de indivisibilidad se refiere a que los Derechos Humanos son infragmentables ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad.

El principio de progresividad, que tiene su fundamento en el art. 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es un principio de aplicación de los derechos humanos, conforme al cual se establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea. Este principio es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales, pero también a los derechos civiles y políticos.

Existen otros principios que se atribuyen a los derechos humanos pero que, como dijimos, están más orientados a los mecanismos de aplicación o de defensa que a la conceptualización de su naturaleza. Está, por ejemplo, el principio de subsidiariedad y complementariedad de la jurisdicción internacional, según el cual, corresponde a los poderes del Estado, en el marco de sus propias atribuciones, «velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales, asumidas por los distintos países en materia de Derechos Humanos», pero éstos solo podrán intervenir a falta, o en defecto de, la actuación de las autoridades o instancias nacionales.

Dentro de estos y como uno de los principios que mayor transformación han implicado para el sistema jurídico, está el llamado *principio pro persona* o *principio pro hómine*. Como todos los principios, estos han de guiar al intérprete constitucional en la aplicación de las normas de derechos humanos, por ello estos principios se convierten en el cauce para lograr la incorporación de las normas de derechos humanos incluidas en los tratados

internacionales al contenido constitucional.

El principio pro persona obliga al intérprete de normas de derechos humanos a elegir, dentro de las distintas opciones de interpretación, o dentro de diversas normas aplicables, aquella interpretación o aquella norma que más beneficie a la persona en el ejercicio de sus derechos.

Este principio se ha definido como el «criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria»⁽²⁾. Conforme lo señala García Ramírez y Morales Sánchez, tiene a su vez dos variantes⁽³⁾: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional, está, a su vez se compone de: a.1) Principio favor libertatis, que postula la necesidad de entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego e incluye una doble vertiente: el de las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente sino de modo restrictivo; y el que se debe interpretar la norma de la manera que optimice su ejercicio. a.2) Principio de protección a víctimas o Principio *favor debilis*. En la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que se halla situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en pie de igualdad. b) Directriz de preferencia de normas. El juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.

A lo dicho anteriormente cabe hacer dos

⁽²⁾ GARCÍA RAMÍREZ, MORALES SANCHEZ, *La reforma constitucional sobre derechos humanos, 2009-2011*, México, 2011, pp. 95-96.

⁽³⁾ GARCÍA RAMÍREZ, MORALES SANCHEZ, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, cit.

desarrollos adicionales: **1)** La obligación de vincular todos los principios, dándoles congruencia y armonía, ya que no se trata de obligaciones aisladas o compartimentos estancos, sino de derivaciones, todas de un solo principio general que es el de universalidad. Efectivamente el principio *pro persona* es un principio implícito en el principio de universalidad y una derivación del mismo. El razonamiento es sencillo, si como lo es, la universalidad se apoya en el reconocimiento de que los derechos están por encima de cualquier sistema, ley o decisión o autoridad, su respeto no puede tener excepciones y por ende la obligación de respetarlos siempre debe entenderse en el sentido de lograr el mayor goce posible. El principio *pro persona* implica la existencia de dos alternativas, ya sean interpretativas o de aplicación, una con la que se logra mayor protección y otra, una menor protección, si eligiéramos la segunda estaríamos reconociendo la posibilidad de restringir la obligación de las autoridades de cumplir con los derechos humanos y por lo tanto la posibilidad del Estado de determinar el contenido de los derechos. Independientemente de su establecimiento explícito, toda autoridad está obligada, por la naturaleza de los derechos humanos, a buscar su mayor respeto o aplicación real, cualquier otra interpretación sería insostenible. Tómese en cuenta que no estamos refiriéndonos a una situación de colisión entre dos derechos humanos, ya que en este caso la solución no se puede construir a partir del principio *pro persona*, sino de otros principios o técnicas, como son la de la ponderación de derechos o la de la limitación del ejercicio de derechos en situaciones de excepción o emergencia. **2)** En el mismo sentido está la necesidad de vincular, por parte del intérprete constitucional, todos los principios aplicables para la vigencia de los derechos humanos. Dentro de ellos, algunos son de fuente internacional, otros de fuente constitucional, pero todos tienen la misma obligatoriedad y deben aplicarse de manera concurrente. En este punto el *principio pro persona* sirve de catalizador de los demás principios y, de esta forma garantiza que los principios estén a favor del ejercicio

de derechos y no que se les haga prevalecer por encima de cualquier derecho humano. Existen un sinnúmero de derivaciones del principio *pro persona*, pero una más que tiene relación con todo el sistema constitucional, es el de que, a partir del reconocimiento a este principio, se construye un sistema de armonización entre normas de fuente internacional y las de fuente constitucional. Conforme a este principio ninguna puede considerarse - *a priori* - superior a la otra, sino que estas deben aplicarse de manera armónica bajo el único criterio de lograr la mayor protección de la persona. De aquí que, conforme a una aplicación estricta de este principio puede darse el supuesto de que una norma internacional prevalezca por encima de una norma constitucional. Esto claramente trastoca los principios clásicos del constitucionalismo, como es el caso del de la supremacía constitucional. Esta postura es sostenida por Caballero Ochoa en el análisis que hace del caso mexicano⁽⁴⁾.

Asentado lo anterior, debe dejarse en claro que el *principio pro personase* debe respetar tanto por las autoridades jurisdiccionales, en cuyo caso existe una mucho mayor elaboración al respecto, pero no de manera exclusiva, ya que al ser un principio derivado de la naturaleza misma de los derechos humanos debe ser respetado y cumplido por todas las autoridades, incluyendo las administrativas y las legislativas. No hay objeción para sostener que una autoridad administrativa o legislativa debe hacer una revisión de sus parámetros de actuación, para buscar siempre, en el desempeño de sus funciones, que sus actos se realicen de la forma que mayor protección logren para los derechos humanos de las personas. Cabe decir finalmente que, si bien el principio *pro persona*, tiene alcances que evolucionan otros principios constitucionales, como el de supremacía constitucional o inclusive el de legalidad, debe también reconocerse que su aplicación debe realizarse en el marco de las

(4) CABALLERO OCHOA, *Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona*, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, 2011, p. 131.

competencias de cada órgano de poder y, por lo tanto, en respeto al principio de división de órganos de poder.

Por último cabe subrayar que esta obligación no es de ninguna manera pasiva sino que implica obligaciones específicas de hacer para obtener dichos objetivos. Las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos obligan a los Estados a tomar las medidas para evitar las violaciones y lograr el mayor respeto de los derechos humanos, por ejemplo el art. 2 de la CADH y el contenido de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

Esto se puede pensar para todas las autoridades, incluyendo al poder legislativo, el cual tiene la obligación de generar una legislación que sea acorde con los estándares más altos en materia de derechos humanos.

De igual manera todas las autoridades, en las que hay que incluir también a las insti-

tuciones nacionales de derechos humanos y a los demás órganos autónomos de carácter ciudadano, deben revisar a su interior si cumplen con las obligaciones en materia de derechos humanos, por ejemplo respeto a los derechos laborales, a las normas de no discriminación, de equidad de género, de medio ambiente, etc.

La obligación de garantizar los derechos humanos amplía las obligaciones - y por tanto sus responsabilidades - para lograr indirectamente que las personas no tengan obstáculos para gozar de sus derechos. Aquí se inscriben las obligaciones que en materia de libertad de expresión tienen las autoridades de proteger a los comunicadores e informadores, o la de generar condiciones de igualdad para que las personas tengan acceso a los derechos de salud, educación, trabajo, etc.

Ricardo Jesús Sepúlveda Iguiniz

Privacidad

Bibliografía: BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012; CARTABIA (cur.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, 2007; COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Perugia-Roma, 2011; COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia-Roma, 2010; DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999; PALAZZO, SASSI (coord.), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, 2007.

Durante la primera fase de la civilización contemporánea el derecho de las personas a estar solas coincidía, por un lado, con la protección de la esfera privada contra la curiosidad de terceros y contra el interés de otros a conocer y, por otro lado, con el control del

flujo de información desde el individuo hacia afuera.

Tal noción de intimidad coincidía con la necesidad de proteger la intimidad doméstica, así como el decoro y la reputación. La misma inviolabilidad de la correspondencia, así como la protección de la imagen, en las disciplinas de los diferentes sistemas, contribuían a desdibujar los contornos de este derecho estrechamente relacionado con la protección de las vicisitudes privadas de cada uno, exentas, excepto en los casos de violaciones, de cualquier impacto social.

Sin embargo, la originaria acepción con la que se identificaba al derecho a la privacidad con el paso del tiempo resultó ser incapaz de proteger de una forma eficaz al bien jurídico de la vida privada, expuesto, sobre todo

con la evolución de la tecnología, a nuevas formas de agresión. La forma de entender la privacidad tuvo que lidiar con la creciente informatización de la sociedad. La recopilación organizada de datos en unos soportes que pueden circular fácil y rápidamente alrededor del mundo, su almacenamiento, procesamiento y agregación, que facilita a todo individuo la formación de un perfil de preferencias, opiniones políticas, preferencias de tipo diferente. Han cambiado, sin remedio, las características del tradicional derecho a la intimidad.

La protección del domicilio, de la imagen, así como de la correspondencia o de los medios de comunicación del pensamiento en las formas tradicionales, han resultado ser inadecuados para proteger la esfera privada.

Es precisamente por eso que se ha ido desarrollando una nueva sensibilidad hacia el problema de cómo proteger la propia individualidad, algo de que tenemos evidencia, en el umbral del nuevo milenio, incluso mediante la consolidación de un derecho específico a la protección de los datos de carácter personal dentro del ordenamiento jurídico de la UE, a través de las disposiciones contempladas en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por otra parte, incluso algunas cartas constitucionales europeas reconocen expresamente el derecho a la protección de los datos personales. Sólo hace falta pensar en el art. 10 de la Constitución irlandesa, a la portuguesa (Ley constitucional n.º 1, 20 de diciembre de 1997) o la española, que hace referencia a la ley común para limitar «*el uso informático para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Otros Estados miembros no tienen en sus Constituciones una referencia expresa a la protección de la privacidad, pero, en cambio, no es difícil identificar la base jurídica para la protección de la privacidad en el conjunto de leyes de las diversas Constituciones europeas. Recuérdese a este respecto el art. 2 de la Constitución italiana.

Las normativas domésticas y constitucionales van acompañadas de fuentes supra-

nacionales igual de importantes. Debido a que el aumento de la informatización post-industrial hace que, sin que sus titulares lo sepan, sean cada vez más usuales tanto el tratamiento como en la transferencia de datos personales de una base de datos a otra situada en un país diferente, para cualquier actividad comercial, administrativa, religiosa, etc., el mismo *Consejo de Europa* promovió un texto convencional, adoptado el 28 de enero de 1981 en Estrasburgo y enmendado posteriormente con modificaciones en vigor desde julio de 2004, sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a cualquier persona física identificada o identificable [art. 2, letra a), Conv.].

El Convenio de Estrasburgo exige el cumplimiento de unas normas mínimas por parte de los Estados adherentes, dejándoles a estos últimos la facultad de adoptar normas de aplicación más detalladas. Los países, por esta razón, tienen que facilitar medidas de seguridad que impidan formas de destrucción y pérdida accidental de los datos registrados, y que, en todo caso, impidan su acceso y difusión sin autorizar.

Si la información es almacenada en bases de datos, el Convenio reconoce a los titulares el derecho a estar informados sobre su existencia, acerca de los objetivos de la recopilación electrónica, así como sobre la identidad, la ubicación o la residencia de la persona responsable de la misma. Los interesados también tienen derecho a obtener la revisión, así como la eliminación de los datos, mientras se les trate de manera ilícita o ilegal (art. 8). El reconocimiento de sus dichos derechos supone la facultad de interponer recurso a la autoridad competente en caso de violación. Sin embargo, la ley doméstica del país adherente, por razones relacionadas con la seguridad pública y con la seguridad del Estado, por intereses monetarios, para hacer frente a la represión de los delitos y para la protección de los derechos y de las libertades de los individuos podrá contemplar excepciones a las disposiciones contenidas en el Convenio (art. 9).

El mismo *Tribunal Europeo de Derechos*

Humanos, incluyendo el derecho a la protección de los datos personales, de acuerdo con el Convenio de 1981, dentro de aquella evolución interpretativa que ha caracterizado el art. 8 del CEDH en relación con la protección de la vida privada, admite que puede haber limitaciones a este derecho, pero sólo para propósitos específicos y proporcionados según lo dispuesto en párrafo 2 de la norma en cuestión.

Del mismo modo, el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ahora tiene el valor jurídico del Tratado, establece que los datos personales «se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

Los cambios en la legislación y en la jurisprudencia de alguna manera reflejan las necesidades individuales. Antes de la llegada de las tecnologías, de hecho, a los individuos les interesaba impedir la divulgación pública de sus vicisitudes personales. Hoy en día, en cambio, esta cuestión es mucho más compleja: incluye una dimensión encaminada tanto a evitar la recopilación y difusión de información sin el consentimiento del sujeto titular, como a evitar la conexión no autorizada de informaciones diferentes, incluso si son proporcionadas por la persona afectada. Esto representa la transición del derecho a la «confidencialidad» al «derecho a la protección de datos personales», es decir, el derecho a controlar los propios datos para bien de todas las personas que viven en la actual sociedad del conocimiento y de la información.

El riesgo propio del tratamiento y de la difusión de datos personales, debido a que se trata de dos actividades que están estrictamente relacionadas con el ejercicio de muchas libertades fundamentales de los titulares de datos, parece hacer converger las disciplinas tanto supranacionales como

mésticas hacia una necesidad de estricta igualdad de la disciplina. Por otro lado, no se puede ocultar que una adecuada protección de la privacidad, incluso a nivel jurisdiccional, es una de las piedras angulares de la vida en la sociedad y de la relación entre gobernantes y gobernados, el último bastión para la intimidad que está cada vez más amenazada por las nuevas tecnologías.

Mediante la interpretación del art. 8 del CEDH y del Convenio de 28 de enero de 1981, los jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* se han convertido en sujetos portadores de la necesidad de realizar un «control posterior» y «de última instancia» del flujo de las informaciones fuera de la esfera privada del individuo. Así se han sentado las bases de una positivización del derecho al control consciente de cualquier forma de circulación de las informaciones personales.

Al principio, el trabajo del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* básicamente estaba encaminado a evaluar las medidas adoptadas por los Estados adherentes, a los que se les exigía que equilibraran con sus acciones el interés por la protección de la privacidad con la circulación de la información dentro de las estructuras públicas. El Tribunal aplicó a este hecho jurídico la disposición invocada. Es así que su actividad interpretativa acabó por ampliar la noción tradicional de privacidad, extendiéndola a la de protección de datos personales.

Por otra parte, el mismo Tribunal reconoció que las actuales disposiciones del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y sobre todo el art. 8 del CEDH, tienen una eficacia horizontal: los Estados, por lo tanto, son los destinatarios no sólo de las obligaciones derivadas de dicho Convenio, sino también del deber específico de vigilar que no se produzcan violaciones interindividuales de los derechos allí reconocidos⁽¹⁾.

En un caso bastante reciente⁽²⁾, el Tribunal tuvo que juzgar la legitimidad de unas escu-

⁽¹⁾ Cfr. TEDH, *Marcks v. Bélgica*, 1979.

⁽²⁾ Cfr. TEDH, *Amann v. Suiza*, 2000.

chas telefónicas por parte de las autoridades gubernamentales suizas de las conversaciones telefónicas desde la Embajada Soviética en situ, entre un empleado y el demandante, un mercader.

Según el Tribunal, una injerencia de este tipo en la esfera privada está permitida sólo si está prescrita por la ley y si persigue unos objetivos legítimos (art. 8, párrafo 2), y además es «necesaria en una sociedad democrática» para asegurar sus finalidades.

Allí el *Tribunal Europeo de los Derechos Humanos* alegó que según su reiterada jurisprudencia la expresión «prescrita por la ley» exige no sólo que la medida controvertida tenga una base legal en la legislación nacional - es decir que se base en el principio de legalidad - sino también que sea accesible y previsible para los destinatarios.

Sin embargo, en el caso de autos, el Tribunal no consideró necesario evaluar si la escucha telefónica tenía o no una base legal. De hecho, incluso de querer suponer su existencia, la previsibilidad de los hechos que pudieran justificar la intervención aún no resultaba satisfiecha.

De hecho, las escuchas telefónicas constituyen una violación grave del respeto de la vida privada y de la correspondencia, que por lo tanto deben basarse en una «ley» de una precisión determinada. Según reiterada jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* se puede decir que una norma es «previsible» cuando ha sido redactada con precisión suficiente como para permitir a cada persona - haciendo un uso adecuado de los dictámenes de los consultores externos - ajustar su conducta⁽³⁾.

Los jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* concluyeron, por lo tanto, afirmando que la injerencia no se puede considerar «prescrita por la ley», porque la ley suiza no indica con suficiente claridad el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad de apreciación por parte de las Autoridades en el ámbito en cuestión. Hace incluso referencia a determinadas disposiciones de la

Ley Federal sobre Procedimiento Penal que, si bien regulan la vigilancia de las personas presuntamente responsables de un delito y de los terceros que se presume que reciban o transmitan información, no especifican las precauciones que deben tomarse contra los escuchados, en su calidad de participantes necesarios en una conversación telefónica grabada por las Autoridades de conformidad con dichas disposiciones.

Por otra parte, no tanto la ejecución de la escucha de por sí, sino más bien su fichaje y almacenamiento en el archivo de las Autoridades constituyen una infracción grave del art. 8 del CEDH.

En efecto, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ya había observado que el almacenamiento de datos relacionados con la «vida privada» de un individuo entra en el ámbito de aplicación del art. 8, párrafo 1, y se considera justificable en virtud del art. 8, párrafo 2, sólo si es legal, y encaminado a la consecución de un objetivo legítimo, necesario y proporcionado⁽⁴⁾.

Entre otras cosas, no hay razón de principio que permita excluir las actividades profesionales o comerciales de la noción de «vida privada». Esta interpretación tan amplia coincide con el citado Convenio de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos personales.

En esencia, los jueces de la *Corte Europea de Derechos Humanos* consideran poco clara y detallada la reglamentación suiza que regula la adopción de medidas de vigilancia en el marco de investigaciones llevadas a cabo para la seguridad interna y externa de la Confederación, con respecto a sus requisitos, finalidades, o incluso con respecto a las modalidades de almacenamiento de los datos recopilados.

Las regulaciones internacionales, comunitarias y nacionales en los últimos años han intentado satisfacer, por un lado, la necesidad de proteger el derecho de los individuos a no asistir a la propagación de sus informaciones personales, y, por el otro, y como corolario, a

⁽³⁾ Cfr. TEDH, *Malone c. Reino Unido*, 1984, párrafo 66.

⁽⁴⁾ Cfr. TEDH, *Leander v. Suecia*, 1987, párrafo 48.

la necesidad de lograra través del tratamiento de sus datos unos objetivos de utilidad social, o incluso de establecer condiciones de salvaguarda para un mercado de datos personales.

Es precisamente a raíz de estas necesidades que se habla hoy de privacidad haciendo referencia precisamente a un tipo de situación subjetiva que incluye también la necesidad de proteger al individuo de los intentos por parte de terceros de establecer un contacto según unas modalidades específicas (relacionadas con el uso de nuevas tecnologías) y, básicamente, con propósitos comerciales.

La Comunidad de aquel entonces, a través de la labor del *Tribunal de Justicia* antes y de las disposiciones del art. 6 de T.U.E. después, recorrió el camino del reconocimiento gradual del derecho a la confidencialidad formulado por el *Consejo de Europa* y la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y que se cristalizará de una forma aún más sutil con la próxima adhesión de la UE al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. En particular, halló en los antiguos arts. 14, 95, y 286 del T.C.E. y en el art. 6 del T.U.E. la base jurídica de sus competencias en el ámbito de la protección de la privacidad y de los datos personales.

El antiguo art. 286 del T.C.E., actualmente el art. 16 del T.F.U.E., exigía expresamente que las instituciones comunitarias cumplieran la legislación sobre protección de datos. Las finalidades de la acción comunitaria en materia de privacidad, además, eran asegurar que los Estados miembros adoptaran una protección uniforme de los derechos y de las libertades de las personas físicas respecto al tratamiento de datos para permitir la realización del mercado interior.

Los datos personales, de hecho, son «bienes» que se pueden intercambiar en el mercado, y, con el propósito de lograr un mercado interior, a las instituciones europeas siempre les han exigido que garantizaran una protección adecuada, incluso a todas aquellas interrelaciones que se han ido desarrollando con los derechos fundamentales de la persona, incluido el derecho al respeto de la vida privada.

Entonces la acción comunitaria se ha llevado a cabo a partir de diferentes fuentes.

El Parlamento Europeo y el Consejo de 24 de octubre de 1995 adoptaron la Directiva n. 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de las informaciones personales y su libertad de movimiento. El 15 de diciembre de 1997 fue promulgada la Directiva n. 97/66/CE relativa al tratamiento de datos personales ya la protección de la vida privada en el sector de las telecomunicaciones, actualmente abrogada por la n. 2002/58/CE de 12 de julio de 2002 relativa al ámbito de las comunicaciones electrónicas. El problema del tratamiento de los datos personales por parte de las instituciones y de los organismos comunitarios, en cambio, es una cuestión abordada por el Reglamento n. 45/2001 de 18 de diciembre de 2000. La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada en Niza en diciembre de 2000, reconoce explícitamente la protección de los datos personales como un derecho humano fundamental de toda persona. Hoy en día ha adquirido el valor jurídico del Tratado.

La Directiva 95/46 se aplica al tratamiento de datos personales, total o parcialmente automatizados, así como al tratamiento no automatizado de la información contenida en o destinada a los archivos. El Convenio de Estrasburgo de 1981 se aplica, en cambio, sólo a la información automatizada.

Se califican como datos personales las informaciones de cualquier tipo procedentes de una persona identificada o identificable, directa o indirectamente, por referencia a un número (...) o a uno o más factores específicos propios de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica y cultura. Sin embargo, los países de la UE están facultados para extender esta protección a las personas jurídicas.

La introducción del consentimiento informado del titular de los datos tendrá el carácter de novedad absoluta en relación con el contenido del Convenio de Estrasburgo, así que la privacidad de hecho es un derecho disponible por parte de su titular, en función de la circulación de datos.

Las informaciones deberán siempre tratarse de acuerdo con los propósitos para los que fueron recopiladas. Es compatible con los objetivos iniciales su tratamiento posterior para fines históricos, estadísticos o científicos, siempre que los Estados se hagan garantes de ellas. Por lo que atañe a los datos, se debe garantizar su exactitud y actualización, mientras que el almacenamiento de las informaciones nunca debe superar el tiempo necesario para conseguir el objetivo previsto. En todo caso, puede que el tratamiento de los datos personales sea legítimo incluso sin el consentimiento del interesado, mediante unas excepciones expresamente previstas. Las categorías de información especial, relativas a los derechos fundamentales de las personas, establecidas en el art. 8 de la Directiva n. 95/46/CE, son definidas datos confidenciales; estos se inspiran en unas disposiciones similares contenidas en el Convenio de Estrasburgo. Básicamente, está prohibido, por lo tanto, el tratamiento de las informaciones sobre el origen racial o étnico de las personas, sus opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, su afiliación a sindicatos, así como aquellas relacionadas con su salud y vida sexual. Sin embargo, dicha prohibición viene abajo ante el consentimiento expreso por parte de la persona interesada, a no ser que la legislación de aplicación del Estado miembro, en concepto de una mayor protección, establezca que esto no es suficiente para levantar la prohibición. Puede haber otras y más excepciones al impedimento: el tratamiento podría, de hecho, ser necesario para cumplir con las obligaciones o derechos del responsable del tratamiento en materia de trabajo; o el tratamiento se refiere a datos hechos públicos de una forma clara por el propio interesado; o esto se ha convertido en algo imprescindible para salvaguardar el interés vital del interesado o de una tercera parte, cuando el titular de los datos esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

El artículo en cuestión deja a cada Estado miembro cierto margen de maniobra para establecer otras excepciones al principio que prohíbe el uso de susodichas categorías de

datos. Estas excepciones adicionales, de ser adoptadas, siempre deben ser notificadas por el Estado miembro a la Comisión.

Por supuesto, el documento regula las actividades propias de la Comunidad en virtud de las competencias que les confieren los Tratados comunitarios. Por esta razón, la Directiva n. 95/46/CE excluye expresamente de su aplicación todo tratamiento de datos personales en el ejercicio de actividades que no forman parte del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, así como todo tratamiento que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado, incluso el bienestar del mismo cuando esté relacionado con cuestiones de seguridad y actividades en materia de derecho penal llevadas a cabo por el mismo país.

El *Tribunal Europeo de Justicia* ha contribuido a definir y determinar el ámbito de aplicación de la legislación en materia de privacidad. En el fallo *Lindqvist*⁽⁵⁾ se sometieron al Tribunal muchas cuestiones prejudiciales.

La señora que había creado los perfiles en la web no había pedido ninguna autorización o consentimiento a los titulares de los datos introducidos en su página, y no había notificado a las autoridades suecas encargadas de la protección de los datos transmitidos por computadora.

Después de confirmar que el hecho de publicar en una página web nombres, números de teléfono y otros intereses personales constituye de por sí un tratamiento de datos personales con arreglo a dicha Directiva, en relación con la difusión telemática de los mismos, el *Tribunal de Justicia de la UE* excluyó que, en concreto, el tratamiento se llevó a cabo en el curso de unas actividades exclusivamente personales o domésticas, y, por lo tanto, no concedió ninguna exención de las normas con fines de protección.

En el caso sometido al Tribunal se exigía, entre otras cosas, la compatibilidad del comportamiento de la Sra. *Lindqvist* con la norma europea sobre la transferencia de datos a terceros países fuera de la UE, con los relativos problemas con respecto a los

⁽⁵⁾ TEDH, fallo 6 der noviembre 2003, C-101/01.

estándares de protección asegurados por los mismos. Sin embargo, la Sra. transmitió sólo los datos al *web hosting* (alojamiento web), que materialmente los difunde a través de la red. Por lo tanto, según el *Tribunal de Justicia Europeo* este caso no constituye una transferencia hacia un tercer país, ya que los datos son cargados por una persona física o jurídica que tiene domicilio en un Estado miembro y que, como titular del sitio, hace que estos datos sean accesibles a todo el mundo.

Pero la alegación más interesante para nosotros era el posible conflicto entre una normativa europea restrictiva por lo que se refiere a la divulgación de datos personales de otras personas y el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial la libertad de expresión protegida por el art. 10 del CEDH. El *Tribunal Europeo de Justicia* considera que las disposiciones de la Directiva 95/46 no constituyen de por sí una restricción incompatible con el principio general de la libertad de expresión u otros derechos o libertades. Sin embargo, teniendo en cuenta el necesario carácter genérico de la normativa, garantizar un justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, incumbe a los jueces nacionales encargados de aplicar la legislación nacional que transpone la Directiva.

Como confirmado por la jurisprudencia, ahora es Internet la frontera más caliente de la protección de la privacidad, sobre todo por lo que atañe a la posible interferencia con los aspectos fundamentales de la vida social e individual, como la protección de la esfera privada y familiar de los titulares de datos y la libertad de expresión de terceros.

En relación con el primer aspecto, por ejemplo, el sistema de *cookies* - pequeños ficheros informáticos que identifican al usuario que accede a un *sitio web* - preservando la continuidad entre las visitas, permiten reconocer al usuario y, por lo tanto, permiten monitorear su navegación. Se reconocen como formas de ataque a la privacidad individual junto con el llamado perfil individual (*profiling*). Esta es una técnica que permite la recopilación de datos dentro de unas bases de

datos de información sobre las preferencias y los intereses de los usuarios, monitoreando el tiempo y la duración de la visita, el almacenamiento de las palabras clave introducidas en los buscadores, los clics en los anuncios en forma de *banners*, así como las compras en línea con tarjetas de crédito.

Por lo tanto, con el propósito de adaptar las herramientas de protección, bajo el prisma de un «mercado digital único y dinámico», la Unión Europea, a través de las medidas más recientes, ha puesto en marcha una actividad de revisión general del marco normativo en materia de protección de datos, haciéndolo más compatible con las nuevas necesidades del desarrollo social y tecnológico.

En Europa, por lo tanto, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* alegó que las disposiciones del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y en especial el art. 8 del CEDH, tienen una eficaz horizontal: los Estados, como ya se ha mencionado, no sólo son los destinatarios de las obligaciones que se derivan del Convenio, sino también tienen el deber específico de vigilar que no se produzcan violaciones de los derechos inter-individuales allí reconocidos.

Al mismo tiempo, entonces, las primeras decisiones judiciales dictadas por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, obligaron al *Consejo de Europa* a encarar el problema de la protección de la privacidad de la persona. Algunos Países europeos, casi inmediatamente después, estimaron las recomendaciones del *Consejo de Europa* de 26 de septiembre de 1973, sobre la protección de la privacidad de las personas físicas con respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado, y la resolución de 29 de septiembre 1974 relativa a las bases de datos del sector público (Suecia promulgó una ley sobre la protección de la privacidad y protección de datos en 1973, Alemania en 1977, Francia, Dinamarca y Noruega en 1978, y Luxemburgo en 1979). Los Estados adherentes carecían de una legislación uniforme: la presencia de unas disposiciones heterogéneas terminó por representar un obstáculo a la libre circulación transfronteriza de la información.

La antigua Comunidad Europea, como se mencionó anteriormente, a través de la labor del *Tribunal de Justicia* primero y lo dispuesto en el art. 6 del TUE después, recorrió el camino del reconocimiento gradual del derecho a la privacidad que el *Consejo de Europa* y la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* habían recorrido.

La protección de la privacidad y del tratamiento de los datos personales se consideran una expresión del derecho humano fundamental a la protección de la propia vida privada, la manifestación de la herencia genética de la construcción europea como una «comunidad de derecho». A raíz del proceso reglamentario que ha afectado tanto a la Unión Europea como a la comunidad internacional, el *nuevo derecho* a la privacidad surge como un hecho jurídico complejo, incluso dentro del ordenamiento jurídico de muchos Estados miembros de la UE. El derecho a la intimidad, a la identidad personal, así como el derecho a la protección de los datos personales, son elementos individuales que están constitucionalmente garantizados. Y es una situación subjetiva de un gran interés, ya que refleja plenamente el fenómeno de la influencia mutua entre los distintos modelos jurídicos europeos, que se produjo independientemente de la vinculación entre las fuentes que los contemplan, en particular gracias a la influencia que el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ha ejercido a través de su jurisprudencia.

Los derechos individuales, como es sabido, de hecho son impactados incluso por las muchas normas internacionales de naturaleza convencional que vinculan a los Estados a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en ellas. Entre ellas se encuentra

también el catálogo de normas que constituyen el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. A los efectos de las consideraciones que se están haciendo, no es necesario interrogarse sobre si el Convenio reconoce los derechos internacionales directamente a las personas, o bien considera que sus destinatarios son precisamente los Estados. Es cierto que tal reflexión es importante, pero es igual de evidente que - independientemente de la indicación recibida - la posibilidad que el individuo tiene de acudir a organismos internacionales responsables de resolver los conflictos - como el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* - implica el intercambio y la circulación de modelos jurídicos entre los diferentes sistemas de los Estados adherentes.

Recuérdese a este respecto al camino para el reconocimiento del derecho a la privacidad. Esto, de hecho, nació en la tradición del ordenamiento anglosajón, entró en el CEDH a través de la actividad interpretativa del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y desde allí penetró en las tradiciones jurídicas de los Estados - como Italia - de las que no necesariamente formaba parte al principio, y terminó por recorrer este camino para sentar aquella base jurídica común sobre la que se basa, por su propia estructura, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Entre otras cosas, se ha introducido en el ordenamiento anglosajón mediante la interpretación, por parte del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, del art. 8 del CEDH y del *Human Act 1998*.

Michelangelo De Donno

Procedimiento administrativo

Bibliografía: ACOSTA ROMERO, HERRÁN SALVATI, VENEGAS HUERTA, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal*, 6ª ed. actualizada, 2001, México, p. 503; DROMI, *El procedimiento administrativo, s/e*, publicado por Ciudad Argentina, impreso en España, 1999; GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo federal*, 3ª ed., México, 2000; NAVA NEGRETE, *Derecho Administrativo Mexicano*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

1. Concepto. El procedimiento administrativo es definido por Nava Negrete como: «el camino o la vía legal que debe seguir la autoridad administrativa para la creación del acto administrativo. Pero la creación del acto no se limita a su sola emisión en sí, sino a su total producción en la esfera o ámbito de la administración. En otras palabras, el procedimiento administrativo no concluye su tarea propia en la sola elaboración del acto; éste necesita ser ejecutado y superar toda objeción o impugnación administrativa para alcanzar su vida definitiva dentro de la misma administración»⁽¹⁾.

Para Dromi, en el tema del procedimiento administrativo, se ha expresado de la siguiente manera: «El procedimiento administrativo traduce en la práctica una relación jurídica sustantiva entre Administración y administrado. Desempeña un papel formal para el cumplimiento de un objeto esencial. Es el cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado, que por su significación jurídica afecta derechos subjetivos públicos. El principio de legalidad rige toda la actuación administrativa, cualquiera sea la manera como ella se manifiesta mediante hechos, actos, simples actos, contratos, reglamentos. La voluntad administrativa resulta de un conjunto de trámites

y formalidades. Vale decir, de una serie de operaciones legalmente establecidas, que aseguran las situaciones subjetivas públicas de la Administración y los administrados en la relación jurídica que los une. La tutela debe alcanzar al individuo contra el Estado y al Estado contra el individuo»⁽²⁾ y «El vínculo entre 'Administración-administrado' (Estado-individuo, comunidad-ciudadano, fisco-contribuyente, municipio-vecino, etc.) genera una relación jurídica bilateral en la que ambos concurren en calidad de 'partes' intervinientes como sujetos titulares de derechos y deberes recíprocos. La relación traduce en la realidad la facultad de exigir una prestación, o la obligación de cumplirla, ya sea de dar, hacer o no hacer, en la forma que el ordenamiento jurídico lo determina. En la relación aparecen los dos sujetos ocupando una determinada situación o posición jurídica de deber o de exigir, con arreglo a la cual realizan actualmente o pueden realizar en cualquier momento las variadas formas que constituyen el activo (derechos) y el pasivo (deberes) de su haber jurídico. La articulación de los sujetos de la relación jurídico-pública requiere de una instrumentación procesal adecuada por la que los 'derechos se ejercen y los deberes se cumplen'. El vínculo relacional entre Administración-administrado, que traduce en el nivel operativo y práctico la relación social Estado e individuo, genera de suyo propio una serie de regulaciones normativas, en forma de 'permisiones' unas y de 'prohibiciones' otras, que se conocen con el nombre de 'legalidad administrativa'»⁽³⁾. Por otra parte, Acosta, Herrán y Venegas consideran que: «procedimiento administrativo es todo el conjunto de actos señalados en la ley, para la producción del acto administrativo

⁽¹⁾ NAVA NEGRETE, *Derecho administrativo mexicano*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 297.

⁽²⁾ DROMI, *El procedimiento administrativo, s/e*, publicado por Ciudad Argentina, impreso en España, 1999, p. 33.

⁽³⁾ DROMI, *El procedimiento administrativo*, cit., p. 28.

(procedimiento previo), así como la ejecución voluntaria y la ejecución forzosa, ya sean internas o externas»⁽⁴⁾.

En la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su Título Tercero, arts. 12 a 69, se regula básicamente lo relativo al ejercicio del Procedimiento Administrativo, con las siguientes características: a) desarrollo de conformidad a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe, b) inicio de oficio o a instancia de parte interesada y, c) por escrito y sin exigir la autoridad administrativa federal más formalidades que las expresamente previstas en la ley. Mención especial merece el art. 16 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que establece obligaciones para la autoridad administrativa en relación a los administrados y por ende derechos de los mismos, numeral cuyo texto es el siguiente: «Artículo 16.- La Administración Pública Federal, en sus relaciones con los particulares, tendrá las siguientes obligaciones: I. Solicitar la comparecencia de éstos, sólo cuando así esté previsto en la ley, previa citación en la que se hará constar expresamente el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla; II. Requerir informes, documentos y otros datos durante la realización de visitas de verificación, sólo en aquellos casos previstos en ésta u otras leyes; III. Hacer del conocimiento de éstos, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés jurídico, y a proporcionar copia de los documentos contenidos en ellos; IV. Hacer constar en las copias de los documentos que se presenten junto con los originales, la presentación de los mismos; V. Admitir las pruebas permitidas por la ley y recibir alegatos, los que deberán ser tomados en cuenta por el órgano competente al dictar resolución; VI. Abstenerse de requerir documentos o solicitar información que no sean exigidos por las normas aplicables al procedimiento,

o que ya se encuentren en el expediente que se está tramitando; VII. Proporcionar información y orientar acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones legales vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; VIII. Permitir el acceso a sus registros y archivos en los términos previstos en ésta u otras leyes; IX. Tratar con respeto a los particulares y a facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; y X. Dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a terceros, debiendo dictarla dentro del plazo fijado por la ley.».

2. Inicio del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo puede comenzar de dos maneras, de oficio o a instancia del interesado, reflejándose esto en el art. 14 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; su inicio de oficio implica que es un acto de trámite de la autoridad. El procedimiento que se origina a instancia del interesado, es cuando éste promueva ante la autoridad para resolver alguna pretensión y conviene recordar que para González Pérez: «la instancia es, pues, el acto del interesado que promueve un procedimiento, el acto por el que se deduce ante la administración una petición, que pueda consistir en la solicitud de la adopción de un acto o la ejecución de uno ya existente»⁽⁵⁾.

Para el supuesto de la generación del acto administrativo de oficio, se requiere que se encuentre debidamente fundado y motivado, que precise a quien se dirige y en su caso el lugar en donde se llevará a cabo la actividad de la autoridad administrativa. Por lo que toca a los actos generados a instancia del interesado, deben cubrir también ciertos requisitos, como lo es uno subjetivo, de que se dirija al órgano competente, no siendo tan estricto este requisito, pues en el art. 42 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se contempla que en el supuesto de que el es-

⁽⁴⁾ ACOSTA ROMERO, HERRÁN SALVATTI, VENEGAS HUERTA, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal*, 6ª ed. actualizada, Edit. Porrúa, S. A. de C.V., 2001, México, p. 76.

⁽⁵⁾ GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo federal*, 3ª ed., México, 2000, p. 133.

crito sea presentado ante un órgano incompetente, el órgano lo remitirá al que si lo sea en un plazo de 5 días, con la salvedad que ahí mismo se indica de que si la autoridad incompetente manifiesta de que recibe el escrito únicamente para el efecto de ser turnado a la autoridad competente, se tendrá como fecha de presentación no en la que la recibió la incompetente, sino la fecha en que es recibida por la diversa autoridad competente. La instancia deberá solicitar cuestiones posibles y lícitas, estas promociones deben presentarse directamente en las oficinas autorizadas, en las oficinas de correos, mensajería o telefax excepto cuando se trate de un escrito inicial de impugnación que deberá ser presentado directa y precisamente en la oficina correspondiente. La presentación en su caso deberá ser oportuna, cuando se encuentre previsto plazo alguno en la norma administrativa de que se trate, pues de no ser así no se podrá admitir. En lo que se refiere a formas o formalidades, el art. 15 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo menciona que deberá ser: por escrito, indicar el nombre, denominación o razón social del promovente o de sus representante legal; señalar domicilio convencional y autorizados para recibir notificaciones; petición que se plantea; hechos que originan la petición; el órgano administrativo al que se dirigen, lugar y fecha de la emisión o instancia; que se encuentre firmado o con huella digital impresa o incluso por medios de comunicación electrónica según lo señalan los arts. 15 y 69-C de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; exhibir los documentos que acrediten la personalidad del promovente.

3. Desarrollo del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se desarrollará a través de distintos actos, como lo son los actos de impulso y que en este caso tendría un principio inquisitivo, es decir una vez iniciado no es necesario el impulso del particular, ya que el art. 18 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, indica que el procedimiento continuará de oficio, sin perjuicio del impulso que puedan darle los interesados y, en el caso de que a

éstos les corresponda por disposición expresa de la Ley y no lo hicieren; operará la caducidad en el plazo previsto en la propia Ley. Los actos de dirección del procedimiento que se llevan a cabo dentro de este, pretenden regir la serie de actos que se efectúan dentro del procedimiento, siendo los más destacados los de comunicación, es decir las notificaciones; que se encuentran reguladas en los arts. 35 a 39 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y no únicamente incluye a la tradicional notificación personal, por correo o por edictos, sino que incluso prevé la notificación por telefax o por medios de comunicación electrónica. En lo concerniente a la instrucción del procedimiento, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su art. 49 recoge la noción doctrinal de que son los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución; actos que pueden consistir en la aportación de datos lo que trae como consecuencia situaciones de prueba, es decir, con los documentos y datos aportados se probará su veracidad o la de los hechos que motivan al procedimiento, en esta situación la autoridad se encuentra facultada para solicitar los informes u opiniones necesarias con el propósito de mejor resolver. Una vez superada una fase probatoria en donde se hubiesen desahogado las pruebas admitidas y desahogadas se pondrá a disposición de los interesados para que en su caso formulen observaciones o alegatos en un plazo no inferior a cinco días ni superior a los diez, con lo cual se pretende cubrir la garantía de audiencia.

4. Algunas Leyes aplicables. En lo concerniente al procedimiento contemplado en el código fiscal de la Federación, básicamente contiene las mismas características mencionadas en los párrafos anteriores, toda vez que la potestad tributaria tiene en uno de sus aspectos administrar la contribución, en el sentido de llevar un registro de los obligados tributariamente y por ende, cuenta con las facultades de fiscalización inherentes a comprobar el debido cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes. De tal

manera que los procedimientos vinculados a la administración de la contribución, que se realicen a petición de parte del contribuyente (por ejemplo una consulta o un aviso a la autoridad hacendaria), o de oficio (por ejemplo algún acto de fiscalización a que alude el art. 42 del código fiscal de la Federación), resultan procedimientos administrativos. Actualmente el código fiscal de la Federación contempla un Título II, *De los Derechos y Obligaciones de los Contribuyentes*, que considera como derechos de los contribuyentes los siguientes: A que se le prevenga para subsanar las omisiones de las promociones que se presentan ante la autoridad hacendaria (arts. 18 y 18-A del código fiscal de la Federación); A devolver las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales (art. 22 del código fiscal de la Federación); A compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros (art. 23 del código fiscal de la Federación); A acreditar el importe de los estímulos fiscales respectivos, contra las cantidades que estén obligados a pagar (art. 25 del código fiscal de la Federación); A presentar declaraciones complementarias hasta en tres ocasiones, para modificar la declaración normal (art. 32 del código fiscal de la Federación).

El acto de molestia consistente en la práctica de un acto de fiscalización en materia tributaria, se encuentra regulado por el art. 16 constitucional y, el código fiscal de la Federación en su Título III *De las facultades de las autoridades fiscales*, arts. 40 a 63; en donde modularmente se establece: que la autoridad administrativa tiene que ser competente, actuar con apoyo en un mandamiento escrito, que funde y motive la causa legal del procedimiento; el contribuyente tiene derecho a la protección de sus datos personales; que el objeto del acto de molestia sea la comprobación de que se han acatado las disposiciones fiscales; que en el supuesto de una visita domiciliaria, la autoridad debe contar con una orden de visita, que contenga el lugar a visitarse, el objeto que se busca (las obligaciones fiscales a comprobar), levantar un acta circunstanciada en presencia de dos testigos; que el visitado

cuenta con la oportunidad de presentar los documentos, libros o registros que desvirtúen los hechos u omisiones observados por la autoridad; que el visitado tenga la opción de corregir su situación fiscal; que el contribuyente tiene derecho a que la autoridad fiscal concluya la visita domiciliaria o la revisión de la contabilidad de los contribuyentes que se efectúe en las oficinas de las propias autoridades, en un plazo máximo de doce meses (con las excepciones que marca el art. 46-a del código fiscal de la Federación); que las autoridades fiscales concluyan anticipadamente las visitas en los domicilios fiscales, cuando el visitado se encuentre obligado a dictaminar sus estados financieros por contador público autorizado; que las autoridades fiscales una vez concluida la etapa de fiscalización, determine la situación fiscal del contribuyente en un plazo máximo de seis meses; que los terceros relacionados al contribuyente fiscalizado, tienen derecho a que la autoridad mantenga la confidencialidad de la información que le fue proporcionada a ésta.

Por lo que corresponde a un acto de privación y en el ámbito tributario, como lo es el procedimiento administrativo de ejecución, también conocido como el procedimiento económico coactivo; el art. 14 constitucional establece el derecho a ser escuchado en juicio previamente, así que una vez que el crédito fiscal resulta exigible en las condiciones mencionadas en los arts. 65 y 145 del código fiscal de la Federación, la autoridad se encuentra en posibilidad de instaurar el procedimiento administrativo de ejecución, contando el afectado con el derecho de interponer el recurso administrativo de revocación o el juicio contencioso administrativo, así como en su oportunidad el juicio de amparo. En diverso ordenamiento como lo es la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, se identifican los siguientes derechos de los contribuyentes: «Artículo 20. Son derechos generales de los contribuyentes los siguientes: I. Derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas. II. Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones

de impuestos que procedan en términos del código fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables. III. Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte. IV. Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en los que tengan condición de interesados. V. Derecho a obtener certificación y copia de las declaraciones presentadas por el contribuyente, previo el pago de los derechos que en su caso, establezca la Ley. VI. Derecho a no aportar los documentos que ya se encuentran en poder de la autoridad fiscal actuante. VII. Derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes que de los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria, los cuales sólo podrán ser utilizados de conformidad con lo dispuesto por el art. 69 del código fiscal de la Federación. VIII. Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria. IX. Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa. X. Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa. XI. Derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante del crédito fiscal, en los términos de las leyes respectivas. XII. Derecho a ser informado, al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los plazos previstos en las leyes fiscales. Se tendrá por informado al contribuyente sobre sus derechos, cuando se le entregue la carta de los derechos del contribuyente y así se asiente en la actuación que corresponda. La omisión de lo dispuesto en esta fracción no afectará la validez de las actuaciones que lle-

ve a cabo la autoridad fiscal, pero dará lugar a que se finque responsabilidad administrativa al servidor público que incurrió en la omisión. XIII. Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales. XIV. Derecho a señalar en el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como domicilio para recibir notificaciones, el ubicado en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la Sala competente de dicho Tribunal, en cuyo caso el señalado para recibir notificaciones deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la Sala. (...) «Artículo 21. En todo caso la actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe, correspondiendo a la autoridad fiscal acreditar que concurren las circunstancias agravantes que señala el código fiscal de la Federación en la comisión de infracciones tributarias (...)». «Artículo 23. Los contribuyentes tendrán a su alcance los recursos y medios de defensa que procedan, en los términos de las disposiciones legales respectivas, contra los actos dictados por las autoridades fiscales, así como a que en la notificación de dichos actos se indique el recurso o medio de defensa procedente, el plazo para su interposición y el órgano ante el que debe formularse. Cuando en la resolución administrativa se omita el señalamiento de referencia, los contribuyentes contarán con el doble del plazo que establecen las disposiciones legales para interponer el recurso administrativo o el juicio contencioso administrativo».

Cómo se puede advertir el ejercicio de la actividad administrativa a través de las facultades de fiscalización de la autoridad, según los ordenamientos en cita, tienen como limitación, para efectos de esta voz, a los distintos derechos humanos, que ya se han mencionado y que se encuentran contemplados en los diversos ordenamientos que la regulan; por lo tanto las normas que la rigen deben respetarlos y consecuentemente los actos que se sustenten en las mismas, también deberán de hacerlo.

Propiedad (en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos)

Bibliografía: BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012; BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, p. 833; BONELLI, *Accessione invertita e risarcimento: un'eterna spada di Damocle sulla finanza locale*, en *Riv. amm.*, 2000, p. 779; CACCIAVILLANI, *L'indennità di espropriazione nella giurisprudenza europea [La indemnización de la expropiación en la jurisprudencia europea]*, en *Riv. amm.*, 2002, fasc. 10-11, 153, p. 1091; CANDIAN, GAMBARO, POZZO, *Property - Propriété - Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992; COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia-Roma, 2010; COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Perugia-Roma, 2011; GAMBARO, *La proprietà - Beni, Proprietà, Comunione*, en *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1990; PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, en *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università di Perugia*, 2012, p. 217.

Una máxima recurrente en numerosas sentencias del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* establece que el art. 1 del Protocolo n. 1 al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* «Protección de la propiedad», de hecho incluiría tres normas distintas: la primera, de carácter general, define el principio del respeto de la propiedad; por su lado, la segunda se refiere a la facultad del Estado para privar de la propiedad sólo bajo ciertas condiciones; y la tercera, en cambio, reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, para reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general.

La doctrina destaca que en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* la primera regla, que reconoce el derecho al disfrute pacífico de los bienes, de hecho es la expresión de un principio más general y que,

en cierta medida, la misma incluye las otras dos reglas de carácter más específico. Por lo tanto, considerando el derecho al respeto de los bienes como una verdadera norma de principio y cierre, dicha norma puede constituir el parámetro de legitimidad, incluso en el caso de los hechos jurídicos más complejos, que no se pueden totalmente incluir en una de las tres reglas.

En particular, a ella se puede hacer referencia, sola o en combinación con una de las otras, en el caso de cualquier medida que tenga por efecto una disminución de la disponibilidad de los bienes, o que constituya un perjuicio de carácter patrimonial, y que, en sentido estricto, no pueda calificarse ni como una medida de privación de la propiedad, ni como una forma de regulación de la utilización de los bienes.

Precisamente estas consideraciones sugieren que, para nuestros propósitos, para intentar registrar la evolución de dicha norma, será suficiente analizar la extensión del art. 1, párrafo 1, parte 1, como sugiere el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, aplazando el análisis más profundizado del contenido adicional de la norma, que supone también problemas de carácter estrictamente técnico a los que aquí no será posible mencionar.

Un tema central en el examen de párrafo 1, parte 1, es el ámbito de aplicación de la norma en cuanto a la naturaleza y el tipo de bienes garantizados contra interferencias ilícitas a su disfrute pacífico.

Sobre la base de la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de hecho se puede decir que la interpretación del significado de «bien» es muy similar a aquella del *common law* en relación con la noción de la *law of property*, lejos del concepto clásico de *derecho de propiedad*. En este sentido, el concepto anglosajón se extiende más allá de las tradicionales referencias a la propiedad *continental* y al concepto de derecho real. No hay correspondencia entre el concepto

de propiedad de los sistemas de *civil law* y de *property*. Este último incluye, de hecho, las situaciones de ventaja a favor de los individuos que según la *civil law* se califican como obligaciones. El concepto de *property* incluye, por ejemplo, un crédito líquido y exigible, y estas características permiten una demanda por daños y perjuicios o recuperatoria. Sin embargo, la noción de *propiedad* incluye el *copyright*, la patente, así como las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja que tienen su origen en las relaciones contractuales como, como se ha mencionado antes, los créditos líquidos, el *goodwill*, el *know-how*, pero también los contratos que se puedan ceder, o las relaciones de carácter judicial y administrativo, tales como los créditos que derivan de las resoluciones judiciales, los derechos patrimoniales derivados de las concesiones administrativas, y también el derecho a recibir prestaciones sociales.

En este sentido, se puede apreciar la lectura evolutiva proporcionada por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, que no está representada sólo por un abanico más amplio de situaciones protegidas, sino que confiere un *superávit* cualitativo, considerando que todo bien jurídico reconocido por el ordenamiento, independientemente de si se trata o no de la propiedad de un bien material, constituye un recurso para el bienestar y la vida de la comunidad, y cuyos individuos no pueden ser privados de sus bienes, en sentido amplio, sin razón justificada.

Desde el punto de vista ideológico, la expansión de la esfera de los bienes protegidos puede considerarse la expresión de un intento de síntesis de una concepción liberal, más abierta a las instancias del propietario-titular y más individualista, así como una visión social de la propiedad, como se desprende, en el caso de este segundo aspecto, incluso de la referencia inmediata (en el párrafo 1, parte 2) a las garantías contra la privación de la propiedad. Como es sabido, en Europa, algunas recientes Cartas constitucionales, entre ellas la alemana y la española, se abstuvieron de incorporar, en contraste con la tradición liberal, el derecho de propiedad entre los principios fundamentales del ordenamiento, garanti-

zándolo sólo dentro de ciertos límites inherentes establecidos por el legislador para su disfrute pacífico. La Asamblea Constituyente italiana, en especial, con el art. 42 de la Constitución lo incluye entre los *Derechos y deberes de los ciudadanos* y, específicamente, en el Título III (*Relaciones económicas*) de la primera parte, finalizando y asimilando de una forma explícita la propiedad a una función social (art. 42, párrafo 2, Const. italiana). Por su parte, sorprende que la Carta de Niza (*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*), con una formulación similar en cuanto a contenido a la del art. 1, Prot. n.1 del CEDH, incluya el derecho a la propiedad en el art. 17, en el Capítulo II, entre los *Derechos a la libertad*, tal vez sobre la base de una idea fuerte del ordenamiento comunitario para la paz y la justicia social que se logra a través de las libertades individuales y una distribución racional de los recursos en el marco de los mecanismos de mercado. De una forma innovadora, pero coherente con las exigencias de protección por parte de la actual sociedad del conocimiento y de la información, se reconoce incluso explícitamente la protección de la propiedad intelectual. El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, por otra parte, en virtud de la posterior entrada en vigor del I Protocolo Adicional, firmado aproximadamente dos años más tarde en París, el 20 de marzo 1952, había excluido la protección de bienes y de la propiedad del catálogo original de los derechos de libertad.

Sin embargo, los jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, sin afirmarlo explícitamente, pero haciendo referencia a un razonable equilibrio, necesario para cada libertad reconocida por el Convenio, entre el interés general que legitima las interferencias sobre la propiedad y el derecho al respeto de los propios bienes, en algunas ocasiones parecen calificar el art. 1, Prot. n. 1 del CEDH como la expresión de un verdadero derecho fundamental en el escenario europeo⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. TEDH, 5 de noviembre de 2002, *Pincova et Pinc v. República Checa*, párrafo 52.

Sin embargo, al analizar la abundante jurisprudencia en esta materia desarrollada por el Tribunal, entre líneas se desprende que la tendencia actual es el pleno reconocimiento del derecho de propiedad, incluso en el sentido individual, como un derecho instrumental para la integración y el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, aunque siga más que viva su connotación social, debido a que está siempre sujeto a las limitaciones por causas legales de interés público.

Un índice de protección adecuada de los intereses públicos que no perjudique demasiado al propietario es también la evolución de la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* en materia de indemnización por expropiación. Aunque, como se dijo más arriba, no será posible ahondar en el tema, ahora se acepta el principio según el cual el titular, dependiendo de las circunstancias del caso, tiene derecho a una seria y razonable indemnización por el bien despojado.

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tal vez consciente de las diferencias entre los distintos sistemas constitucionales y de la progresiva desmaterialización de los mercados y de los bienes en el ámbito económico, parece no haberse comprometido nunca en desarrollar una noción general de propiedad que se base en la pertenencia. En cambio, los jueces se han centrado en el objeto de la relación de pertenencia, a saber el bien. En estos términos, no es difícil entender por qué en algunas sentencias del Tribunal relacionadas con el art. 1 cit. el concepto de bien desempeña una función equivalente a la de los derechos de propiedad. Es precisamente recorriendo este camino que, como corolario, fueron introducidas en este caso de autos unas situaciones jurídicas que se alejan de la noción de propiedad en el sentido estricto.

El Tribunal Europeo, a través del art. 1, párrafo 1, reconoció que incluso los clientes de un estudio profesional han de considerarse un bien⁽²⁾. El derecho al *goodwill*, por lo

tanto, se asemeja al derecho de propiedad ya que, gracias a su trabajo, los interesados han sido capaces de hacerse una clientela que de por sí tiene un valor patrimonial.

Para los Jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, las autoridades holandesas, con su decisión de no introducir los demandantes en la lista de expertos-contables, acometieron una grave injerencia en el derecho al respeto de los bienes de los demandantes. Sin embargo, de acuerdo con el método de decisión utilizado en varias ocasiones por el Tribunal, dicha injerencia podría estar justificada por algunos de los motivos establecidos en el art. 1, párrafo 2, como la pública utilidad de las medidas, un hecho que debe ser examinado adecuada y concretamente.

Ahora bien, en el afán por encontrar el adecuado equilibrio entre los medios empleados y los objetivos perseguidos, los Jueces señalaron que la Ley holandesa ha asegurado un sistema de normas transitorias que permite a los que ya antes de la entrada en vigor de la ley trabajaban como auditores acceder a la nueva profesión bajo ciertas condiciones. El objeto perseguido por la legislación nacional de reglamentar y definir la profesión de experto-contable tenía, por lo tanto, una razón con arreglo al párrafo 2 del art. 1 del Primer Protocolo Adicional y, por consiguiente, la norma convencional no puede considerarse violada.

Independientemente del resultado del recurso, lo que es cierto con respecto al enfoque y al recorrido interpretativo del Tribunal es la inclusión en el ámbito preceptivo del art.1, Prot. n. 1, también del llamado derecho al *goodwill*, asemejándolo al derecho a la propiedad. En el *goodwill* se ha detectado un bien patrimonial, es decir un «bien» garantizado en abstracto por el Convenio con respecto a la injerencia de las autoridades públicas en relación con el valor de la clientela que los demandantes fueron capaces de crear con el ejercicio de su profesión.

Por otra parte, el art. 1, Prot n. 1, en su lectura ampliada, no abarca sólo alas empresas y / o ingresos o rentas, sino también los derechos a servicios privados y / o públicos que

⁽²⁾ TEDH, 26 de junio de 1985, *Van Marle et al. v. Países Bajos*.

impactan directamente en el nivel de vida de la persona afectada. Y es sobre todo en estos casos que se puede apreciar la instrumentalización del art. 1, Prot. n. 1, en relación con la protección de la persona y de la comunidad.

En este caso⁽³⁾ los jueces del Tribunal calificaron también la expectativa de una renta futura (en el caso de autos, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social), un interés patrimonial garantizado por el art. 1, Prot. n. 1 del CEDH. Esto demuestra que la noción de bien incluye sin distinción alguna las posiciones subjetivas jurídicas, que a veces se pueden identificar con los derechos plenos, y a veces con sólo simples intereses, hacia una calificación de los casos de propiedad de una forma cada vez más acorde con concepto de *property*.

Entonces, los bienes protegidos incluyen tanto los bienes en sentido estricto, como los valores patrimoniales, hasta los créditos, por los que el demandante puede alegar que tiene al menos la expectativa, que se puede definir legítima, de poder gozar del derecho de propiedad.

En cambio, la esperanza de ver reconocido un derecho de propiedad - que, sin embargo, no es posible ejercer efectivamente - no es un «bien» de acuerdo con el art. 1 del Protocolo n. 1, como en el caso de un crédito condicionado, que se extingue a causa de la falta de cumplimiento de la condición⁽⁴⁾. Se puede suponer que el demandante tiene una expectativa legítima si su interés tiene una base suficiente en la legislación nacional, como en el supuesto de que sea confirmado por una consolidada jurisprudencia de los tribunales⁽⁵⁾. De hecho, el Tribunal puede recurrir a la ley nacional en vigor en el momento de la supuesta injerencia para comprobar la existencia de un bien.

⁽³⁾ TEDH, 19 de junio de 2008, *Ichtigiaroglou v. Grecia*.

⁽⁴⁾ TEDH, 10 de julio de 2002, GC, *Gratzinger y Gratzingerova v. República Checa*, párrafo 6919; Id., *Kopecky v. Eslovaquia*, en Rec. 1998, n. 44192.

⁽⁵⁾ TEDH, 11 de enero de 2007, GC, *Anheuser Busch Inc. v. Portugal*, párrafo 65.

Asimismo, el Tribunal considera que no está prohibido al Poder Legislativo reglamentar, por medio de nuevas disposiciones, los derechos derivados de la ley anterior⁽⁶⁾. En cualquier caso, este tipo de acciones legislativas deben estar justificadas por razones de interés público, en relación con el principio de la primacía de la ley.

Los jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en este caso, consideraron que la aprobación de la mencionada ley y su interpretación por parte de los Tribunales internos no privó a la parte demandante del «valor patrimonial» que existía con anterioridad a su entrada en vigor, y que forma parte de su «valor patrimonial». En cambio, es la aplicación retroactiva posterior de la mano de un órgano jurisdiccional que, a juicio del Tribunal, rompe el equilibrio necesario entre las exigencias del interés general de la comunidad y el respeto de los bienes de la Señora Ichtigiaroglou.

De hecho, el comportamiento de las autoridades públicas y del propio legislador, a pesar de la inercia, puede, al igual que la práctica interpretativa, contribuir a establecer un otorgamiento y por tanto una expectativa legítima hacia los individuos.

En el famoso caso *Beyeler v. Italia*, sobre la nulidad de una acta de compra de un cuadro de acuerdo con la ley italiana en materia de patrimonio artístico, el Tribunal dio importancia a la tolerancia mostrada por las autoridades estatales hacia el señor *Beyeler*, respecto del que llevaban mucho tiempo siendo conscientes de las irregularidades de su compra y de la posesión del bien.

Es preciso destacar que el particular en cuestión tenía un interés patrimonial por proteger debido a la omisión de unas medidas de reacción adecuadas por parte de las autoridades del Estado italiano, con independencia del cumplimiento de las normas nacionales por el propio demandante.

Aún cuando, de acuerdo con las normas del ordenamiento nacional, un bien no se puede considerar pertenencia de un individuo,

⁽⁶⁾ Cfr. TEDH, 22 de octubre de 1997, *Papageorgiou v. Grecia*, párrafo 37.

éste puede apreciarse como «actual» con arreglo al Convenio, cuando las autoridades del Estado, con su conducta, han inducido al particular a considerarse de buena fe titular de una situación jurídica particular. Para que haya un bien actual que se puede proteger con arreglo al art. 1, Prot. n.1, CEDH, el Tribunal considera suficiente que un individuo haga valer una expectativa razonable (*espérance légitime*) para ver así realizada su reclamación legal contra las autoridades estatales. De hecho, el Tribunal, atribuyó una importancia decisiva a la tolerancia mostrada por las autoridades hacia el Señor Beyeler, siendo todo el mundo consciente de las irregularidades de su acta de compra.

El recurso al principio de *espérance légitime* permite, pues, según el Tribunal, no sólo establecer si existe una posibilidad razonable que la demanda del individuo pueda realizarse, sino también si es posible darle una importancia decisiva al comportamiento global de las autoridades del Estado demandado. Así que en este sentido se produce un equilibrio de intereses entre el individuo y el control del mercado de obras de arte por parte del Estado, así como respecto de la protección del patrimonio cultural y artístico de un país⁽⁷⁾.

Por último, en virtud del art. 1, Prot. 1, CEDH, se consideran bienes también las situaciones subjetivas relacionadas con los créditos fiscales. En este caso, para los jueces del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* lo más importante son los plazos de las transacciones de reembolso fiscal que, en este caso, se iniciaron con retraso, y que cuando interpusieron recurso aún no habían terminado. Por esta razón, la empresa demandante se vio obligada a endeudarse con tipos de interés más altos que los que el Gobierno italiano habría devuelto en el momento del reembolso de los créditos fiscales⁽⁸⁾.

Señalaron que el retraso en el pago produce una injerencia en el derecho al respeto de la propiedad de la demandante, algo relevante bajo el prisma del respeto de los bienes y,

en este caso específico, también en términos de la privación de la propiedad (como establece el segundo precepto del art. 1 invocado).

El Tribunal alegó que la obligación financiera originada por la retención del impuesto por las contribuciones puede perjudicar la garantía del art. 1 cit. si le impone al contribuyente una carga excesiva o perjudica su situación financiera⁽⁹⁾. Si esto se produce, significa que el «justo equilibrio» entre el interés general y la protección de los derechos fundamentales de las personas no se cumplió.

Debido a la importancia de los controvertidos importes en disputa, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* estimó que la incapacidad prolongada para acceder a estos fondos impactó en la situación financiera de la empresa demandante. Una demora excesiva e injustificadamente larga en el pago de un crédito tiene como consecuencia el empeoramiento de la pérdida financiera del acreedor, de haberla, y una situación de incertidumbre, sin posibilidad de remedio alguno.

El daño causado a los «bienes» de la parte demandante en el presente caso de autos es desproporcionado. El Tribunal alegó que el impacto financiero derivado de la espera de reembolso (junto con la ausencia de recursos eficaces, capaces de poner remedio a la duración del tiempo de espera y a la incertidumbre sobre el momento de la liquidación de créditos) rompió el equilibrio que ha de existir entre las necesidades de la comunidad y las del individuo, como el respeto de sus bienes, justificando entonces el reconocimiento de una justa indemnización a la parte demandante.

Los casos analizados aquí sólo se refieren a situaciones de injerencia de las poderes públicos en relación con el uso y disfrute de los bienes de un individuo. De hecho, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* no se había pronunciado sobre si la obligación de proteger los bienes, y los relativos derechos a disfrutar, fuera de aplicación incluso

⁽⁷⁾ TEDH, 1 de mayo de 2000, GC, *Beyeler v. Italia*.

⁽⁸⁾ Cfr. *Buffalo S.r.l. en liquidación v. Italia*.

⁽⁹⁾ Cfr. *Ferretti v. Italia*, n. 25083/94, Decisión de la Comisión de 26 de febrero de 1997.

en caso de comportamientos individuales.

En un caso específico, la demandante, una *holding* rusa, denunció ante el Tribunal que las autoridades de Ucrania, debido al aumento de capital aprobado ilegalmente, le habían perjudicado. Según la corporación rusa, este aumento había perjudicado a su paquete accionario de control de una empresa de derecho ucraniano.

Los jueces de Estrasburgo reconocieron principalmente una obligación positiva del Estado de Ucrania para garantizar el disfrute pacífico de los bienes de la parte demandante. Además, después de haber sancionado al Estado demandado por violación del art. 6, párrafo 1, del Convenio por la falta de garantía de un justo juicio en un plazo razonable, relacionó esta alegación con la infracción del art. 1, Prot. adicional n.1.

En particular, según decretó el Tribunal, las medidas jurisdiccionales adoptadas y la evolución incoherente del procedimiento de Derecho interno, que dejaron a la demandante en una situación de incertidumbre continua e irrazonable en cuanto a sus intereses económicos, ni siquiera en la práctica - aunque en abstracto expresaban la necesidad general de la conformación legal y jurisdiccional del régimen propietario- prevalecieron en el equilibrio con el derecho de la demandante al disfrute pacífico de sus bienes, que por lo tanto es protegido prioritariamente contra las violaciones denunciadas⁽¹⁰⁾.

Por lo tanto, no es suficiente que el ordenamiento proteja el uso y disfrute de bienes privados sólo contra los abusos y las deficiencias imputables a los poderes públicos, sino que es necesario que los proteja también cuando los agentes económicos, como en este caso, violan la ley o se benefician de

su aplicación inadecuada.

Para concluir, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, desde una perspectiva objetiva, identifica la garantía de los derechos de propiedad con la protección del bien. Los jueces del Tribunal, como matizando, actúan sin ningún intento de definir una noción general de propiedad que también resulte *familiar* a los juristas de Europa continental. Más bien, hacen circular virtuosamente modelos de la tradición del derecho consuetudinario. El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en otras palabras, no ha desarrollado ningún concepto de propiedad que se base en el carácter de la pertenencia. La identificación del concepto de propiedad con la cosa poseída, en lugar de su identificación con el derecho que se ejerce sobre ella, tiene como consecuencia que el bien se trate en términos sustancialmente equivalentes a los derechos reclamados sobre el objeto.

Además, desde un punto de vista subjetivo, la protección brindada por la jurisprudencia del Tribunal, incluso contra los posibles abusos de los particulares, justifica aún más una lectura no restrictiva de la norma en cuestión. De hecho, por lo menos desde una perspectiva pragmática, el derecho al respeto de los bienes es instrumental, al igual que todos los derechos en el sentido económico, para el disfrute de todos los demás derechos fundamentales. De hecho, bajo este prisma, lo que se proporciona es una línea de tendencia a la ampliación del contenido del derecho de propiedad y de sus formas de protección, incluso en los sistemas de *civil law* de algunos Estados miembros.

Michelangelo De Donno

⁽¹⁰⁾ Cfr. TEDH, 25 de julio de 2002, *Sovtransavto Holding v. Ucrania*, párrafos 97-98.

Propiedad (en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos)

Bibliografía: ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, en *Dir. un. eur.*, 2008, p. 487; BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008; CASTRANOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, en *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; CASTRANOVO, MAZZAMUTO, *I fondamenti del diritto privato europeo*, en *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, p. 3 ss.; CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia-Roma, 2010; DI ROSA, *I confini d'Europa tra identità e radici culturali*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, VIII, 2008, p. 367 ss.; FERRARI (CUF.), *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001, p. 1 ss.; GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, en *Quad. cost.*, 2206., p. 491; LAMBERT, *Il governo dei giudici (1921)*, trad. Italiana, Milano, 1996; LIBERALI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione assistita di tipo eterologa*, nota a Corte EDU, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00 - S.H. e altri v. Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010; MAUGERI (a cura di), *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, Milano, 2004; MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en *Nuova giur. civ. comm.* 2011, II, p. 14 ss.; MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, en *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 447 ss.; MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, espec. p. 88 ss.; MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali*, Milano, 2006, espec. p. 313 ss.; PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, en *Eur. e dir. priv.* 2008, p. 227 ss.; PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, en PALAZZO, FERRANTI, *Etica e diritto privato*, Padova, 2002, p. 1 ss.; PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; PATTI, CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, spec. p.

265 ss.; PINTO, *La fin du government des juges*, en *Revue droit public* 1950, p. 840 ss.; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, en *Fam. e dir.* 2010, p. 981; SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, I, p. 409 ss.; SCODITTI, *Il dialogo tra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale*, en *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 123; TESAURO, *Prefazione a Dal trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, p. 5 ss.; VV.AA., *Carta europea e diritti dei privati*, en VETTORI (COORD.), *Carta europea y derechos de los particulares*, Padova, 2002; VV.AA., *La propiedad en la Carta europea de Derechos Fundamentales*, en COMPORZI (COORD.), *La propiedad en la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, Milano, 2005; VV.AA., *Diritto privato europeo*, en LIPARI (COORD.), Padova, 1997; VV.AA., *Diritto privato europeo*, en ALPA, DANOVÌ (COORD.), *Fonti ed effetti*, Milano, 2004; VV.AA., *La formazione del diritto europeo*, en *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2008; VV.AA., *Permanenze dell'interpretazione civile*, en PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE (COORD.), Perugia-Roma, 2008.

Sobre la cuestión de los derechos de propiedad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, incluso a través de las previsiones de la Carta de Niza, y a pesar de la falta de responsabilidad directa, el reconocimiento y la garantía de la propiedad privada son amplios (art. 17, párrafo 1 de la Carta de Niza), mientras que la libertad de iniciativa económica no está sujeta a las limitaciones que explícitamente caracterizan el mismo reconocimiento, por ejemplo, en la Constitución italiana (cfr. art. 16 sobre «libertad de empresa», que invoca al «derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales»).

En cambio, la atención que se presta a la solidaridad es escasa, más que nada limitándose a hacer referencia a normas y principios comunes en materia de protección del

trabajo (arts. 27 ss.). Y, por último, falta, en términos generales, la garantía de la autonomía privada.

Se trata de señales chocantes, o incluso contradictorias, que han provocado fuertes reacciones en la doctrina, por lo general críticas. Puede ser que la disonancia en cuanto a elecciones en esta materia dependa del carácter fragmentario del derecho europeo, que se «superpone» a la legislación nacional de cada país y que, por lo tanto, interviene únicamente cuando surge la necesidad - casi como una especie de «subsidiariedad» o suplencia legislativa - simplemente para identificar ámbitos de acción futura.

La amplia protección de la *propiedad*, por ejemplo, parece derivarse de la experiencia previa de los ordenamientos nacionales, que a menudo sufren limitaciones importantes para garantizar su «función social» y con vistas a establecer unas «relaciones sociales más equitativas», para decirlo haciendo referencia al art. 42 de la Constitución italiana. Sin embargo, la época durante la cual la propiedad era el principal factor de producción y su figura más emblemática - la propiedad rural - eran un bien de cantidad fija y no aumentable ha llegado a su ocaso, por lo que las instancias de solidaridad apuntaban a «dividir» la riqueza existente en lugar de multiplicar las fuentes de ingresos

Por otro lado, siempre me ha parecido injusto que la función social - es decir, la utilidad colectiva - se tuviera que lograr a expensas de las personas: el terrateniente, pero no el gran empresario industrial; el propietario de las viviendas que las alquilaba, y no el que las dejaba desalquiladas; el propietario de los fondos rústicos que los alquilaba (un alquiler muy bajo, ya que se trataba de la adquisición de la «cesión» de unas tierras sin cultivar); o el propietario cuya tierra hubiera sido declarada no edificable, en contraste con la tierra del vecino. Si la utilidad tiene que ser colectiva, no veo por qué esto debe lograrse a expensas de las personas, de una u otra, mientras que, por ejemplo, la protección de los trabajadores justamente afecta a todos los empleadores. Y justamente, es gracias a la jurisprudencia europea si de al-

guna manera la «historia interminable» de la indemnización por expropiación ha terminado y si la «ocupación por expropiación», hija tardía y degenerada nacida de la unión entre el Estado autoritario y la ineficiencia de la Administración Pública, ha llegado a su ocaso.

Pese a las dificultades de compartir la idea de que la propiedad no se debe incluir entre los derechos fundamentales, como instrumento esencial para garantizar la libertad de la necesidad, impulso a la iniciativa y al crecimiento económico, incentivo al ahorro y a la responsabilidad también hacia las generaciones futuras. Por otra parte, la experiencia histórica está ahí para demostrar que los países que han sufrido la planificación de la economía y la colectivización forzosa no sólo han salido mal parados, empobrecidos, sino que parece que están condenados a un largo estancamiento económico y cultural. Hablando de la *solidaridad*, y del modesto papel que le han atribuido, se trata, en cualquier caso, de una previsión necesaria, pero al mismo tiempo muy delicada: de hecho, es una espada de doble filo y, por lo menos en algunos países, como Italia, se ha traducido en una expansión anormal de la economía pública que ha alterado la competencia, y ha sido una fuente de ineficiencia y de rentas parasitarias, así como la causa de presión en los presupuestos públicos. Pero la retórica del «solidarismo a expensas de los demás», de hecho, también alimentó el corporativismo difundido (con profesiones y oficios que se han puesto a la defensiva, por lo que hoy hay países que cuentan con más de 30 colegios profesionales) y una especie de «egoísmo generacional» que ha alimentado el crecimiento exponencial de la deuda pública y un sistema de pensiones muy generoso (y que ha desaparecido), ambos cargados sobre los hombros de las generaciones futuras. Por último, falta el reconocimiento de la *autonomía privada*, pero la generalizada disciplina de protección de la parte contratante más débil, precisamente porque limita la libertad contractual, supone su existencia en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Por otra parte, dicha disciplina sin

duda impacta en dicha libertad, pero con al menos dos cambios importantes en comparación con la experiencia previa: y estos son los cambios que responden precisamente a la lógica de la promoción de la autonomía contractual. Sin duda, se trata de la legislación «ordinaria» que, derivándose de la legislación comunitaria y no abarcando los «principios supremos» del ordenamiento constitucional, prevalece sobre la disciplina nacional.

Ante todo, lo que cambia es el punto de incidencia: una vez desvanecida la visión «clasista» - que identificaba la debilidad con la pertenencia a una clase social particular (arrendatario, campesino, trabajador subordinado) - se asienta una visión interclasista o transversal: la misma persona es a la vez parte contratante «fuerte» o «débil», dependiendo de la calidad, de la condición personal en la que se encuentra cuando se celebra el contrato, o del «lugar» que ocupa dentro de un colectivo (profesional, consumidor, contratante a distancia, subcontratista, etc.). Por lo que los papeles ya no son rígidos y predeterminados, sino variables y cambiantes. Pero, sobre todo, lo que se ve es un nuevo signo, un cambio sustancial en la disciplina, evidente por el hecho de que todos los proyectos de derecho común europeo abandonan el concepto, el baluarte de la *causa*, debilitando inevitablemente el requisito de la *dignidad del interés*. Esto significa que lo que la legislación europea ante todo quiere garantizar es la *igualdad de trato e información adecuada*, que (principales, e incluso únicos) son los requisitos para un válido consentimiento. Para persuadirse de esto sólo hace falta echar un vistazo a las cláusulas supuestamente identificadas como vejatorias y a la «fuga» de la negociación individual en los arts. 33 y 34 del código del Consumo. En cambio, se requiere o se impone poco a nivel contractual, de su objeto y «equilibrio»: las restricciones se refieren principalmente a los contratos entre empresarios y son funcionales, ante todo, para el mercado y la libre competencia. Parece que la fuerza de atracción de la Unión Europea es precisamente que se trata de una comunidad basada en

el consenso y no en la identidad (Barberis). Por supuesto, esto se debe a la naturaleza de la Unión Europea misma, es decir, una entidad sin propósitos generales y con poderes limitados. Sin embargo, esto es evidente en otros sectores, en particular en aquellos «sensibles», por ejemplo: en el art. 16 de la Carta de Niza, que deliberadamente separa el derecho a contraer matrimonio del derecho a crear una familia (con el objetivo de eliminar el requisito de la diversidad sexual); en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que estigmatiza la necesidad de la doble figura parental para la adopción; el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, abierto a los homosexuales; en las sentencias del TEDH que estigmatizan la prohibición de la fecundación heteróloga y niegan al embrión el derecho a la vida. Por lo tanto, las únicas opciones claras, según establece la Carta, son sólo las prohibiciones de políticas eugenésicas y de clonación humana.

Esto no parece haber sido desmentido por la proclamación de unos «valores» en la misma Carta - la libertad, la dignidad, la igualdad, la solidaridad (cfr. Preámbulo y rúbrica de los cuatro primeros Títulos de la Carta) - que, de hecho, el documento declara que promueve «respetando la diversidad de culturas, tradiciones constitucionales e identidades nacionales».

Por un lado, estos «valores» son, tal vez necesariamente, genéricos, y por otro, no están exentos de ambigüedad y riesgos, precisamente por ser genéricos. El riesgo, en particular, es la falta de contenido de estos valores así proclamados, inevitablemente destinados a ser cargados de significado normativo por el órgano «constitucional» de la UE: el Tribunal Europeo de Justicia (junto con el voluntarioso Tribunal de Derechos Humanos), que además de tomar decisiones acerca de la legalidad de las actas normativas del Consejo y del Parlamento, y a la vista de las violaciones de los tratados por parte de los Estados, se arrogó la competencia sobre la jurisdicción, hasta establecer la responsabilidad de los Estados miembros por su inactividad legislativa e incluso por la

no adhesión a la interpretación del derecho europeo adoptado por el propio Tribunal. Perfiles, como cualquiera puede ver, de contenido político abierto, lo que confirma el hecho de que el vacío político y de valores es cambiante, y está destinado a ser llenado por otros actores, con o sin legitimidad popular y democrática.

Principios y valores deben deducirse sistemáticamente de la disciplina positiva, y también por el hecho de que esto se debe hacer con precaución, debido al riesgo de superfección de los valores y de la creación arbitraria de categorías y conceptos abstractos y generalizados. En mi opinión, el proceso inverso supone el mayor riesgo: la «extracción» de normas operativas de «principios» o incluso «valores». La reglamentación según principios - que también tiene muchos adeptos - inevitablemente deja demasiado margen a la discrecionalidad del juez y del intérprete. Además, la legislación por valores produce una niebla borrosa en la que es imposible navegar, salvo que uno se base en la interpretación unificadora y salvadora de los Tribunales Europeos, «respetando la diversidad de culturas, tradiciones constitucionales e identidades nacionales».

En cambio, sería oportuno considerar que, en todo caso, la adopción del Convenio Europea de Derechos Humanos, independientemente de los perfiles formales, *no puede cambiar las competencias* de la Unión, como literalmente establecido, y como se puede deducir de una correcta aplicación del principio de subsidiariedad, en particular cuando hay normas específicas sobre asuntos que de por sí exceden a la jurisdicción de la Unión Europea. Esto me parece incontrovertible, pero al mismo tiempo me parece que la doctrina actual carezca de sensibilidad.

Al hecho al que hice mención antes, es decir que las funciones judiciales propias de los Tribunales comunitarios desbordan, hay que añadir el hecho de que casi todo el poder legislativo de la Unión lo tiene el Consejo, y no el Parlamento Europeo, y por lo tanto está en las manos de los gobiernos estatales. Y es precisamente desde Europa donde proceden los textos legales más amplios y eficaces

para la vida cotidiana de las personas: ya sea directamente por medio de Reglamentos, o indirectamente a través de directivas y recomendaciones. Se trata de actas políticas y legislativas cuya real aplicación, al menos en Italia, es remitida a la anual «ley comunitaria», «desarrollada» por el poder ejecutivo. Por supuesto, esto se debe también a la presencia de aspectos técnicos, a veces complejos, que las comisiones parlamentarias y legislativas no abordarían cuidadosamente y de una forma puntual. Sin embargo, el resultado es que el Parlamento se limita a recibir o reconocer lo que han desarrollado las oficinas legislativas ministeriales, esta vez nacionales.

No menos importante es la más general asignación del poder normativo general al gobierno: los reglamentos adicionales e independientes (en especial, previstos por la Ley n. 400/1988), por los asuntos abordados y el carácter general de las normas contenidas en ellos, son verdaderas actas de contenido «legislativo», mientras que los decretos-leyes y los decretos legislativos (que también formalmente cumplen con las atribuciones del Parlamento) son la expresión del poder decisorio, que básicamente es atribuible al gobierno y sus decisiones políticas. Y apenas es necesario señalar que es a través de los decretos legislativos que se acometen las reformas estructurales y se introducen los avances más significativos en el sistema jurídico, mientras que la potestad normativa de las autoridades administrativas se extiende más allá: basta con recordar la potestad reglamentaria de las entidades que cuentan con una fuerte autonomía funcional (como las Universidades) y, ahora enorme, de las así llamadas Autoridades Administrativas Independientes, que también abarca los ámbitos cubiertos por la Reserva de ley (principio de legalidad).

Por último, echando un vistazo a la lista de leyes aprobadas por el Parlamento a lo largo de un año, uno se da cuenta de que al Parlamento le corresponde un papel residual: en términos de cantidad, en promedio, no se rebasan las dos/trescientas leyes por año (mientras que en la década de los 30

eran más de 3000); en términos de contenido, para más de la mitad se trata simplemente de constancia de actos gubernamentales (tales como las leyes de «ratificación y ejecución» de los tratados internacionales).

Por lo tanto, el marco institucional ha cambiado profundamente. Queda muy poco del reparto y del equilibrio de los poderes establecidos en la Constitución de 1947: la balanza se inclina decididamente hacia el poder ejecutivo y éste, a su vez, está sujeto al control cada vez más penetrante de los jueces, tanto nacionales como comunitarios. En efecto, se puede decir que la balanza «normativa», ya tambaleante hacia el gobierno, se desplaza decididamente hacia el poder judicial, del que con frecuencia proceden las decisiones que, por el impacto y la facilidad con la que a veces se toman, son unas verdaderas actos políticas y legislativas. Después de todo, allá por los años 20 del siglo pasado, un jurista europeo (haciendo referencia a la experiencia de Estados Unidos, luego «corregida») podía escribir un libro titulado «Gobierno de los jueces», en gran medida previendo un marco institucional que hoy se ha convertido en realidad, de una forma más o menos clara, en casi todos los ordenamientos europeos.

También en este caso es preciso ser conscientes de esto al evaluar las «cartas constitucionales europeas», porque si bien es cierto que este desbordamiento se debe al déficit de liderazgo político, no es que por eso sea menos alarmante, dada la considerable falta de control sobre los «controladores» y la falta de su legitimación representativa.

Y por último, otra característica de la legislación comunitaria es la de ser *correctiva*, es decir, pragmáticamente orientada a la protección y no comprometida ni a nivel sistemático, ni a nivel de las categorías conceptuales. Esta reflexión conduce a otra, aunque fuera de contexto, a saber, la presunción

moderna de enseñar el método, independientemente del contenido, la otra cara de la tecnocracia, del Derecho sin la verdad: aquel poquito de «verdad», que por lo menos nos gustaría poder identificar en la conexión entre el perfil sustancial y el perfil correctivo. Este derecho también, de alguna manera, es un derecho que deseamos que sea tolerante y abierto, liberal e incluyente, pero que en realidad se convierte en superestructura, y en imposición subjetiva en la que *stat pro ratione voluntas*: y *voluntas* del senescal, ni siquiera del *princeps* que de alguna manera representa al pueblo.

Al déficit de legitimación democrática, denunciado por todos, se añade entonces un déficit de representación y responsabilidad política en el órgano verdaderamente soberano, que pretende compensar la falta de liderazgo político. Personalmente, no creo en estas fugas hacia adelante - rotundamente no aprobadas en los referendos que en su momento rechazaron el «Proyecto de una Constitución para Europa» -; ni creo en el papel reglamentario o creativo de la doctrina, que hoy está en la cola de la jurisprudencia, ambicionando ser la nueva fuente de derecho: sería sólo una nueva forma de oligarquía, sin legitimidad y sin mandato popular. El estancamiento en el proceso de la unificación europea y la frialdad que en los últimos años se ha ido extendiendo a las instituciones comunitarias, de hecho, podrían estar enraizados incluso en estas «fugas hacia adelante» - de la legislación y de la jurisprudencia europeas - que con la presión ejercida por parte de algunas elites pretenden suplir a la difícil reconstrucción de una identidad europea común, la cual es requisito indispensable para una común y unificadora «Constitución Europea».

Massimo Paradiso

Propiedad intelectual y derechos humanos

El referente teórico para las voces de la Propiedad Intelectual y los Derechos Humanos, parte en principio de la sociedad del conocimiento como aquella que nace del quehacer estratégico que tiene el conocimiento científico en una economía basada en la información y el conocimiento típicos de la sociedad contemporánea, 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, para algunos autores considerado como el triángulo de la innovación.

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, dada la posibilidad de que más de un inventor o equipo de investigadores, lleguen a la misma conclusión de una investigación capaz de ser patentada al mismo tiempo en lugares o países distintos. 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.

Al respecto la legislación internacional promueve la armonización y en ocasiones la homologación en la materia, a través de instrumentos que inciden decididamente en el ordenamiento jurídico interno como el Convenio de París (1883), administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a partir de 1967, y que 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 como los Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) y otros de carácter universal como el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo los acelerados descubrimientos en el campo de la ciencia, son atraídos de manera inmediata por la industria farmacéutica que es en donde mayor investigación existe orientada a la innovación atractiva de las grandes inversiones financieras. Se suscita el antagonismo entre el empoderamiento de esta industria y el acceso a la salud que es un Derecho Humano que promueve el Estado.

Existe contradicción en el estado liberal que por un lado promueve el adelgazamiento de éste, 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 en materia de salud, orientado a la tutela efectiva del derecho a la salud como

derecho humano. Ambos conceptos están imbricados, y la única alternativa hasta este día ha sido el uso de la medicina genérica, lo que conlleva a la desigualdad en el trato a pacientes, pues las patentes no liberalizadas sólo privilegian a un segmento minoritario de la población que puede pagar por determinado tipo de tratamientos médicos, en tanto el sistema de salud no absorba los costos.

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.

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.

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.

Iliana Rodríguez Santibáñez

Protección de la salud

Bibliografía: CALVETE OLIVA, *La Salud Pública en la Unión Europea según el Tratado de Ámsterdam*, en *Rev. de administración sanitaria*, 2000, vol. IV, n. 14, p. 39 ss.; CAVAS MARTINEZ, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *La protección social de la salud en la Constitución Europea*, en *Rev. del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, n. 57, 2005, p. 401 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001*, en *Rev. derecho y salud*, vol. 10, n. 2, 2002, p. 167 ss.; GONZÁLEZ DÍAS, *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Pamplona, 2003, p. 123 ss.; MATA BARRANCO, *Ciudadanía sanitaria europea. La salud y la Unión Europea*, en *Rev. de administración sanitaria*, 2009, p. 541 ss.; MOLINA DEL POZO, *Aspectos sanitarios de las políticas de la Unión Europea*, Noticias de la Unión Europea, 2000, n.184, p. 77 ss.; MOLINA DEL POZO, *La sanidad en la Unión Europea: su relación*

con otras políticas comunitarias, Noticias de la Unión Europea, 2006, n. 253, p. 29 ss.; ORDOÑEZ SOLIS, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Granada, 2006.

1. Introducción. El art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

La salud no fue, hasta hace poco, una de las preocupaciones de la Unión Europea. Concretamente, los Tratados originarios no

contemplaban ninguna previsión en esta materia. Únicamente se podía recurrir a la llamada cláusula de flexibilidad ⁽¹⁾: «Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión, y previa aprobación del Parlamento Europeo».

Sin embargo, con el paso del tiempo, la ampliación de las competencias comunitarias, y, sobre todo, la abundancia de normas del derecho derivado vinculadas a esta materia, adoptado, siempre, en el marco del mercado interior (medicamentos, libre circulación de los profesionales de la salud, seguridad alimentaria), fueron determinantes para introducir la consideración del aspecto salud pública en los Tratados ⁽²⁾.

Sin embargo, hay que advertir del hecho por el que, hoy en día, no existe ninguna política común en esta materia, sino que, al igual que ocurre con otras políticas, se trata de una política de apoyo y complemento. Su

inclusión como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión constituye, por tanto, un real avance para la Europa social, y es precursor de futuros desarrollos muy positivos en favor de la Europa de los ciudadanos.

2. El derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria. Según la primera frase del artículo analizado, toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Ahora bien, la Unión, tal como lo hemos adelantado, carece, en esta materia, de competencias concretas. Por tanto, sólo puede actuar mediante la utilización del art. 114 del TFUE, con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios, y garantizar, así, un nivel de protección elevado de la salud humana. Resulta, pues, responsabilidad de los Estados miembros proporcionar a los ciudadanos en su territorio una asistencia sanitaria segura, de alta calidad, eficaz y suficiente desde un punto de vista cuantitativo.

Dicho esto, el art. 35 introduce un importante principio, que incumbe a los Estados: el principio de universalidad subjetiva. Eso significa que personas no aseguradas y carentes de recursos económicos no podrán quedar excluidas por sí de la protección dispensada por el sistema de salud existente en cada país ⁽³⁾. No obstante, cabe directamente señalar que este principio sufre un límite, incluido en el mismo precepto, cuando menciona que su ejercicio se debe hacer «*en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales*». De ahí el efecto no-directo de esta disposición, y, por consiguiente, su no-invocabilidad ante el Tribunal de Luxemburgo.

⁽¹⁾ Art. 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, C 83, de 30 de marzo de 2010; en adelante TFUE). Véase también, a título de comparación, el antiguo art. 306 del TCE que decía, de manera más explícita, que «cuando se necesita una acción comunitaria para alcanzar uno de los objetivos de la Comunidad, especialmente en el marco del mercado común, si el Tratado no proporciona el poder de acción requerido en este campo, el Consejo adoptará las medidas necesarias, adoptando por unanimidad la propuesta de la Comisión tras haber consultado al Parlamento Europeo».

⁽²⁾ Cabe, sin embargo, mencionar que la Carta Social Europea, aprobada por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961, ya establecía, en su art. 11, lo siguiente: «Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

⁽³⁾ Véase en este sentido las Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea (2006/C 146/01), que enuncia como valores esenciales la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de calidad, la equidad y la solidaridad.

A su vez, las legislaciones y prácticas nacionales pueden igualmente sufrir límites, ya que siempre deberán cumplir las normas del Derecho de la Unión existentes. Así, lo ha afirmado el Tribunal de Justicia de la UE de manera reiterada: «aunque no se discute que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria»⁽⁴⁾.

De manera concreta, este derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria encuentra su aplicación cuando un afiliado se desplaza a otro Estado miembro y decida solicitar asistencia sanitaria a este Estado, que no es el de su afiliación. También puede verse el caso de la movilidad de los pacientes, es decir, cuando un afiliado se desplaza específicamente a otro Estado para recibir una prestación sanitaria y pretende que su sistema se la reembolse. En estos casos, y hasta hace poco, se aplicaba, de manera general el Reglamento (CEE) n. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971⁽⁵⁾, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Sin embargo, a partir del año 1998, el Tribunal de Luxemburgo empezó a definir

nuevos principios. Así, siempre partiendo de la base de que el sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, tiene que incluirse dentro del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación, puso de relieve lo siguiente.

Oposición a una normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de Seguridad Social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones dispensadas por un profesional establecido en otro Estado miembro, aunque esté justificada por razones imperiosas de interés general⁽⁶⁾.

Aunque los sistemas de autorización previa tienden a restringir la libertad de prestar servicios médicos hospitalarios, son necesarios para el equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social y para que los servicios de hospital puedan ponerse a disposición de todo el mundo⁽⁷⁾.

Si se deniega a un ciudadano injustamente la autorización para recibir tratamiento hospitalario en otro país miembro, pero se la concede con posterioridad (por decisión judicial, por ejemplo), derecho al reembolso como mínimo del importe que habría percibido por el tratamiento en el país en el que está asegurado⁽⁸⁾. La libre prestación de servicios es un principio contenido en la legislación de la Unión. Por tanto, imposibilidad por los países miembros de exigir una autorización previa para la asistencia no hospitalaria prestada en otro país miembro por prestadores concertados. En cambio, en el caso de asistencia hospitalaria, el requisito de autorización previa puede estar justificado. El modo en que están organizados los sistemas de asistencia sanitaria no afecta al derecho al reembolso de los gastos⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Tribunal de justicia, 12 de julio de 2001, C-157/99, *Smits y Peerbooms*, en *Rec.* 2001, p. I-5473, apartados 44-46; *Id.*, 16 de mayo de 2006, C-372/04, *Watts*, en *Rec.* 2006, p. I-4325, apartado 92; *Id.*, 19 de abril de 2007, C-444/05, *Stamatelaki*, en *Rec.* 2007, p. I-3185.

⁽⁵⁾ DOUE, L 149, de 5 de junio de 1971.

⁽⁶⁾ Tribunal de justicia, 28 de abril de 1998, C-158/96, *Kohll*, en *Rec.* 1998, p. I-1931; *Id.*, C-120/95, *Decker*, en *Rec.* 1995, p. I-1831.

⁽⁷⁾ Tribunal de justicia, 12 de julio de 2001, C-157/99, *Smits y Peerbooms*, en *Rec.* 2001, p. I-5473.

⁽⁸⁾ Tribunal de justicia, 12 de julio de 2001, C-368/98, *Vanbraekel et al.*, en *Rec.* 2001, p. I-5363.

⁽⁹⁾ Tribunal de justicia, 13 de mayo de 2003, C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, en *Rec.* 2003, p. I-4509.

Sobre la autorización previa: el recurso al Reglamento 1408/71 ofrece a los asegurados ciertos derechos que de otro modo no disfrutarían. Pero es sólo una de las maneras de ejercer el derecho a la libertad de prestación de servicios sanitarios. Es un instrumento que facilita ese derecho⁽¹⁰⁾.

Constituye, salvo que se demuestre lo contrario, una barrera injustificada a la libre prestación de servicios denegar el reembolso de una cura en el extranjero⁽¹¹⁾.

Los costes del tratamiento médico de una persona provista de los formularios E 111 y E 112, que, por razones de urgencia médica, requiere hospitalización en un país no miembro de la UE, deben ser asumidos por el organismo de la seguridad social del Estado miembro de estancia, según sus normas, y por cuenta del organismo del Estado miembro de afiliación⁽¹²⁾.

La obligación de reembolsar el coste del tratamiento hospitalario prestado en otro país miembro también rige para los servicios de sanidad nacionales que prestan este tratamiento gratuitamente. Si un paciente solicita autorización para recibir tratamiento hospitalario en el extranjero en razón del tiempo de espera para dicho tratamiento en el país de residencia, esté no se la puede denegar, salvo si demuestra que el tiempo de espera es un período médicamente aceptable, teniendo en cuenta el estado del paciente y las necesidades clínicas⁽¹³⁾.

Incompatibilidad con el principio de libre prestación de servicios de la legislación de un Estado miembro que excluye todo reembolso de la asistencia recibida en un hospital privado de otro Estado miembro⁽¹⁴⁾.

Fruto de esta fructífera jurisprudencia, y con

la clara voluntad de sintetizar el conjunto de esos principios enunciados por el juez comunitario, se adoptó la nueva Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁽¹⁵⁾, con el objetivo de establecer un marco general para aclarar los derechos de los pacientes en lo relativo a su acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza y su reembolso, garantizar la calidad y la seguridad de la asistencia que recibirán en otro Estado de la Unión, y promover la cooperación en materia de asistencia sanitaria entre los Estados miembros.

Finalmente, cabe señalar que, con el objetivo de facilitar este derecho de los ciudadanos europeos a recibir asistencia sanitaria durante sus desplazamientos, los distintos formularios existentes fueron sustituidos en favor de la Tarjeta Sanitaria Europea⁽¹⁶⁾. Representando un importante avance para la coordinación entre los distintos sistemas sanitarios europeos, esta Tarjeta, nominativa e individual, certifica el derecho de su titular a recibir las prestaciones sanitarias que sean necesarias desde un punto de vista médico, durante una estancia temporal en cualquiera de los países integrantes de la Unión, el Espacio Económico Europeo y Suiza, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. Concretamente, la asistencia se presta por la

⁽¹⁵⁾ Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011 (DO L 88, de 4 de abril de 2011).

⁽¹⁶⁾ Véanse la COM (2003) 73 final, de 17 de febrero de 2003 (no publicada en el DOUE) relativa a la Introducción de la tarjeta sanitaria europea; Decisión 189, de 18 de junio de 2003, de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, dirigida a sustituir por una tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 del Consejo, en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia (DO L 276, de 27 de octubre de 2003); Decisión 190 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a las características técnicas de la Tarjeta Sanitaria Europea (DO L 276, de 27 de octubre de 2003); y Decisión 191 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a la sustitución de los formularios E 111 y E 111 B por la Tarjeta Sanitaria Europea (DO L 276, de 27 de octubre de 2003).

⁽¹⁰⁾ Tribunal de justicia, 23 de octubre de 2003, C-56/01, *Inizan*, en *Rec.* 2003, p. I-2403.

⁽¹¹⁾ Tribunal de justicia, 18 de marzo de 2004, C-8/02, *Leichtle*, en *Rec.* 2004, p. I-2641.

⁽¹²⁾ Tribunal de justicia, 12 de abril de 2005, C-145/03, *Keller*, en *Rec.*, p. 2005, I-2548.

⁽¹³⁾ Tribunal de justicia, 16 de mayo de 2006, *Watts*, precitada.

⁽¹⁴⁾ Tribunal de justicia, 19 de abril de 2007, *Stamatelaki*, precitada.

institución del lugar de estancia, como si el usuario estuviera afiliado a la misma, y permite a los ciudadanos obtener de manera fácil y rápida atención sanitaria, pudiendo así beneficiarse de forma mucho más eficiente de la facultad fundamental que ofrece la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social y para los pacientes obtener un reembolso más rápido de su propio sistema.

3. La política europea en materia de salud. Reiterando lo mencionado en el art. 168.1 del TFUE, la segunda frase del art. 35 establece un mandato dirigido a la Unión, para que integre, en la definición y ejecución de todas sus políticas, incluso las no específicamente sanitarias, el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana: «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

Otros preceptos del Tratado también mencionan la salud. Así, la letra k del art. 4.2 del TFUE dispone que son competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros «los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública». Y el art. 6 del TFUE menciona «la protección y mejora de la salud humana» como un ámbito donde la Unión sólo puede llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento.

Pero sin duda, es el art. 168 del TFUE quien regula de manera más extensa la política europea de salud, dándonos las bases para la actuación de la Unión, que podemos resumir de la manera siguiente.

Objetivos (apartado 1): Complementaria de las políticas nacionales, la acción de la Unión debe encaminarse a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud pública. Entre otras, dicha acción abarcará: la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias; la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la

alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas; la reducción de los daños a la salud, producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

Medios (apartados 2 y 3): Para lograr esos objetivos, la Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. En particular, fomentará la cooperación entre los Estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas.

Por su parte, los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

Finalmente, tanto la Unión como los Estados miembros deberán favorecer la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en esta materia.

Instrumentos normativos (apartados 4, 5 y 6): Competencia del Parlamento Europeo y del Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, para contribuir a la consecución de los objetivos antes mencionados adoptando, con el fin de hacer frente a los problemas comunes de seguridad: Medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre. Estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas; Medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública; Medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios.

Asimismo, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento le-

gislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán también adoptar: a) Medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, y a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas; b) Medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Finalmente, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para estos fines.

Relación con las políticas nacionales (apartado 7): Obligación para la acción de la Unión de respetar, en el ámbito de la salud pública, las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Estas responsabilidades incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios. En la práctica, la política europea de salud se desarrolla mediante la aprobación de los denominados Programas de Acción Comunitaria, siendo actualmente en vigor el segundo⁽¹⁷⁾. Sin embargo, recientemente, la Comisión elaboró una Propuesta de Reglamento, con el fin de establecer el tercer programa plurianual de acción de la Unión en este ámbito⁽¹⁸⁾, vigente para el período 2014-2020.

Concretamente, cuatro son los nuevos ob-

jetivos que la Unión persigue: a) Empezar las reformas necesarias para unos sistemas de salud innovadores y viables: mediante este objetivo, la Comisión quiere ayudar a los Estados miembros a hacer frente a la escasez de recursos humanos y financieros. Asimismo, quiere instarles a integrar innovaciones en los cuidados sanitarios, por ejemplo, en materia de salud en línea, y a compartir sus conocimientos en este ámbito. Apoya, también, la Asociación europea para la innovación en el ámbito del envejecimiento activo y saludable. b) Mejorar el acceso de los ciudadanos a una asistencia sanitaria mejor y más segura: en esta ámbito, la Comisión sugiere poner en marcha un sistema de acreditación de redes europeas de referencia, lo que permitiría, por ejemplo, apoyar la acción en el campo de las enfermedades raras. También propone elaborar orientaciones en materia de seguridad de los pacientes y de utilización de los antibióticos. c) Fomentar la salud de los ciudadanos europeos y prevenir las enfermedades: se trata, en este caso, de invitar a los Estados miembros a intercambiar buenas prácticas en materia de prevención del tabaquismo, abuso del alcohol y obesidad. También se pretende ayudar a prevenir las enfermedades crónicas, como el cáncer. d) Proteger a los ciudadanos europeos frente a las amenazas sanitarias transfronterizas: finalmente, la Comisión considera que hay que mejorar el nivel de preparación y las capacidades de coordinación en caso de amenazas transfronterizas graves.

Desde los inicios de esta política, numerosos fueron los actos derivados adoptados. En particular, podemos mencionar los sobre los medicamentos y la seguridad alimentaria. Sin embargo, cada día se adoptan nuevas reglamentaciones, y cada vez más directamente relacionadas a la salud. Los últimos desarrollos legislativos, fruto directo de la jurisprudencia del Tribunal, permiten pensar que la protección europea del derecho a la salud sólo está empezando.

Carlos Francisco Molina del Pozo
Ronan Ciréfica

⁽¹⁷⁾ Decisión 1350/2007/CE, de 23 de octubre de 2007 (DO L 301, de 20 de noviembre de 2007). Derogación prevista para el 1º de enero de 2014.

⁽¹⁸⁾ COM (2011) 709 final, de 9 de noviembre de 2011 (no publicada en el DOUE), Propuesta de Reglamento por el que se establece el Programa de Salud para el Crecimiento, tercer programa plurianual de acción de la UE en el ámbito de la salud para el período 2014-2020.

Protección de los derechos fundamentales (en Europa)

Bibliografía: ARNOLD (edic.), *The Universalism of Human Rights, lus Gentium*, en *Comparative Perspectives on Law and Justice*, XXIII, 2013, p. 424; ARNOLD, *Fundamental Rights*, en TICHÝ, ARNOLD, ZEMÁNEK, KRÁL, DOMBROVSKÝ, *Evropské právo*, 4ª ed., Prag, 2011, pp. 126-140; ARNOLD, *Europäischer Grundrechtsschutz: Vielfalt und Subsidiarität*, en DAMRAU, MUSCHELER (edic.), *Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann*, C.H.Beck, 2012, S. 1-7; ARNOLD, *Grundrechtsschutz in Europa: Vielfalt und Konvergenz*, en *Prawo na służbie państwu i społeczeństwu*, *Festschrift für Kazimierz Działocha*, BANASZAK, JABLONSKI, JAROSZ-ZUKOWSKI (red.), Wrocław, 2012, pp. 275-285; ARNOLD, *I rapporti fra le giurisdizioni di Karlsruhe, Lussemburgo e Strasburgo*, en *I 60 anni della Legge fondamentale fra memoria e futuro*, FERONI, PALERMO, PARODI, RIDOLA (cur.), Torino, 2012, pp. 95-100; ARNOLD, *Le droit constitutionnel européen et le rôle des cours de Karlsruhe, de Luxembourg et des Strasbourg*, en VRABIE (dir.), *Droit constitutionnel, droit international. Frontières et interférences*, Institutul European Iasi/Roumanie, pp. 53-62; ARNOLD, *Fundamental Rights Review in Europe: Substitution or Standard Control?*, en PALERMO, POGGESCHI, RAUTZ, WOELK (edic.), *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, Nomos, pp. 189-198; ARNOLD, *Verfassungsidentität und Europäische Integration. Die Perspektive der mittel und osteuropäischen Verfassungsgerichte*, en KÜPPER (coord.), *Von Kontinuität und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten*, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 75. Geburtstag*, Lang Verlag, Frankfurt a.M., 2011, pp. 309-319; ARNOLD, *The emergence of European constitutional law*, en *XVIIth Congress of the International Association of Comparative Law*, Utrecht, 2006, Edition of the national reports, Athens, 2009; ARNOLD, *European constitutional law: its notion, scope and finalities*, en ENGELBREKT, NERGELIUS (COORD.), *New directions in Comparative Law*, Cheltenham, 2009, pp. 99-107; ARNOLD, *European Constitutional Law*, en ŠÍŠKOVÁ (coord.), *The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues*, Groningen/Amsterdam 2008, pp. 41-49; ARNOLD, *Ochrana základních práv v Evropě: zesílení i fragmentace?*, en *Sborník p isp k z konference Monseho olomoucké právnické dny (Internationale wissenschaftliche Konferenz «Monses Olmützer Rechtstage»)*, Olomouc, 2006, pp. 652-657;

ARNOLD, *La contribution de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au développement des droits de la personnalité*, en VOGEL (coord.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, 2005/1 - 2005/2, Paris, 2006, pp. 25-40; ARNOLD, *Fundamental rights in Central and Eastern Europe: a basic analysis*, en BLANKE, MANGIAMELI (coord.), *Governing Europe under a Constitution*, Heidelberg, 2006, pp. 253-263; ARNOLD, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme*, en *Révue internationale de droit comparé*, Paris, 2005, Heft 3, pp. 805-815; ARNOLD, *The concept and structure of «Fundamental Rights» protection in the future European Constitution*, en *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej (Contemporary challenges of European legal space)*, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Eugeniusz Piontek*, Krakau, 2005, pp. 137-146; ARNOLD, *The different levels of Constitutional Law in Europe and their interdependence*, en NERGELIUS, POLICASTRO, URATA (COORD.), *Challenges of multi-level constitutionalism*, 21. Weltkongress Lund, Schweden, aug. 2003, Krakau, 2004, pp. 101-113; ARNOLD, *Interdependenz im Europäischen Verfassungsrecht*, en *Essays in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Athen, 2004, pp. 733-751; ARNOLD, *Die EMRK in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation*, zus. m. E. Gerasimtschuk, (coord. por Arnold), Bd. 5, 2003, p. 371; ARNOLD, *Le phénomène de l'eupéanisation du droit constitutionnel national*, en ZILLER (coord.), *L'eupéanisation du droit constitutionnel national*, Paris, 2003, pp. 85-95; ARNOLD, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Costituzioni dei Länder tedeschi*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2002, III, pp. 1029-1037; ARNOLD, *El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa*, en CORCUERA ATIENZA (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, S., pp. 23-36; ARNOLD, *Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales*, en MATIA PORTILLA (COORD.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, S., pp. 51-59; ARNOLD, *A Fundamental Rights Charter for the European Union*, en *The Tulane European and Civil Law Forum*, Bd. 15/16, New Orleans, 2000-2001,

S., pp. 43-59 [Russische Version: *Die Grundrechte-Charta der Europäischen Union*, en *Verfassungsrecht: Osteuropäische Rundschau*, Moskau (Institut für Recht und Öffentliche Politik), 3 (40) 2002, S., pp. 12-19]; ARNOLD, *European Constitutional Law: Some reflections on a concept that emerged in the second half of the twentieth century*, en *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 14, New Orleans, 1999, pp. 49-64; ARNOLD, *Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande*, en *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien Paris, 1998, pp. 463-480; ARNOLD, *L'exposition des constitutions européennes aux influences externes*, (Vingtième anniversaire de la Constitution portugaise), Miranda (edic.), Coimbra, 1997, S., pp. 673-694; ARNOLD, *Evolución de los Derechos en Europa*. Dans: *Los derechos en Europa*, Estudios de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia), Sánchez (coord.), Madrid, 1997, pp. 79-102; BERNITZ, NERGELIUS, GARDNER (edic.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, en *Kluwer Law International*, 2008; CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: a Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2009; EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grandfreiheiten*, 3. Aufl., de Gruyter, 2009; HAMMER, EMMERT, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe*, Eleven International Publishing, 2012; JARASS, *Die EU-Grundrechte*, C.H.Beck, 2005; KELLER, STONE SWEET (edic.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, OUP, 2008; LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2007; MANGAS MARTIN, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008; MOCK, DEMURO (edic.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina, 2010; RENGELING, SZCZEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Carl Heymanns, 2004; STERN, TETTINGER, *Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich*, Berliner, 2005; MEYER (Hg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl., Nomos, 2011; TAKIS TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., OUP 2006, Heselhaus, Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, C.H. Beck, 2006; TETTINGER, STERN (Hg.), *Kölnener Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, C.H., Beck, 2006.

1. El bloque europeo de constitucionalidad. La protección de los derechos fundamentales en Europa se efectúa en tres espacios constitucionales, los cuales son autónomos pero interactivos e interdependientes entre sí. La integración del espacio europeo comprendido como el conjunto de los países miembros del Consejo de Europa se intensifica cada vez más, lo cual implica que la integración origina la consecuencia jurídica y social de que la protección de los derechos fundamentales del individuo no se limita al orden nacional sino se extiende funcionalmente a varios niveles conjuntos.

Estos tres niveles tienen carácter constitucional. Resulta evidente que el término Constitución conforme al sentido tradicional se aplica a los Estados mencionados los cuales han creado documentos específicos que constituyen los órdenes jurídicos básicos significados en las Constituciones formales, a excepción de Gran Bretaña. Las características de estas últimas son: **1)** la formalización del contenido normativo en uno o varios documentos, por regla general adoptado por el pueblo porque la titularidad del poder constituyente emana de éste al respecto; **2)** la primacía normativa, es decir constituye el Derecho supremo del orden estatal interno; **3)** la estabilidad normativa porque las Constituciones sólo pueden ser modificadas siguiendo los procedimientos de reformas agravados previstos en cada caso lo cual se presupone que es necesario contar con el consentimiento de las fuerzas de poder de la sociedad, por ejemplo se exige obtener la aprobación por 2/3 de los votos emitidos de los miembros del Parlamento o bien un referéndum.

Cabe destacar que el Derecho constitucional formal se complementa con el Derecho constitucional *sustancial* o *funcional*, el cual tiene forma y rango de Derecho ordinario pero regula aspectos esenciales de importancia básica. Al respecto, se trata de la legislación en las materias concernientes a las Instituciones del Estado o bien los derechos fundamentales. Dicha legislación la cual se encomienda a la política responde a la finalidad de concretar o completar la Constitución formal. Al

respecto, el Parlamento adopta decisiones sobre cuestiones básicas, las cuales pueden ser modificadas más fácilmente, a diferencia de los procedimientos de reformas agravados de la Constitución formal. No obstante, se destaca que la regulación legal propia del Derecho constitucional sustancial se tiene que ajustar a las condiciones y los límites previstos en la Constitución formal, es decir no disfruta de un margen de discrecionalidad absoluta.

A la luz de este contexto, se debe mencionar que el Derecho constitucional sustancial o funcional se manifiesta bajo la forma de todas las fuentes del Derecho del Estado, por ejemplo el Derecho consuetudinario o el Derecho jurisprudencial (en los sistemas jurídicos de Common Law) ⁽¹⁾, y los principios generales ⁽²⁾.

Así se destaca el caso de Gran Bretaña, porque el Derecho constitucional no tiene carácter formal sino funcional. Al respecto, corresponde al principio inglés de la soberanía del Parlamento debido a que ninguna Constitución formal ha sido desarrollada. En este país, las fuentes del Derecho constitucional son la legislación, el Common Law y las convenciones constitucionales. El conjunto de estas fuentes constituyen el Derecho constitucional funcional de Gran Bretaña.

El segundo y el tercer nivel de protección de los derechos fundamentales se corresponden con el Derecho primario de la Unión Europea y con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales (CEDH). Cabe

destacar que el Derecho primario de la Unión Europea tiene carácter constitucional porque se corresponde con las funciones asignadas a las Constituciones nacionales, por ejemplo se establece el sistema institucional y principalmente el orden de valores, es decir los derechos fundamentales, en particular el valor de la dignidad humana. Al respecto, es importante subrayar que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se constituye a partir de la transferencia de las competencias de los Estados miembros a favor de las Instituciones supranacionales. Esto se realiza para que las Leyes europeas definidas como Reglamentos y Directivas regulen ámbitos materiales que tengan fuerza normativa para todos los Estados miembros de la Unión Europea, los cuales eran ámbitos nacionales anteriormente. En este sentido, se puede considerar que el poder público supranacional sustituye al poder público estatal, y por esta razón el Derecho constitucional supranacional sustituye al Derecho constitucional nacional.

En suma, los preceptos básicos del ordenamiento jurídico primario de la Unión Europea tiene carácter constitucional por dos razones: **1)** parece posible considerar que ejerce las funciones de una Constitución en el espacio supranacional, porque establece un sistema institucional y porque fija el orden de valores que vincula a todos los actores del poder y a la propia «sociedad» de los ciudadanos europeos; **2)** también, se puede considerar que ejerce la función de un orden básico del espacio supranacional que sustituye a los espacios nacionales en los ámbitos transferidos.

Sin embargo, el CEDH formalmente representa un Tratado internacional concluido por los Estados miembros del Consejo de Europa, pero sustancialmente responde a la función de significar un orden constitucional. Así, se manifiesta el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) porque expresa que «el CEDH constituye un orden público europeo» y es un instrumento constitucional ⁽³⁾. En este sentido, se destaca que la naturaleza

⁽¹⁾ En los sistemas jurídicos continentales, la jurisprudencia no es una fuente jurídica autónoma sino es un medio de interpretación de la legislación o de las normas constitucionales. No obstante, sobre la base de la jurisprudencia se desarrolla Derecho consuetudinario.

⁽²⁾ La práctica constitucional no es una fuente jurídica pero potencialmente representa un elemento para la creación del Derecho consuetudinario o bien un elemento que sirve de interpretar normas constitucionales, sin embargo, en países como Alemania por razones históricas, el impacto de la práctica constitucional en la interpretación de las normas constitucionales es bastante reducido para evitar cambios en el Derecho constitucional sin que se produzca un proceso de reforma formal de la LF.

⁽³⁾ *Vid. Loizidou*, 310 ECHR, Ser. A 1995.

del CEDH como Derecho constitucional deriva esencialmente del impacto funcional que tiene sobre los órdenes constitucionales de los Estados miembros. Esto se debe a que los Tribunales constitucionales suelen desarrollar la labor de interpretación de los derechos fundamentales nacionales siguiendo las orientaciones marcadas por el TEDH, lo cual ha originado un principio de interpretación de los derechos fundamentales nacionales a la luz del Derecho internacional, en particular atendiendo a los impactos del CEDH. Ciertas Constituciones como la Constitución española en su art. 10 contienen tal obligación expresa, y en otros sistemas constitucionales la jurisprudencia ha elaborado dicho principio como regla de interpretación⁽⁴⁾. En definitiva, la conexión funcional resultante entre el CEDH con las Constituciones nacionales, se puede considerar que constituye el argumento más importante para fundamentar la naturaleza constitucional del CEDH.

En resumen, se constata la existencia de tres ordenamientos constitucionales concernientes a la protección de los derechos fundamentales en Europa, los cuales no se pueden considerar ni interpretar de forma aislada sino bajo la óptica de una visión de coherencia. Ésta concepción de la coherencia de la multiplicidad de textos constitucionales fue presentada por el Consejo Constitucional de Francia en 1971⁽⁵⁾, a partir de la representación de un «bloque de la constitucionalidad» en relación a las fuentes constitucionales del Derecho interno francés. Al respecto, la citada representación respondía a la finalidad de constatar la existencia de un sistema de protección de derechos fundamentales, el cual era el resultado de la confluencia de varias fuentes con vigencia normativa actual (la Constitución de 1958) o con carác-

ter histórico (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798⁽⁶⁾, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios de las Leyes de la República estableciendo los derechos fundamentales).

Desde esta perspectiva, parece legítimo que se pueda transferir el citado término «bloque de la constitucionalidad» a la relación resultante entre las normas nacionales y las normas internacionales y supranacionales. Esta coherencia particular de este «bloque» favorece una convergencia entre las normas de los tres niveles jurídicos la cual desemboca en el desarrollo de principios constitucionales comunes en Europa, comprendidos como un cuerpo del Derecho constitucional europeo.

2. La protección de los derechos fundamentales en Europa: interdependencia e interacciones.

2.1. Unión Europea y Estados miembros.

La relación entre la Unión Europea y los Estados miembros se caracteriza a raíz del principio de primacía del Derecho supranacional sobre el Derecho nacional, ordinario y constitucional. Este concepto fue elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde el inicio del proceso de integración europea⁽⁷⁾, el cual también aplica el citado principio sobre el Derecho constitucional nacional⁽⁸⁾. No es un principio escrito porque ha sido establecido por la jurisprudencia, el cual ha sido reconocido por los Estados miembros porque aceptan la primacía del Derecho supranacional sobre el Derecho ordinario. Sin embargo, los Tribunales constitucionales nacionales no admiten la primacía absoluta sobre el Derecho constitucional nacional sino la primacía relativa para mantener intacto el núcleo duro del orden constitucional, representativo de la «identidad constitucional»⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Vid., por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) en el Asunto *Görgülü*, vol. 111, 307.

⁽⁵⁾ Vid. 71-44 DC de 16 julio 1971, en *Journal officiel* de 18 julio 1971, p. 7114. Éste se refiere al preámbulo de la Constitución de 1958, porque constituye el puente constitucional para proceder a la integración normativa de dichos principios en las Leyes de la República.

⁽⁶⁾ Vid. 73-51 DC de 27 diciembre 1973, en *Journal officiel* de 28 diciembre 1973, p. 14004.

⁽⁷⁾ Vid. *Costa v. ENEL*, 1964, p. 1251.

⁽⁸⁾ Vid. *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970, p. 1125.

⁽⁹⁾ Vid. la decisión del TCF alemán en el asunto *Tratado de Lisboa*, vol. 123, 267. Se considera interesante destacar que el Tribunal constitucional polaco

También, esta situación se produce en el ámbito de los derechos fundamentales desde el 1 de Diciembre del 2009, gracias a que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entra en vigor con el Tratado de la Unión. Este catálogo de derechos tiene primacía sobre el Derecho nacional ⁽¹⁰⁾, porque la Carta vincula a las Instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros cuando aplican o ejecutan el Derecho supranacional. Esta segunda alternativa es bastante frecuente porque una gran parte de éste, normalmente suele ser aplicado por los órganos nacionales. En dichos casos, se aplica exclusivamente la Carta en conformidad con su art. 51.1 al respecto, lo cual debe ser aceptado por los Estados miembros sobre la base del principio de primacía del Derecho supranacional. Esta cuestión ha sido tratada en Alemania desde el año 1974 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF) a raíz de la decisión *Solange I* ⁽¹¹⁾, la cual expresó que se aplicaban los derechos fundamentales propios de la Ley Fundamental de Bonn. En esta época, esta decisión se debe a la falta de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico supranacional. Transcurrido doce años después, en 1988, el TCF constata en la decisión *Solange II* que la protección de los derechos fundamentales ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia bajo la forma de los principios generales del Derecho comunitario ⁽¹²⁾. Al respecto consi-

deró que la protección ofrecida al individuo por la «carta jurisprudencial» era adecuada. Así, el TCF renuncia a aplicar los derechos fundamentales alemanes y atribuye la función de proteger al individuo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Cabe destacar que las dos Sentencias citadas respetan la dinámica del proceso de integración europea, porque el TCF renuncia a ejercer la jurisdicción en la esfera de los derechos fundamentales desde el preciso momento en que el poder supranacional ha creado una protección adecuada a favor del individuo. A día de hoy, esta concepción es válida ⁽¹³⁾ siempre que el nivel de protección supranacional no se reduzca esencialmente. Tal reducción implicaría que se aplicasen los derechos fundamentales alemanes para ofrecer una protección adecuada al individuo. En principio, el TCF se considera «el guardián de los derechos del ciudadano alemán» lo cual no impide que reconozca en materias «mixtas», por ejemplo la ejecución de una norma supranacional por una autoridad nacional, la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para controlar la conformidad del acto supranacional con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE. Esta perspectiva es consecuente, en el supuesto de que la autoridad nacional no disponga de un margen de discrecionalidad sino tenga que ajustarse estrictamente a las condiciones previstas por el acto supranacional. En cambio, los derechos fundamentales nacionales se siguen aplicando, si la autoridad nacional goza de un margen de discrecionalidad al respecto.

A raíz de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece un nivel de protección alto, que se garantiza a través de la forma escrita del texto citado el cual forma parte del Derecho primario de la Unión Europea. En definitiva, los conflictos de naturaleza puramente nacional se resuelven gracias a la ayuda de los derechos fundamentales nacionales, pero siempre en armonía con los principios supranacionales. Así, los derechos

no acepta la primacía sobre el Derecho constitucional en general. Sin embargo, obliga a interpretar las normas del Derecho constitucional nacional a la luz del Derecho supranacional. Atendiendo a la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales de las nuevas democracias, véase ARNOLD, *Verfassungsidentität und Europäische Integration. Die Perspektive der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichte*, en KÜPPER (dir.), *Von Kontinuität und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten. Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 75. Geburtstag*, 2011, pp. 309-319.

⁽¹⁰⁾ Polonia y Gran Bretaña no han aceptado la aplicación de Carta en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, pero se les obliga a respetar los derechos fundamentales no escritos elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

⁽¹¹⁾ *Vid.* vol. 37, p. 271.

⁽¹²⁾ *Vid.* vol. 73, p. 339.

⁽¹³⁾ *Vid.* TCF, vol. 102, p. 147.

fundamentales nacionales que se atribuyen exclusivamente a los ciudadanos alemanes, por ejemplo el art. 12.1 de la LF en relación a la libertad profesional, el efecto de la protección se debe extender a los ciudadanos europeos para evitar que sean discriminados al respecto. A esta misma perspectiva, responde que el TCF extienda la aplicación del art. 19.3 de la LF concerniente a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas a todas las personas jurídicas de los países miembros de la Unión ⁽¹⁴⁾.

2.2. La influencia de los conceptos nacionales en el Derecho supranacional. Al inicio del proceso de integración europea, no existían los derechos fundamentales escritos en el Derecho primario supranacional. A partir del año 1960, el Tribunal de Justicia comienza a formular los derechos no escritos comprendidos bajo los principios generales del Derecho comunitario, los cuales extraía de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Esto último evidencia que el Derecho constitucional nacional tuvo un gran impacto sobre el Derecho de las Comunidades Europeas. Este proceso tuvo una duración de 50 años, hasta la formulación de los derechos escritos en la Carta. Al respecto, los Capítulos I y II de esta última contiene derechos fundamentales los cuales conceptualmente son de origen nacional. Cabe destacar que el art. 52.4 de la Carta obliga a interpretar los derechos fundamentales resultantes de las Constituciones nacionales atendiendo al sentido de la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, la influencia del Derecho constitucional nacional sobre la interpretación de los derechos fundamentales supranacionales es bastante considerable. Así como, es importante señalar que la Carta no es el único documento concerniente a la protección de los derechos fundamentales, porque siguen existiendo los principios generales que responden a la finalidad de proteger al individuo. Estos tienen carácter constitucional y fuerza normativa sobre la base del art. 6.3 del TUE destina-

dos a completar las normas escritas previstas en la Carta. Al respecto, se debe tomar en consideración que la protección eficaz y completa de los derechos fundamentales del individuo es una finalidad fundamental del Derecho constitucional moderno.

2.3. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y los Estados miembros del Consejo de Europa. Los 47 Estados miembros de del Consejo de Europa tienen que observar el CEDH el cual representa la función de un documento constitucional aunque formalmente se exteriorice como un Tratado internacional, tal como se ha manifestado anteriormente. La obligación de los Estados signatarios se fundamenta en el Derecho internacional público sobre la base del principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, el carácter funcional del sistema del CEDH, se debe a que existe un Tribunal el cual es accesible a los individuos siempre que hayan agotado las vías legales internas. En este sentido, se destaca que el TEDH ha creado un conjunto de normas protectoras a favor del individuo desde hace más de 60 años en la jurisprudencia que tienen una fuerte influencia sobre las concepciones estatales. Cabe señalar que a pesar de que los ordenamientos jurídicos nacionales y el CEDH formalmente son distintos entre sí, esto no ha impedido que funcionalmente se hayan fusionado al respecto. Tal como se ha manifestado anteriormente, han sido desarrollados principios de interpretación que intentan establecer una armonización conceptual entre los contenidos de los Derechos nacionales y el CEDH, los cuales han favorecido la europeización de los estándares nacionales. Cabe destacar que el impacto del CEDH no despliega únicamente sobre el Derecho constitucional sino también tiene impacto sobre el ordenamiento normativo ordinario en los sistemas jurídicos que reconocen la primacía del Derecho internacional sobre la legislación. En estos casos si se produce un conflicto entre el CEDH y una Ley, los jueces tienen la obligación de aplicar el CEDH y no la legislación nacional incompatible al respecto. Así, en los ordenamientos tradi-

⁽¹⁴⁾ *Vid.* vol. 129, p. 78.

cionales como el francés⁽¹⁵⁾, se señala que si una Ley no se aplica porque es incompatible con el CEDH representa una incisión del sistema tradicional, lo cual demuestra la gran influencia que tiene el CEDH sobre el sistema nacional. Un fenómeno similar sucede en Gran Bretaña, porque el mecanismo del Human Rights Act se opone funcionalmente al principio tradicional de la soberanía del Parlamento⁽¹⁶⁾.

Se considera importante mencionar el impacto del CEDH durante la elaboración de los textos constitucionales procedentes de las nuevas democracias de la Europa central y la Europa del Este, porque tuvo un alcance bastante significativo el cual se sigue manifestando permanentemente en la jurisprudencia de sus respectivos Tribunales constitucionales. En estos países, la interpretación de los derechos fundamentales nacionales a la luz de la jurisprudencia internacional se aprecia bastante para fundamentar la orientación del ordenamiento nacional en sintonía con la comunidad europea e internacional, lo cual confirma que la solución nacional tiene «legitimación internacional»⁽¹⁷⁾.

2.4. Los Estados signatarios y el CEDH. La influencia de los Estados signatarios del CEDH se produce indirectamente: los jueces del TEDH provienen de diferentes culturas nacionales los cuales importan la perspectiva de su propia educación jurídica de origen. Así como, es importante destacar la importancia que tiene la exigencia de que las vías legales nacionales se agoten antes de recurrir al TEDH, porque se introduce la perspectiva nacional de los derechos fundamentales nacionales destinada a ser considerada por el TEDH. También, es importante destacar la importancia que tiene las demandas de

los recurrentes sobre la base del Derecho constitucional interno en función de los derechos fundamentales nacionales que se corresponden con los derechos del CEDH ante los Tribunales nacionales. En este caso, estos resuelven el problema jurídico desde la perspectiva constitucional nacional. De tal manera, introducen la propia visión nacional en la perspectiva del TEDH que se ocupa, tras el agotamiento de las vías legales nacionales, con esta solución nacional. Así, los jueces del TEDH se confrontan con las concepciones nacionales, si bien no tienen la obligación de aceptarlas⁽¹⁸⁾.

2.5. Influencias e impactos horizontales. Las relaciones entre los niveles constitucionales en Europa son *verticales*, pero también se debe considerar las relaciones *horizontales* entre: a) la Unión Europea y el CEDH (en este caso, desde que se produzca la adhesión de la Unión Europea al CEDH se transformará en una relación vertical) y; b) entre los Estados europeos (los Estados miembros del Consejo de Europa) entre sí.

La relación entre la Unión Europea y el CEDH se caracteriza así: la UE tiene la obligación de observar el CEDH en relación al Derecho de la Unión Europea, la cual es una obligación unilateral y autónoma. De este modo, la citada vinculación se expresa en el art. 6.2 del

⁽¹⁸⁾ Lo mismo sucede si el recurrente invoca directamente el Derecho del CEDH ante los tribunales nacionales, en particular en los sistemas jurídicos en los que el CEDH tiene un rango superior a la Ley. En este último caso, se debe a que también la perspectiva nacional refleja que el rango interno de la Constitución es superior al CEDH. Al respecto, el examen del tribunal nacional debe considerar la relación entre el impacto interno del CEDH y la Constitución. Así, la perspectiva nacional se expresa a través de la decisión adoptada por el tribunal nacional, la cual debe ser considerada por el TEDH. Parece que las reflexiones de los tribunales nacionales pueden ejercer una cierta influencia sobre la decisión del TEDH. En este contexto tiene importancia la subsidiariedad del concepto del CEDH en relación a la solución nacional. Al respecto, la subsidiariedad es expresada por el TEDH a través de la aceptación del margen nacional de discrecionalidad. Las decisiones nacionales precedentes demuestran la solución nacional en este contexto. Así, véase ARNOLD, *Fundamental Rights Review in Europe: Substitution or Standard Control?*, en PALERMO, POGGESCHI, RAUTZ, WOELK (edic.), *Globalization, Technologies and Legal Revolution*, en Nomos, pp. 189-198.

⁽¹⁵⁾ Véase MARTINICO, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, en *EJIL*, 2012, vol. 23, p. 401-424, <http://www.ejil.org/>.

⁽¹⁶⁾ <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁽¹⁷⁾ *Vid.*, por ejemplo, ARNOLD, GERASIMTCHUK, *Die EMRK in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation, en Entwicklungen im Europäischen Recht*, vol. 5, 2003.

primer Tratado de la UE que entró en vigor en el año 1993, y posteriormente fue recogido en el art. 6.3 del segundo Tratado de la UE el cual entró en vigor en el año 2009. Estas normas demuestran la «apertura» de la UE al CEDH. Cabe destacar que este acercamiento ha sido favorecido por los jueces comunitarios porque se han apoyado en los principios del CEDH para desarrollar los principios no escritos del Derecho comunitario con carácter de derechos fundamentales⁽¹⁹⁾, paralelamente a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

En el estadio presente, esta orientación hacia el CEDH es plenamente visible. Esto se debe a que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea refleja esencialmente una fuerte influencia del CEDH, principalmente el Capítulo VI dedicado a los derechos de justicia. Desde esta perspectiva, se destaca el art. 52.3 de la Carta porque la interpretación de los derechos resultantes del CEDH se tiene que desarrollar a la luz de la jurisprudencia del TEDH para armonizar los dos niveles de garantía.

En un futuro próximo, se producirá la adhesión de la UE al CEDH, la cual se modificó para facilitar la adhesión. En el Tratado de adhesión se contempla varios mecanismos para adaptar la situación de la UE al sistema de protección del CEDH. Esta situación particular deriva del hecho de que la gran mayoría de los reglamentos y otros actos de la UE son aplicados por las autoridades nacionales. Esto significa que el legislador es la UE pero la ejecución de la legislación supranacional se atribuye a las instituciones nacionales. Esta divergencia podría provocar ciertas dificultades en relación al acceso al recurso por violación de los derechos del CEDH, si esta violación es originada por la legislación supranacional la cual tiene que ser aplicada obligatoriamente por la autoridad nacional porque no dispone de un margen de discrecionalidad. En el Tratado de adhesión se establece la posibilidad de que si el

recurso se dirige en contra de la institución nacional porque aplica el acto normativo supranacional, la UE se tiene que presentar como «co-defensora», para que el efecto de la Sentencia tenga fuerza vinculante para el Estado demandado y para la Unión Europea. También, se prevé la posibilidad de que se produzca una participación formal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁽²⁰⁾.

Producida la adhesión de la UE al CEDH, se señala que éste tendrá rango intermedio entre el Derecho primario y el Derecho secundario, además de que tendrá un rango superior al Derecho nacional de los Estados miembros de la UE sobre la base del art. 216.2 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE. El CEDH se convierte en «parte integral»⁽²¹⁾ del Derecho de la UE, pero permanece indemne la naturaleza propia de ser una fuente del Derecho internacional. Los derechos del CEDH serán directamente aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión. La interpretación de los derechos del CEDH por el TEDH influirá esencialmente sobre la interpretación de los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la cual tiene rango de Derecho primario de la Unión Europea. Esta influencia se efectuará no sólo a la luz de la regla del art. 52.3 de la Carta sino va mucho más lejos, porque representa una directriz para la interpretación del conjunto de los derechos fundamentales de la Carta. En este sentido, el fuerte impacto del CEDH es un fenómeno visible en todos los ordenamientos jurídicos nacionales, el cual representa una tendencia general del Derecho constitucional europeo⁽²²⁾.

Acerca de las relaciones horizontales entre los Estados europeos, se puede considerar que existe un gran espectro de formas de «judicial dialogue», comprendido como el

⁽¹⁹⁾ Muy significativa es la Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto 44/79, *Hauer*, en Rec. 1979, p. 3727.

⁽²⁰⁾ Véase JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, en *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 995-1023.

⁽²¹⁾ *Vid.* la jurisprudencia del TJCE, Asunto 181/73, *Haegeman*, en Rec. 1974, p. 449.

⁽²²⁾ Véase las sentencias recientes del TCF sobre la detención de seguridad <http://www.bverfg.de/>.

diálogo entre los Tribunales el cual consiste en considerar comparativamente las soluciones alcanzadas en cuestiones parecidas. Cabe destacar que la creciente convergencia se demuestra en el campo de los derechos fundamentales y el concepto del Estado de Derecho lo cual se debe en gran medida a que son Estados integrados en sistemas comunes tales como el CEDH y la UE. Esta razón favorece frecuentemente el «diálogo indirecto», el cual se fortalece por la asimilación de los conceptos sobre la base de las exigencias comunes propias de la integración institucional mencionada⁽²³⁾. En definitiva forma parte de la «mentalidad transnacional» la cual es fruto de la globalización y, en Europa, es el resultado del proceso de europeización.

3. La «individualización» como tendencia primaria del Derecho constitucional europeo. La individualización del Derecho constitucional en Europa se corresponde con el enfoque básico del constitucionalismo europeo actual, el cual radica en el enfoque antropocéntrico porque el respeto de la dignidad humana constituye el fundamento esencial de la protección de los derechos fundamentales del individuo.

Esta protección debe satisfacer una doble exigencia porque debe ser: a) sustancialmente *completa*; y b) funcionalmente *eficaz*.

La primera exigencia se basa en la idea de que los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores que vinculan al Estado y a la sociedad. El valor supremo es la dignidad humana porque es la fuente de todos los derechos fundamentales escritos y no escritos. La finalidad básica de la Constitución radica en la protección del individuo, es consiste en garantizar su dignidad, libertad y autonomía, la cual solo se logra ofreciéndole al individuo una protección completa. Este orden de valores no tiene lagunas porque la idea básica y vinculante de la Constitución consiste en proteger al individuo a la luz del enfoque antropocéntri-

co del constitucionalismo moderno, lo cual comprende una protección completa. En los supuestos en los que la Constitución no contenga derechos en relación a nuevos peligros que atenten contra la libertad del individuo, la tarea inherente de desarrollar las nuevas garantías a partir de la interpretación del texto constitucional corresponde al juez, y en particular al juez constitucional. Si no existe un punto de referencia en el texto escrito de la Constitución, el juez debe apoyarse en los principios generales del orden constitucional para desarrollar los aspectos necesarios destinados a garantizar la protección completa del individuo. En este sentido, se señala como un ejemplo significativo la labor del TCF respecto a la LF, la cual no contenía en el texto escrito ningún artículo concerniente al derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, la jurisprudencia del TCF ha creado un derecho denominado «auto-determinación sobre los datos personales», en particular en el marco del procesamiento electrónico de datos⁽²⁴⁾. Cabe destacar que este derecho se deduce a partir del art. 2.1 atinente al derecho al libre desarrollo de la personalidad (que ha sido interpretado de forma amplia en la jurisprudencia como un derecho general de libertad), y principalmente sobre la base del art. 1.1 concerniente a la garantía de la dignidad humana. Un abanico amplio de derechos específicos sobre la personalidad fueron «creados» por la jurisprudencia del TCF desde los años 1960, y hace cinco años se añadió el derecho a la «confidencialidad e integridad» del PC, y en general a la protección de los sistemas de información informáticos para limitar las competencias y las actuaciones de las investigaciones de la policía⁽²⁵⁾.

Antes de finalizar el comentario sobre esta primera exigencia, se acentúa que corresponde al juez la labor de interpretar los derechos fundamentales a la luz del principio del «efecto útil» aplicado por los Tribunales de

⁽²³⁾ Vid., por ejemplo, JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, en www.tilj.org/.

⁽²⁴⁾ *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, TCF, vol. 65, p. 1.

⁽²⁵⁾ Vid. TCF, vol. 120, p. 274.

Estrasburgo y Luxemburgo ⁽²⁶⁾, lo que significa una interpretación a favor de la eficacia completa del derecho fundamental.

Así, se pasa a la segunda exigencia la cual consiste en la eficacia funcional de los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Este aspecto, principalmente concierne a la restricción de los derechos fundamentales. Así, existen dos posibilidades: 1) la restricción por Ley, es decir sobre la base de un acto legislativo y no un acto ejecutivo; 2) la ponderación, a nivel constitucional, entre dos o más derechos fundamentales en conflicto, si la Constitución no prevé la posibilidad de que la restricción de un derecho fundamental se puede efectuar a través de la legislación.

Estas restricciones estrictamente tienen que desarrollarse en base a la observancia del principio de proporcionalidad y no debe afectar al «contenido esencial» del derecho fundamental. Al respecto, la restricción por Ley explícitamente fue establecida por el art. 19 de la LF, el cual fue adoptado como ejemplo por otras Constituciones tal como el art. 53.1 de la Constitución de España. Cabe destacar que este ejemplo ha sido adoptado por el documento más reciente del constitucionalismo europeo representado por la Carta a día hoy, porque el art. 52.1 de la Carta menciona expresamente este límite y también los otros límites mencionados.

Sin embargo, el elemento principal de la eficacia funcional de los derechos consiste en la exigencia indispensable de que puedan ser invocados frente a los Tribunales, así en algunos países existe la acción procesal del Recurso de Amparo pero no en otros, los cuales sustituyen funcionalmente la citada protección procesal a favor de otros instrumentos jurisdiccionales tales como el incidente procesal de la «vía incidental» ⁽²⁷⁾.

Finalmente, en unos países una parte de los derechos fundamentales, en particular los derechos sociales, son concebidos como

normas programáticas, las cuales no son susceptibles de ser invocadas por los individuos frente a los tribunales pero tienen que ser realizadas «en sustancia» por el legislador.

Así, se concluye que otro aspecto importante de la eficacia funcional de los derechos fundamentales consiste en que los derechos fundamentales no sean solamente considerados como derechos subjetivos de defensa, es decir no desempeñen sólo la «dimensión negativa» comprendida como límites a las intervenciones del poder público en la esfera personal del individuo. A día de hoy, un aspecto importante de la eficacia funcional de los derechos fundamentales se encuentra en la «dimensión positiva» la cual obliga al Estado a garantizar la esfera de protección del individuo desarrollando una protección «activa» a través de la adopción de Leyes adecuadas las cuales protejan efectivamente los valores sobre los que garantiza el derecho fundamental a la vida, la salud, la propiedad, etc.

4. Conclusión. En Europa, la protección de los derechos fundamentales se efectúa sobre la base de tres niveles constitucionales: los ordenamientos nacionales, la organización supranacional de la Unión Europea y el CEDH.

Estos tres niveles de protección jurídicamente son autónomos pero funcionalmente son interdependientes e interactivos entre sí. Esto último origina que se produzcan impactos o influencias recíprocas, las cuales contribuyen a que se desarrolle un conjunto convergente acerca de la protección de los derechos fundamentales en Europa.

Para concluir se recuerda que la tendencia común europea se centra en fortalecer la posición del individuo, es decir se dirige a realizar la proyección de su esfera de dignidad, libertad y autonomía. La protección debe ser sustancialmente completa y funcionalmente eficaz. Los derechos fundamentales «escritos» de los textos constitucionales del espacio constitucional europeo deben ser interpretados según el principio del «efecto útil». La jurisprudencia debe desarrollar las garantías aunque no sean escritas. La eficacia

⁽²⁶⁾ Véase ΠΟΤΑΪΣ, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, en *EuR*, 2009, p. 465, en <http://www.europarecht.nomos.de/>.

⁽²⁷⁾ *Vid.* Corte cost., <http://www.cortecostituzionale.it/>.

funcional de la protección del individuo exige que se limite la intervención del legislador para restringir los derechos. En consecuencia, el núcleo intangible del contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de

proporcionalidad debe ser estrictamente observado para garantizar la eficacia funcional de la protección del individuo.

Rainer Arnold

Protección del Medio Ambiente

Bibliografía: MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2011; MOLINA DEL POZO, *Tratado de Lisboa Tratado de la Unión Europea, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, Carta Europea de Derechos Fundamentales: textos consolidados y anotados*, Madrid, 2011.

En los inicios de la Unión Europea, concretamente en los Tratados constitutivos, no encontramos disposiciones respecto a la protección o el cuidado del medio ambiente. Históricamente, en los años 50, cuando se firmaron los Tratados mencionados, el medio ambiente era un asunto que carecía de relevancia política o social.

Es recién a finales de los años 60, cuando se inicia la andadura de la Unión respecto al medio ambiente, al dictarse las primeras normas medioambientales comunitarias; como, por ejemplo, la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas; o la sucesiva Directiva 69/81/CEE del Consejo, de 13 de marzo de 1969, de modificación de la Directiva del Consejo, de 27 de junio de 1967, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

Ahora bien, a inicios de los años setenta, Europa inicia un fuerte compromiso en de-

fensa del medio ambiente⁽¹⁾. Así, en los pri-

⁽¹⁾ A este respecto, ha marcado un hito en la política internacional sobre medio ambiente la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, conocida como Conferencia de Estocolmo, convocada en dicha ciudad por la ONU entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Esta Conferencia, ha dado un particular impulso a las políticas de protección del medio ambiente en la Unión Europea, convirtiéndose, en lo que se refiere a los problemas ambientales globales, en un cambio hacia una visión moderna, política y pública, de estos temas. Como ejemplo de este compromiso, en la década del '70, encontramos una profusión de Directivas y Decisiones del Consejo, tendientes a regular y armonizar diversos temas y problemas medioambientales. De entre ellas, haremos mención a las más destacadas, como pueden ser: 70/157/CEE: Directiva del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor; 72/306/CEE: Directiva del Consejo, de 2 de agosto de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las medidas que deben adoptarse contra las emisiones de contaminantes procedentes de los motores diesel destinados a la propulsión de vehículos; 75/440/CEE: Directiva del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros; 75/442/CEE: Directiva del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos; 75/716/CEE: Directiva del Consejo, de 24 de noviembre de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el contenido de azufre de determinados combustibles líquidos; 76/160/CEE: Directiva del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño; 76/403/CEE: Directiva del Consejo, de 6 de abril de 1976, relativa a la gestión de los policlorobifenilos y policloroterfenilos; 76/464/CEE: Directiva del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligro-

meros años, la protección de la calidad del aire y el agua, la conservación de los recursos y de la biodiversidad, la gestión de los residuos y de las actividades con efectos perjudiciales, o el ruido; son algunos de los ámbitos de injerencia de la Unión Europea en esta época.

Ya sea por la conformación a lo largo de la historia, o por el propio, y actual, carácter de competencia compartida de la Unión con los Estados miembros, determinado en el art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere a medio ambiente, la Unión ha desarrollado tanto medidas específicas relacionadas a problemas medioambientales concretos, como disposiciones transversales integradas en otras políticas.

Si bien competencia compartida, la Unión en sus Tratados ha querido dotar de importancia y especial protección al tema del medio ambiente. Como prueba de ello, en el vigente Tratado de la Unión Europea, en el art. 3.5, se determina como parte de los va-

lores e intereses que la Unión reconoce como propios y que se compromete a promover en sus relaciones con el resto del mundo, el desarrollo sostenible del planeta.

Según podemos leer en la página web de la Unión Europea respecto a esta nueva perspectiva que supone asociar la protección del medio ambiente con el concepto de desarrollo sostenible, tradicionalmente, entendemos a este nuevo término como: «un tipo de desarrollo que responde a las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de responder a las suyas, lo que significa, en otras palabras, procurar que el crecimiento actual no ponga en riesgo las posibilidades de crecimiento de las generaciones futuras. El desarrollo sostenible consta de tres vertientes, la económica, la social y la medioambiental, que deben abordarse políticamente de forma equilibrada (...). El principio de integración de la dimensión medioambiental en las políticas europeas con repercusiones en el medio ambiente complementa, entre otras cosas, la estrategia en favor del desarrollo sostenible, adoptada en 2001 y revisada en 2005»⁽²⁾.

Asimismo, y completando la mención de la protección del medio ambiente en los Tratados de la Unión Europea, en el art. 11 del TFUE, encontramos esta asociación entre protección del medio ambiente y desarrollo sostenible, de forma aún más explícita: «Las exigencias de la protección del medio am-

sas vertidas en el medio acuático de la Comunidad; 76/769/CEE: Directiva del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos; 77/586/CEE: Decisión del Consejo, de 25 de julio de 1977, por la que se suscribe el convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación química y el acuerdo adicional firmado en Berna, el 29 de abril de 1963, sobre la Comisión internacional para la protección del Rin contra la contaminación; 78/176/CEE: Directiva del Consejo, de 20 de febrero de 1978, relativa a los residuos procedentes de la industria del dióxido de titanio; 78/319/CEE: Directiva del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a los residuos tóxicos y peligrosos; 78/659/CEE: Directiva del Consejo, de 18 de julio de 1978, relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces; 79/409/CEE: Directiva del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres; 79/869/CEE: Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1979, relativa a los métodos de medición y la frecuencia de los muestreos y del análisis de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros; 79/923/CEE: Directiva del Consejo, de 30 de octubre de 1979, relativa a la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos; 80/68/CEE: Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas.

⁽²⁾ Vid. <http://europa.eu/>. Asimismo, consultar el informe Indicadores de desarrollo sostenible para seguir la aplicación de la estrategia de desarrollo sostenible de la UE [SEC (2005) 161 - no publicados en el Diario Oficial], la Comunicación de la Comisión, de 9 de febrero de 2005, titulada «Revisión en 2005 de la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible: Primer balance y orientaciones futuras» [COM (2005) 37 final - no publicada en el Diario Oficial]; Comunicación de la Comisión, de 22 de octubre de 2007, titulada «Informe provisional sobre la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2007» [COM (2007) 642 final - no publicada en el Diario Oficial]; y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 de julio de 2009, titulada «Incorporación del desarrollo sostenible en las políticas de la UE: informe de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible» [COM (2009) 400 final - no publicada en el Diario Oficial].

biente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

En resumen, de lo hasta aquí expuesto, podemos decir que, en los Tratados en vigor, la Unión defiende una protección del medio ambiente y un compromiso con el desarrollo sostenible, incluso cuando dicho ámbito, el del medio ambiente, no resulta una competencia exclusiva, sino compartida con los Estados miembros.

Por otra parte, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 37, encontramos el reconocimiento de esta problemática dentro de su Capítulo IV, dedicado no casualmente a la Solidaridad. Así, se reconoce el Derecho a la protección y mejora del medio ambiente «con arreglo al principio de desarrollo sostenible», garantizado por la obligatoriedad de integrar el tema en «las Políticas de la Unión».

Como podemos apreciar, desde los comienzos, en que no hubo cabida para el medio ambiente en los Tratados, hasta su reconocimiento como parte de los valores propios de la Unión en los Tratados vigentes, y su inclusión y protección en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), se ha recorrido un largo camino. Ahora bien, como prueba de esta construcción paulatina, parte de la doctrina entiende que tratar a la protección del medio ambiente como un principio en el desarrollo de las políticas de la Unión Europea, limita sus posibilidades de protección real y las acciones de la comunidad, no consagrando el Derecho subjetivo a un *medio ambiente sano*.

Como prueba de ciertas contradicciones existentes, incluso en tiempos cercanos, nos referiremos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ciertas sentencias⁽³⁾, el Tribunal ha reconocido

⁽³⁾ *Vid.* como ejemplo, el asunto Powell et Rayner contra Royaume-Uni, STEDH de 21 de febrero de 1990; asunto López Ostra contra España, STEDH de 9 de diciembre de 1984; o, asunto Guerra y otros contra Italia, STEDH de 19 de febrero de 1998.

y brindado protección a ciudadanos que defendían el hecho de que un problema medioambiental afectaba su calidad de vida privada, relacionándolo con el art. 8 del Convenio que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Y, en otros casos⁽⁴⁾, y con similares bases jurídicas, ha determinado que no se reconoce expresamente, en el citado Convenio, el derecho a un medio ambiente sano como tal.

Volviendo al tema de la protección del medio ambiente en el Derecho de la Unión Europea, y específicamente en los Tratados, encontramos el Título XX del TFUE, dedicado íntegramente al medio ambiente.

Así, el art. 191 del TFUE, en su apartado primero, determina los objetivos de la política de la Unión Europea respecto al medio ambiente como los siguientes: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático.

Podemos apreciar cómo, a la unión de protección del medio ambiente con el concepto de desarrollo sostenible, explicadas con anterioridad, se suma un nuevo problema a considerar y a unir a este tándem, como es el cambio climático.

En relación a este problema, y en el desarrollo de sus políticas, la Unión ha implementado el Programa Europeo sobre Cambio Climático⁽⁵⁾ (PECC), elaborando una Estrategia hasta 2020⁽⁶⁾, estableciendo

⁽⁴⁾ A este respecto, podemos mencionar los siguientes asuntos: TEDH, 22 de mayo de 2003, *Kyrtatos v. Grecia*; Id., GS, 8 de julio de 2003, *Hatton et al. v. Reino Unido*.

⁽⁵⁾ Comunicación de la Comisión, de 8 de marzo de 2000, sobre políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero: hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático (PECC) [COM (2000) 88 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁽⁶⁾ *Vid.* <http://europa.eu/>; la Comunicación de la

también Programas de Vigilancia⁽⁷⁾, especialmente en lo que se refiere al control de los gases de efecto invernadero. En este sentido, podemos resumir como los objetivos y ámbitos de actuación de la Unión, consumir de forma más racional una energía menos contaminante, disponer de medios de transporte más limpios y equilibrados, responsabilizar a las empresas sin poner en peligro su competitividad, obrar por que la ordenación territorial y la agricultura estén al servicio del medio ambiente y crear un entorno favorable para la investigación y la innovación.

El punto 2 del art. 191 del TFUE, reconoce un aspecto muy importante, como es «la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión»; imponiendo para la propia Unión, la obligatoriedad de seguir, en esta materia, los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y el principio de *quien contamina paga*.

Haremos aquí un alto para referirnos al último de los principios citados, el de quien contamina paga. Esta dinámica pretende garantizar la inclusión de los costes ambientales en las actividades productivas, evitando así que

Comisión, de 9 de febrero de 2005, «Ganar la batalla contra el cambio climático mundial» [COM (2005) 35 - Diario Oficial C 125 de 21 de mayo 2005]; Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, «Limitar el calentamiento mundial a 2 C - Medidas necesarias hasta 2020 y después» [COM (2007) 2 final - no publicada en el Diario Oficial]; Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001 «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)» [COM (2001) 264 final - no publicada en el Diario Oficial]; o, Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005 relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible - Plataforma de acción [COM (2005) 658 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁽⁷⁾ Como ejemplo, podemos nombrar el establecimiento por la Unión Europea del Programa Europeo de Vigilancia de la Tierra, denominado GMES, así como las normas relativas a su aplicación inicial durante el período 2011-2013, recogidas en el Reglamento (UE) n. 911/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, sobre el Programa Europeo de Vigilancia de la Tierra (GMES) y sus operaciones iniciales (2011-2013).

la política de protección del medio ambiente, en su vertiente reparadora de la injerencia y los daños producidos por el hombre y sus actividades, se costee con cargo a los fondos públicos y recaiga, indirectamente, sobre los ciudadanos y las empresas contribuyentes en general. La aplicación de este principio no ha estado, ni se prevé que lo esté a corto plazo, exenta de controversia. Por una parte, resulta en algunos casos técnicamente muy complejo determinar un agente contaminante, directo o indirecto, y cuáles serán los costes reales de paliar sus efectos a corto, mediano o largo plazo. Por otra parte, no debemos caer, ni permitir que se caiga, en la fácil tentación de reordenar los vocablos y actuar en consonancia con la idea de *quien paga contamina*, que resulta diametralmente opuesta al sentido de el principio en cuestión.

El mismo punto del citado art. del TFUE (191.2) hace determina también una posibilidad de actuación especial para la Unión Europea, que podemos considerar un *refuerzo* adicional sobre la competencia compartida de medio ambiente. Así, dice el artículo, que en aplicación de los principios mencionados para alcanzar un nivel de protección elevado del medio ambiente podrá adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas de armonización que incluirán una cláusula de salvaguardia. Dicha cláusula, permitirá adoptar a los Estados miembros medidas provisionales de protección, sometidas a un procedimiento de control de la Unión.

Continuando con el extenso art. 191 del TFUE, el apartado 3 indica los criterios que la Unión Europea considerará a la hora de elaborar sus políticas de medio ambiente. De esta manera, la Unión se compromete a trabajar según los datos científicos y técnicos disponibles y a respetar y valorar la diversidad de las condiciones del medio ambiente en cada una de las regiones. Asimismo, deberá considerarse las ventajas o cargas que puedan resultar, tanto de la acción como de su falta, y el desarrollo económico y social equilibrado, tanto en su conjunto como entre las regiones.

Para concluir el artículo en cuestión, se re-

fuerza una vez más en el marco de la Unión Europea la importancia de la cooperación, tanto con terceros países como con organizaciones internacionales competentes en la materia. En este punto, es importante recordar que al ser una competencia compartida, tanto la Unión como los Estados miembros, tienen reconocida la competencia para generar acuerdos con terceros.

El art. 192 del TFUE, determina, a nivel general, el procedimiento legislativo, tanto ordinario como extraordinario, necesario para la realización de los objetivos fijados en el art. 191. Dado que en este precepto, no se hace mención especial a la protección del medio ambiente, simplemente destacaremos aquí que, en ambos casos, será necesaria la previa consulta tanto al Comité Económico y Social como al Comité de las Regiones.

Finalizando el Título XX del TFUE, el art. 193 destaca que las medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de protección del medio ambiente, no constituirán un obstáculo para que los Estados miembros mantengan y adopten medidas de mayor protección; siempre y cuando, las mismas sean notificadas a la Comisión y sean compatibles con los Tratados.

Nos gustaría terminar este artículo destacando la implicación de las políticas europeas contra el cambio climático, como medidas que refuerzan la protección del medio ambiente. Como ejemplo de este esfuerzo podemos destacar, además de los ya mencionados Programa Europeo contra el Cambio Climático y Política Climática de la Unión Europea, los Planes, Programas y Acciones tendientes a reducir los gases de efecto invernadero ⁽⁸⁾, los Programas de Vigilancia

y de Adaptación a las Consecuencias del Cambio Climático ⁽⁹⁾, la participación de la Unión en las negociaciones internacionales respecto a la actualización del Protocolo de Kioto ⁽¹⁰⁾, la promoción de formas de energía

de carbono» [COM (2010) 265 final - no publicada en el Diario Oficial]; la Decisión n. 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kioto; la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo [Véanse los actos modificativos]; y, el Reglamento (CE) n. 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, sobre determinados gases fluorados de efecto invernadero [Véanse los acto(s) modificativo(s)].

⁽⁹⁾ Recomendamos la consulta de la Decisión 2007/779/CE, Euratom del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, por la que se establece un Mecanismo Comunitario de Protección Civil (Refundición); la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 17 de octubre de 2008: «Afrontar los desafíos de la deforestación y la degradación forestal para luchar contra el cambio climático y la pérdida de biodiversidad» [COM(2008) 645 final - no publicada en el Diario Oficial]; y, el Reglamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera.

⁽¹⁰⁾ Para profundizar en este tema, puede verse: la Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 3 de junio de 1998, «El cambio climático - Hacia una estrategia post-Kioto» [COM (98) 353 final - no publicada en el Diario Oficial]; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 1999, «Preparación de la aplicación del Protocolo de Kioto» [COM (1999) 230 final - no publicada en el Diario Oficial]; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de septiembre de 2007, «Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la Unión Europea y los países en desarrollo pobres más vulnerables al cambio climático» [COM (2007) 540 final - no publicada en el Diario Ofi-

⁽⁸⁾ A este respecto, consultar: la Decisión n. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 26 de mayo de 2010 denominada «Análisis de las opciones para rebasar el objetivo del 20% de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y evaluación del riesgo de fugas

más eficientes y menos contaminantes⁽¹¹⁾, el control de los medios de transporte⁽¹²⁾, la gestión del suelo⁽¹³⁾, y las ayudas financieras, tanto directas como indirectas, para la innovación en el área de medio ambiente y el desarrollo tecnológico⁽¹⁴⁾.

cial]; y, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: el cambio climático en el contexto de la cooperación al desarrollo [COM (2003) 85 final - Diario Oficial C/2004/76].

⁽¹¹⁾ Respecto a esta cuestión, se puede citar como ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, «Una política energética para Europa» [COM (2007) 1 final - no publicada en el Diario Oficial]; la Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, «Producción sostenible de electricidad a partir de combustibles fósiles: conseguir centrales eléctricas de carbón con emisiones próximas a cero después de 2020» [COM (2006) 843 final - no publicada en el Diario Oficial]; la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad [Véanse los actos modificativos]; la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (Texto pertinente a efectos del EEE); y la Comunicación de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, «Estrategia de la UE para los biocarburantes» [COM (2006) 34 final - Diario Oficial C 67 de 18 de marzo de 2006].

⁽¹²⁾ Como ejemplo de este tema, citaremos: la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático» [COM (2005) 459 - no publicada en el Diario Oficial]; la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras [Véanse los actos modificativos]; o, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 8 de julio de 2008 - Estrategia para la aplicación de la internalización de los costes externos [COM(2008) 435 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁽¹³⁾ Por ejemplo, el Reglamento (CE) n. 967/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 834/2007 sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos.

⁽¹⁴⁾ A este respecto, recomendamos la consulta de la Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico

De todo lo dicho hasta aquí, consideramos importante destacar los grandes pasos que ha dado la Unión Europea en las últimas dos décadas, al incluir, tanto en los Tratados como en la Carta, menciones y regulaciones específicas para la *protección del medio ambiente*. Hemos dicho además, y reiteramos, la importancia de asociar la protección del medio ambiente actual con el *desarrollo sostenible*, con miras a cuidar el planeta para futuras generaciones; así como el reconocimiento de la existencia del fenómeno del *cambio climático* y la imperiosa necesidad de afrontar medidas tendientes a reducir su impacto, con miras al corto, mediano y largo plazo.

Carlos Francisco Molina del Pozo
María Rapalo Lichtensztein
Abderraman El-Hachem Debek

y demostración (2007 a 2013); la Decisión 2006/969/CE del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al séptimo programa marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de acciones de investigación y formación en materia nuclear (2007 a 2011); el Reglamento (UE) n. 670/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2012, que modifica la Decisión n. 1639/2006/CE por la que se establece un programa marco para la innovación y la competitividad (2007 a 2013) y el Reglamento (CE) n. 680/2007 por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte y energía; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (2014 a 2020) [COM (2011) 834 final - No publicado en el Diario Oficial], Procedimiento de codecisión (2011/0394/COD); o, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones «Evaluaciones del Programa Marco para la Innovación y la Competitividad» [COM (2013) 2 final - No publicado en el Diario Oficial].

Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos

Bibliografía: ANAYA, *Los derechos de los pueblos indígenas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, pp. 29-60; BARZUCO, EXENI, *Bolivia: justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, Fundación Rosa Luxemburg, La Paz, 2012, pp. 49-149; CLAVERO, FAUNDES et al., *Valor integral del convenio 169 de la OIT (debate)*, 2010, en línea available at: <http://clavero.derechosindigenas.org/>; CORTINA, *Justicia cordial*, Valencia, 2010; DÍAZ POLANCO, *Los Dilemas de la Diversidad*, en U.D.T. UNIVERSIDAD DE CHILE (edic.), *Actas XII Congreso internacional de de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile, Univeridad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 1009-1020; DUPRET, *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*, 2007, en línea; GÓMEZ, *Derecho indígena y constitucionalidad*, en U.D.T. UNIVERSIDAD DE CHILE (edic.), *Actas XII Congreso internacional de de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile, Univeridad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 1029-1050; HÖFFE, *Derecho intercultural*, 1ª ed., Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2008; ITURRALDE, *Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas*, en *Rev. alteridades*, 1997, pp. 81-98; JIMÉNEZ, *Multiculturalismo y derechos indígenas en México (tesis)*, 2005, en línea available at: <http://www.iidh.ed.cr/>; MARTÍNEZ, *Administración de justicia en contextos de diferencia cultural*, Universidad de Tarapacá; U. de Chile, 2000, Arica, pp. 223-235; MEZA-LOPEHANDÍA, *Las implicancias de la ratificación del Convenio n. 169 de la OIT en Chile*, Heinrich Bölll Stiftung, Cono Sur, Temuco, 2009; NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en la aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, 1997, en línea available at: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/>; RAMÍREZ, *El desafío de la diversidad: el pluralismo cultural como compromiso político*, en *Rev. comunicación*, n. 3, 2005, pp. 265-278; RAMÍREZ, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural*, Buenos Aires, 2001; RAMÍREZ, *Diversidad y derechos humanos, un desafío para la administración de la justicia penal*,

2004, en línea available at: <http://www.uasb.edu.ec/>; RODRÍGUEZ, ROJAS, *Pensar este tiempo: pluralismo jurídico*, La Paz, 2010; STAVENHAGEN, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, pp. 21-28; YRIGOEYEN, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos*, en CASTRO (edic.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, universidad de chile, programa internacional de interculturalidad, Vicerrectoría de investigación y desarrollo, Santiago, 2004, pp. 191-228.

1. Introducción. Cuando hablamos de Pueblos Indígenas nos referimos tanto a una categoría normativa reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos, como a una categoría sociológica, base material de la primera, articulada por lazos primordiales de orden espiritual, social y cultural, ligada regularmente a condiciones geográficas y territoriales que, en su conjunto, permiten plantear que los Pueblos Indígenas configuran una historia, culturas y lenguas en común; que poseen una cosmovisión propia, por lo que manifiestan diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas; mantienen instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia; poseen, ocupan o reivindican territorios, comprensivos de sus tierras, recursos naturales y respectivo hábitat. En su conjunto constituyen una realidad rica y compleja que es mucho más que una minoría o una raza y los pueblos indígenas se caracterizan por ser titulares de *derechos colectivos*. Esta es una definición ideal comprensiva de un amplio espectro de realidades diversas de pueblos indígenas en el mundo, las cuales, en sus respectivos contextos, pueden comprender total o parcialmente, en mayor o menor medida, la caracterización desarrollada. A partir de esta descripción se pueden desprender las características de los pueblos indígenas que veremos a continuación. En primer lugar, existe consenso en que el único término apropia-

do es el de *pueblos*, ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con una identidad propia y no solo grupos que comparten algunas características raciales o culturales, como podría ocurrir con expresiones como las de «poblaciones» y «etnias». El término «poblaciones Indígenas» lo encontramos en el Convenio n. 107 de la OIT y refiere al conjunto de personas que comparten la condición de indígena, pero no considera normativamente su vinculación, su raíz cultural, su adscripción a un territorio y la autoidentificación o conciencia de su identidad, como conjunto de características que constituyen a ese conjunto de personas indígenas o población en un sujeto de derechos en sí mismo. La conceptualización de los indígenas como «etnias», si bien implica una base cultural común, se pueden vincular a un territorio y consideran la autodefinición, se le suele asociar a una consideración etnoracial. Pero, principalmente, en una dimensión política y jurídica, bajo dicho término se ha negado a los pueblos indígenas como sujetos colectivos, marginándolos de la titularidad de derechos referentes a tierras y territorios, a sus recursos naturales, el derecho propio, la autonomía, etc. Por ejemplo, en el caso de Chile, las mismas agrupaciones indígenas, que no han cambiado en sus características, han transitado jurídicamente de la condición de «etnias originarias» prescrita en la Ley Indígena de 1993, a «Pueblos Indígenas», con la ratificación del Convenio n. 169 de la OIT por parte de este país en 2008. El único cambio efectivo que ocurrió fue el reconocimiento como sujeto de derechos colectivos que hace el nuevo estatuto. Cambió la condición política y jurídica, pero no su constitución material o sociológica.

2. El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación. El art. 3 de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) señala que los pueblos indígenas tienen el «derecho a determinar libremente su condición política» y a «conducir y buscar libremente su desarrollo económico, social y cultural. Agregando el art. 4 de la misma Declaración que «tienen

derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas». Agrega el Convenio n. 169 de la OIT en los arts. 6 y 7 que los «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural». Ahora bien, ya sea que se le defina como «Libre determinación» o como «Autodeterminación»⁽¹⁾, normativamente, en ambos casos el derecho reconocido a los pueblos indígena dice relación a un derecho ejercido «en el estado», exigible «al estado», según se desprende del art. 1.3 del Convenio n. 169 de la OIT y el art. 46 de la DNUDPI, precisamente, acordados para evitar los reparos de los estados que sentían potencialmente amenazada su integridad territorial con la emergencia de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos. En general, el objetivo de los derechos de los pueblos indígenas internacionalmente protegidos es que estos pueblos puedan alcanzar un mayor control sobre sus vidas y su destino, no la secesión y la independencia mediante el establecimiento de estados nacionales independientes, porque la eventual gestación de un proceso de secesión, promovido o no por pueblos indígenas, es una cuestión que atañe al Derecho Internacional, conforme las reglas definidas por éste, pero que no guardan relación directa con el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas estudiados. En este sentido, en la base del sistema normativo institucional de la demanda de los pueblos indígenas se encuentra el reconocimiento de su derecho a la «autodeterminación» en el marco del estado nacional. Cuando se limita este derecho al «estado nacional» se está dejando expresa constancia que la «libre determinación» que en el derecho internacional corresponde a

⁽¹⁾ La definición varía en unos u otros instrumentos internacionales, pero en nuestro caso nos centramos en el contenido de este derecho matriz según definimos en esta misma voz.

todos los pueblos, incluso contra sus estados, en las condiciones que regula el derecho internacional respecto de los pueblos indígenas, es un derecho concebido solo dentro del estado como «autodeterminación». Esto es, los pueblos indígenas son sujetos de derechos colectivos exigibles a sus estados, pero no en un plano de secesión etno-nacional que escapa al fuero de los derechos indígenas y se inscribe en el sistema internacional. Es decir, como pueblos, todos, también los pueblos indígenas, pueden, hipotéticamente, entrar en reclamaciones de tipo secesional, pero ello no es una cuestión de derechos indígenas, sino que sería una cuestión de derecho internacional en cuanto pueblos. En especial, por una parte, la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) señala que «nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional» (Preámbulo) y que «Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará (...) ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes» (art. 46). Asimismo, el art. 1, n. 3 del Convenio n. 169 de la OIT expresa que «La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional». Así, bajo esta comprensión, en el marco de diversos instrumentos y demandas indígenas, el derecho a la «autodeterminación». O, como lo indica Magdalena Gómez, corresponde, al derecho a «desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica»⁽²⁾. En síntesis podemos señalar

que el derecho a la «autodeterminación» de los pueblos indígenas contiene: El derecho a controlar sus vidas y su propio destino, lo que implica su proyecto político y de desarrollo; El derecho a contar con todas las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de dicho derecho.

3. Fuentes del derecho de los pueblos indígenas⁽³⁾. La principal fuente vinculante de los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio n. 169 de la OIT que en términos generales señala que es deber de los gobiernos «asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad». También dispone que los estados deben asegurar a «los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población» y ayudar «a los miembros de los pueblos indígenas a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida» (art. 2). Respecto de las categorías específicas de derechos en el art. 8 del Convenio se contempla que los gobiernos al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomar debidamente en consideración «sus costumbres o su derecho consuetudinario» y sus instituciones propias. Asimismo, son determinantes sus arts. 6 y 7 en materia de Consulta y participación; los arts. 8, 9 y 10 en materia de administración de justicia; y, respecto de tierras, territorios

(2) GÓMEZ, *Derecho indígena y constitucionalidad*, en J.D.T. UNIVERSIDAD DE CHILE (edic.), *Actas XII Congreso internacional de de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 1029-1050, espec. p. 1037.

(3) Otras fuentes internacionales relevantes para los derechos de los pueblos indígenas en el marco del *Corpus juris* internacional de derechos humanos, son la «Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (N.U.)», «La Convención Americana de Derechos Humanos», el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», el «PIDESC» y el Convenio de Bio Diversidad» en sus arts. 2 y 8.j. Sobre los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, véase, Anaya (2006, pp. 58-60).

y recursos naturales, los arts. 13, 14, 15 y 16 permiten formar un *corpus* para la territorialidad indígena en sus diversas dimensiones colectivas y espirituales, con especial atención en la protección de los recursos naturales, que incluso ha sido desarrollado evolutivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la protección, entre otros, del derecho de propiedad consagrado en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona. En este sentido, ha dicho la Corte Interamericana que: «(...) el concepto de propiedad incorporado en el art. 21 de la Convención Americana incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso cuando carece de un título o de cualquier otra forma de reconocimiento específico por parte del Estado»⁽⁴⁾.

«Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural.

La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática»⁽⁵⁾.

La importancia radicará, entonces, en que el Convenio n. 169 de la OIT, como tratado internacional en materia de derechos humanos e integrante del «*corpus juris* internacional de derechos humanos»⁽⁶⁾, por una parte, se integrará al «control de convencionalidad»⁽⁷⁾

que deben realizar los tribunales nacionales, y por otro, como señala Bartolomé Clavero, no se podrá invocar disposiciones de derecho interno como justificación de su incumplimiento: «no cabe tal alegación ni para el incumplimiento ni, desde luego, para la desvirtuación (...) el Estado Parte no puede oponer su derecho interno, incluida la Constitución»⁽⁸⁾ como excusa para dejar de cumplir con las obligaciones contenidas en el Convenio n. 169 de la OIT. Los arts. 27 y 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados como normas imperativas de derecho internacional son de aplicación directa e inmediata, las que junto con ser parte del derecho internacional son obligatorias en el marco del derecho estatal. «Sabido es que las normas de *ius cogens* se imponen a todos los estados aun cuando estos no consintieren en ellas»⁽⁹⁾.

4. El Convenio 169 de la OIT y los derechos de los pueblos indígenas. Para abordar los alcances jurídicos del Convenio n. 169 de la OIT, como instrumento base de los derechos de los pueblos indígenas, es fundamental considerar los principios contemplados en este convenio de «Aplicación Integral que se desprende de su art. 35⁽¹⁰⁾ y el principio de «Flexibilidad» emanado de su art. 34⁽¹¹⁾. Ambos principios deben aplicarse relacionada y sistemáticamente, su lectura parcial se aparta del objeto y fin del Convenio n. 169 de la OIT que busca, en primer término,

⁽⁸⁾ CLAVERO, FAUNDES et al., *Valor integral del convenio 169 de la OIT (debate)*, 2010, en línea available at: <http://clavero.derechosindigenas.org/> (último acceso: 3 de noviembre de 2011).

⁽⁹⁾ *Ídem*.

⁽¹⁰⁾ Art. 35. «La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales», en relación con el art. 19, párrafo 8 de la Constitución del Cv. 169 y los arts. 27 y 31 de la Cv. de Viena de derecho de los Tratados.

⁽¹¹⁾ Art. 34. «La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país».

⁽⁴⁾ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni v. Nicaragua*, 2001.

⁽⁵⁾ CIDH, 27 de junio de 2012, *Pueblo Indígena Sarayaku v. Ecuador*, párrafo 216, infra 286.

⁽⁶⁾ Véase la nuestra voz «“Corpus juris” internacional de derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

⁽⁷⁾ Véase el «Control de convencionalidad», en la nuestra voz «Interpretación evolutiva de los derechos humanos», en este Diccionario Analítico.

el pleno cumplimiento, vinculante, de sus disposiciones; en segundo, incluir el sentido que otros instrumentos de derecho internacional dan a los derechos indígenas que consagra el Convenio n. 169 (como las declaraciones del sistema de Naciones Unidas o la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), sin con ello menoscabar los derechos ya consagrados en el derecho interno. Y, al mismo tiempo, conforme el principio de flexibilidad, tales derechos y obligaciones deben adecuarse en la forma (pero sin dejar de ser imperativas) y modalidades de ejecución, implementación, a la diversidad de contextos que ofrecen los estados signatarios del Convenio y los pueblos indígenas titulares de derechos protegidos. Esto es, si bien el convenio se aplica de forma heterogénea, distinta y adecuada a las condiciones de cada país, la flexibilidad no significa incumplimiento. Estos dos principios exigen un proceso racional, jurídico normativo, conforme el cual, desde el supuesto básico del carácter vinculante de sus disposiciones, se determine el sentido y alcance de las mismas, conforme las reglas referidas y luego se revisen los mecanismos y procedimientos legales ya vigentes en el derecho nacional, su adecuación a las obligaciones respectivas y se aplique en forma vinculante respecto de aquellas cuestiones en que el derecho nacional no cumpla con el estándar exigido por el Convenio o el derecho internacional de derechos humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas. La aplicación del Convenio n. 169, por cierto que considera la dictación de normas adecuatorias en el derecho interno, a fin de establecer normas y procedimientos que faciliten la aplicación de las obligaciones del Convenio n. 169, sin embargo, ello en caso alguno será excusa para dejar de cumplir con las disposiciones del tratado internacional por falta de normas internas. En síntesis, de la articulación de ambos principios en materia de aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, asegurados en este tratado internacional, podemos deducir las siguientes reglas: el Convenio 169 de la OIT establece normas

mínimas; la aplicación del Convenio no puede menoscabar lo ya asegurado en el derecho interno por el estado nacional; los derechos asegurados por el Convenio n. 169 no pueden dejar de cumplirse alegando normas de derecho interno; en el marco del principio de «Contexto» (art. 31 de la Cv. Viena de D. de los T.) la interpretación de las normas de este convenio debe considerar las normas de otros tratados e instrumentos internacionales, el derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Finalmente, serán determinantes en la interpretación de las normas del Convenio, y los derechos de los pueblos indígenas en general, el principio «pro persona» o «pro homine» y la doctrina del «bloque de constitucionalidad»⁽¹²⁾ que, dado el carácter de tratado internacional en materia de derechos humanos, obligan a buscar el mejor elemento o sentido que otorgue protección a los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el derecho internacional, como en el derecho interno.

Una la segunda fuente principal de los derechos de los pueblos indígenas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Esta Declaración es un hito histórico para el movimiento indígena y sus demandas por derechos, porque constituye la reafirmación del compromiso de la Comunidad Internacional respeto de la promoción y cumplimiento de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas. Además es un instrumento legitimado por los diversos pueblos indígenas del mundo que tras dos décadas de negociación entre gobiernos y representantes de los pueblos indígenas acordaron el texto de este instrumento. Si bien la Declaración no es vinculante, es importante el consenso alcanzado y, especialmente, porque los derechos establecidos en la Declaración son de un alcance mucho mayor que el Convenio

⁽¹²⁾ NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, 1997, en línea available at: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/>, último acceso: marzo de 2013.

169. La DNUDPI, en resumen, es un instrumento más exhaustivo sobre derechos de pueblos indígenas; consolida el derecho internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas; establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas; reconoce con toda diferenciación los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y sus miembros; las disposiciones las plantea desde la mirada de los pueblos indígenas; asegura derechos que la constituyen en esencial para la subsistencia física, cultural y espiritual de los pueblos indígenas, su dignidad y el bienestar de estos pueblos en todo el mundo; el tenor de sus disposiciones refleja un sentido expansivo que favorece su interpretación evolutiva. La DNUDPI promueve la plena y efectiva participación de los pueblos indígenas en todos los asuntos que les atañen; respecto del derecho a Consulta la Declaración asegura el «consentimiento previo e informado», avanzando hacia una Consulta de efecto vinculante, a diferencia del Convenio n. 169⁽¹³⁾.

5. Categorías de derechos de los pueblos indígenas. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas podemos sintetizarlos en las siguientes categorías⁽¹⁴⁾: **1)** Derecho a la autodeterminación; **2)** Derecho a ser titular de derechos colectivos; **3)** Derecho a la identidad cultural; **4)** Derecho a sus propias instituciones sociales y sistema de justicia; **5)** Derecho a la tierra, al hábitat y recursos naturales.

⁽¹³⁾ Conforme las demandas indígenas actuales y los instrumentos jurídicos respectivos, es necesario distinguir el derecho al «consentimiento, libre, previo e informado» del derecho a «consulta» y el derecho a la «participación», como expresiones diferentes de la autodeterminación, pero según sus respectivas definiciones y marcos de institucionalización, tienen alcances diferentes. En especial, se considera que la «Consulta» a secas, en general, no tendría un carácter estrictamente vinculante.

⁽¹⁴⁾ Entre otros, véase STAVENHAGEN, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, U. Deusto, Bilbao, 2006, pp. 21-28; y MEZA-LOPEHANDÍA, *Las implicancias de la ratificación del Convenio n. 169 de la OIT en Chile*, Heinrich Böll Stiftung, Cono Sur, Temuco, 2009.

Los pueblos indígenas gozan esencialmente el derecho colectivo de autodeterminación. Este derecho base, que ya hemos abordado, es el instrumento que les permite demandar la institución de un marco jurídico coherente y funcional a sociedades diversas culturalmente, del cual nacen derechos como el de la «autodefinición» (en que las personas se consideran a sí mismas como indígenas), de la autonomía, el autogobierno, la participación política y la Consulta, que son dimensiones de la autodeterminación pero separadas como una categorías distintas. Los pueblos indígenas son titulares de derechos colectivos⁽¹⁵⁾, porque tienen potestades públicas como grupos, los que pueden hacer valer ante el estado como sujetos de derecho. Al respecto, en el marco de una nueva Constitución ideal (originaria o reformada), un estado debe asegurar a los pueblos indígenas, como sujetos titulares de derechos, ciertas potestades, contenidos o estructuras mínimas asociadas al ejercicio de sus derechos colectivos que, siguiendo a Raquel Irigoyen⁽¹⁶⁾ podemos sintetizar en los siguientes: a) Potestad normativa: en base a un sistema de normas que llamamos «derecho propio» o derecho consuetudinario. b) Potestad de administrar justicia: se trata de una función jurisdiccional especial que asegura la validez, eficacia y autonomía de las

⁽¹⁵⁾ En relación con los debates entre liberales versus «culturalistas por los derechos colectivos, advierte Díaz Polanco que «se requiere abandonar concepciones de “primacía”, “superioridad” o “prioridad” de unos derechos sobre otros; hay que ver a los derechos individuales y colectivos como complementarios y mutuamente dependientes. Con igual firmeza hay que sostener tanto los derechos culturales como los individuales, explorando, al mismo tiempo, lo que hay en realidad de particular (no universal) tanto en unos derechos como en otros» (DÍAZ POLANCO, *Los Dilemas de la Diversidad*, en U. d. T. Universidad de Chile, ed. *Actas XII Congreso internacional de de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile, Univeridad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 1009-1020.

⁽¹⁶⁾ YRIGROYEN, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos*, en CASTRO (edic.), *Los desafíos de la interculturalidad: Identidad, Política y Derecho*, Universidad de Chile, programa internacional de interculturalidad, Vicerrectoría de investigación y desarrollo, Santiago, 2004, pp. 191-220.

decisiones jurisdiccionales de los pueblos indígenas; que incluye las facultades de imperio y coerción. Una jurisdicción indígena que alcanza tanto el fuero de competencia civil y como el de la competencia penal. c) Potestad de gobernarse: esta potestad se sostiene en el reconocimiento de los respectivos sistemas institucionales o de autoridades indígenas, considerando los derechos de autogobierno, los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de sus autoridades y, necesariamente, los mecanismos institucionales de articulación del régimen institucional público y el o los sistemas indígenas en un marco de mutua validación. d) «La potestad de cambiar reglas para cambiar las reglas»: el sistema institucional del Estado Pluricultural se sostendrá, si y solo si, logra instituir normas o un régimen institucional del estado que garantice la capacidad autónoma y dinámica de los pueblos indígenas para cambiar su derecho, el sistema orgánico institucional mismo y las funciones jurisdiccionales, a fin de permitir el funcionamiento en concreto del orden indígena con las referidas potestades normativas, jurisdiccionales y de gobierno.

De esta forma, el estado debe asegurar en forma vinculante y con preponderancia respecto de otros cuerpos normativos sectoriales, un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, que serán en gran medida una extensión de las potestades que antes hemos enunciado y que podemos sintetizar en los siguientes derechos: a) Derecho a la Participación y Derechos Políticos: implica el reconocimiento constitucional formal del estatus de Pueblo Indígena y el derecho a la autodeterminación; el derecho al consentimiento libre previo e informado, la Consulta y el derecho a la participación política; el derecho a designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno, municipal, departamentales (regionales) o nacionales; el derecho a que la elección de tales representantes o autoridades tradicionales se realice de conformidad con los mecanismos propios de cada pueblo; y el derecho a que dichos representantes puedan, efec-

tivamente y sin discriminación, interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de la administración de justicia. b) Derechos territoriales o territorialidad indígena⁽¹⁷⁾: Derecho a la reparación y restitución de las tierras usurpadas históricamente; El reconocimiento y comprensión de las formas de propiedad tradicional, en sus dimensiones colectivas y comunitarias, registrales o no, sin discriminación e incluso con preeminencia de la propiedad ancestral respecto de los sistemas de propiedad registral en los casos de usurpación histórica; y el derecho a la delimitación de sus territorios; Derecho a la ampliación territorial en las tierras necesarias para su subsistencia y desarrollo; El reconocimiento y protección de los territorios indígenas y de sus recursos naturales: implica el derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales y la preeminencia de la normativa de protección de los territorios indígenas sobre los estatutos jurídicos sectoriales (recursos minerales, hidrocarburos, concesiones forestales, generación de energía, mega infraestructura, etc.); Como señala la Corte Interamericana: El derecho a la autonomía, al control y la decisión local en los territorios indígenas o de mayor presencia indígena. c) Derecho Humano al Agua, como un derecho individual y colectivo. d) Derechos en materia de administración de justicia: El derecho a los mecanismo efectivos de reclamo de los restantes derechos; El reconocimiento de su jurisdicción propia (incluida la penal), considerando sus instituciones, autoridades y procedimientos y mecanismos de articulación intercultural. e) Derechos culturales: los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar y promover su identidad y patrimonio cultural, que comprende el desarrollo de los diversos aspectos de sus culturas como sus lenguas, su religión, prácticas ancestrales, vestimentas; así como los espacios necesarios para el desarrollo de su cultura y religión,

⁽¹⁷⁾ Entre otros, véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010); «Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador», sentencia 27 junio 2012; CIDH, 31 agosto 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjani v. Nicaragua*, párrafos 148-150.

como cementerios, lugares ceremoniales, hitos geográficos o naturales de significación cultural, etc.

6. Pueblos indígenas y ciudadanía diferenciadas. «A Culturas distintas, derechos distintos. Tratar igual a lo diferente, es otra forma de discriminación»⁽¹⁸⁾.

Esta frase nos sitúa en una dimensión jurídica que supera el principio tradicional de la Igualdad, para presentarnos el paradigma de la «Interculturalidad», conforme el cual, vamos a decir que para poder asegurar la dignidad humana es necesario distinguir para no discriminar. Conocemos los casos denominados de «discriminación positiva» en que hay una diferenciación que busca igualar o reparar, pero en estricto rigor no se persigue el tratamiento distinto, sino que hay una voluntad de inclusión o de incorporación. En el caso de la ciudadanía diferenciada, tras la constatación de un núcleo esencial de derechos, «universales», que se definen interculturalmente, los ciudadanos no tienen todos que tener las mismas categorías de derechos, porque en nuestra sociedad es perfectamente posible que existan formas de derecho distintas, porque para amparar las diferencias culturales es necesario que hayan ciudadanía diferentes. Todas las personas son iguales en dignidad, pero que hay un nivel en que es posible que existan sistemas normativos diferentes aunque articulados. Esto implica aceptar que para la «convivencia» entre las culturas deben definirse derechos diferenciados que fundamentan la noción de «derechos colectivos». Los «derechos colectivos», serán derechos que solo podrán exigirse en el marco de culturas diferentes en convivencia, bajo el fundamento irrenunciable de que el respeto de la cultura implica un valor que merece protección jurídica. Bajo este principio jurídico ya no es la mera igualdad, la búsqueda del equilibrio en el goce de esos mismos derechos, sino que se reconoce el ejercicio de derechos diferentes a los pue-

blos indígenas como grupos o colectivos que responden a una misma cultura, espiritualidad, religión, territorios, etc. Esta dimensión colectiva de los derechos, que algunos denominan «culturalista», no tiene por qué ser absoluta y claramente la protección internacional de los derechos humanos internacionalmente reconocidos viene a constituir la limitación al ejercicio de estos derechos⁽¹⁹⁾. Ahora bien, sin entrar en digresiones antropológicas, la «protección» o «preservación» de las culturas dice relación al establecimiento de derechos para su ejercicio, no obstante, las culturas son dinámicas, cambian e interactúan con otras culturas estando sujetas a permanentes procesos de transformación. Por ello, la Interculturalidad supone una especial valoración de las culturas, pero se distancia de visiones «conservacionistas» que niegan la interacción cultural en el espacio y el tiempo. La Interculturalidad⁽²⁰⁾, como valor subyacente a las ciudadanía diferenciadas, se sustenta en diversos principios como la irrenunciabilidad de los derechos humanos, su ejercicio y reconocimiento recíproco, que se nutre de los diversos contextos⁽²¹⁾ y que permite la identificación de un núcleo fundamental de derechos exigibles en todas las culturas, como una «Ética Cívica»⁽²²⁾ y la necesidad de generar y respetar las condiciones de posibilidad que permitan la vigencia real y efectiva de estos derechos, todo lo cual, en definitiva lleva a profundizar la democracia mediante el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, generando un nuevo tipo

⁽¹⁹⁾ Kymlicka distingue en dos dimensiones de los derechos humanos para el ejercicio de los derechos culturales, respecto del estado, la primera, y respecto de los titulares de estos derechos, la segunda (KYMICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1989), en GÓMEZ, *Derecho indígena y constitucionalidad*, en U.D.T. UNIVERSIDAD DE CHILE (ed.), *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 1029-1050.

⁽²⁰⁾ Véase la nuestra voz «Derechos humanos en un enfoque intercultural», en este Diccionario Analítico.

⁽²¹⁾ HÖFFE, *Derecho intercultural*, 1ª ed., Barcelona, 2008.

⁽²²⁾ CORTINA, *Justicia cordial*, Trotta, Valencia, 2010.

⁽¹⁸⁾ RAMÍREZ, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural*, INECIP, Buenos Aires, 2001.

de relaciones intersubjetivas y de poder que amparen a cabalidad la identidad y los derechos, individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Seguramente, una demanda separatista es más fácil de comprender, porque la segregación también participa de un paradigma hegemónico monocultural, en que frente a la hegemonía del estado, se levanta una nueva hegemonía, esta vez local. La Interculturalidad, y el pluralismo jurídico ⁽²³⁾ asociado a ella, en particular, lejos de tal clausura, exige volver a concebir el ordenamiento jurídico, ya no bajo el monopolio en la generación de las normas, ni del monopolio en la jurisdicción, sino uno en que se generan, articulan y coexisten unos y otros sistemas de normas, sin imponerse uno al otro, bajo el marco constitucional común fundado en el respeto de los derechos humanos. Entonces, el desafío radica en construir las correspondientes relaciones entre ellos, simétrica y democráticamente, pero con identidad.

La interculturalidad, potencia una sociedad en que reconocemos que somos distintos, que hay diversos otros y que tenemos que construir una sociedad en relación con estos «otros». En la construcción de una sociedad diversa, todos tienen que tener su espacio, cuando hablamos de inclusión, estamos hablando de diálogo y no podemos hablar de interculturalidad sin resolver los conflictos que emergen con ella. Finalmente, con estos elementos, podemos afirmar que aunque durante mucho tiempo se nos planteó la concepción de ciudadanía, inserta en la construcción del estado-nación, como un estado unitario cerrado a la diferencia que en definitiva llevaba a una noción de ciudadanía excluyente. Por el contrario, el concepto de ciudadanía diferenciada se entiende dentro del concepto de ciudadanía, pero visto en un sentido amplio y democrático.

Juan Jorge Faundes Peñafiel

(23) Véase: DUPRET, *Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica*, 2007, en línea (último acceso: marzo 2013); ITURRALDE, *Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas*, en *Rev. alteridades*, 1997, pp. 81-98; MARTÍNEZ, *Administración de justicia en contextos de diferencia cultural*, Universidad de Tarapacá; U. de Chile, 2000, Arica, pp. 223-235; RAMÍREZ, *El desafío de la diversidad: el pluralismo cultural como compromiso político*, en *Rev. comunicación*, n. 3, 2005, pp. 265-278; JIMÉNEZ, *Multiculturalismo y Derechos Indígenas en México (tesis)*, 2005, en línea available at: <http://www.iidh.ed.cr/> (último acceso: 17 de julio de 2011); RAMÍREZ, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural*, cit.; RAMÍREZ, *Diversidad y derechos humanos. Un desafío para la administración de la justicia penal*, 2004, en línea available at: <http://www.uasb.edu.ec/> (último acceso: 28 de julio de 2011); BARZUCO, EXENI, *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, Fundación Rosa Luxemburg, Abya Yala, La Paz, 2012, pp. 125-131; RODRÍGUEZ, ROJAS, *Pensar este tiempo: pluralismo jurídico*, Condrad Adenauer S., La Paz, 2010.

Queja ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente

El art. 102 B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que el Congreso de la Unión, en el ámbito de su competencia, establecerá organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de *quejas* en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Los organismos creados de esta manera podrán formular *recomendaciones públicas, no vinculatorias*, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público estará obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente creada por ley del Congreso de la Unión, publicada el 4 de septiembre de 2006 en el Diario Oficial de la Federación (LOPDC), se asume dentro del referido marco constitucional como el primer defensor no jurisdiccional de derechos, a nivel federal, especializado en materia tributaria, siendo su principal objetivo garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia (entendido el término en su concepto gramatical más amplio) en materia fiscal, entre otros, a través de la recepción de quejas y emisión de recomendaciones, tal como lo dispone el art. 1 de la LOPDC.

El procedimiento de queja ante la Procuraduría está regulado en el Capítulo IV de la LOPDC; a través del mismo las personas físicas o morales, cualquiera que sea su régimen fiscal y el monto o cuantía que implique el asunto, pueden acudir a través de un procedimiento sumario, ágil, flexible y sin mayores formalismos a presentar queja en contra de actos de autoridades fiscales federales, entendiéndose por éstas incluso a las coordinadas respecto de los ingresos fiscales de carácter federal, así como a los organismos federales fiscales autónomos, como el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto

Nacional del Fondo Nacional de la Vivienda de los Trabajadores. A través del procedimiento de queja o reclamación, como también se le conoce, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente pedirá un informe a las autoridades señaladas como responsables de las violaciones de derechos denunciadas, las que obligatoriamente tendrán que rendirlo en un plazo que no excederá de tres días hábiles a partir de su notificación. El art. 20 de la LOPDC prevé y regula expresamente la facultad de investigación de la cual, como todo organismo defensor de derechos, está revestida la Procuraduría; asimismo en el Capítulo V de la ley se prevé la posibilidad de que el organismo emita recomendaciones no imperativas a las autoridades que resulten responsables y les proponga igualmente la adopción de las medidas correctivas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos, y si procede, la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado. Desde luego la recomendación tendrá el carácter de pública y la autoridad tendrá que informar a la Procuraduría si la acepta o no. Por otra parte, en caso de no ser fundada la petición del contribuyente en la queja, el organismo dictará Acuerdo de no responsabilidad para la autoridad emisora del acto.

Resulta interesante destacar cómo la queja ante la Procuraduría está funcionando también, y de manera fundamental, como un medio alternativo de solución de controversias, tan necesario en materia fiscal, pues en México se ha producido una judicialización excesiva de los diferendos tributarios. En efecto, si la autoridad fiscal al responder la queja se percata de las ilegalidades o irregularidades que implica el acto o actos materia de la misma, suele utilizar el procedimiento instaurado por la Procuraduría como un medio para restituir al contribuyente en sus derechos fundamentales violados.

Diana Rosalia Bernal Ladrón de Guevara

Regulación económica

La regulación económica es una forma de intervención del estado en la economía. Para comprender la acción del Estado es necesario abordar el principio de libre competencia que tiene como fin asegurar la participación de los individuos en el mercado. Bajo este principio los emprendedores acuden para participar ofreciendo calidad y el mejor precio de bienes y servicios, la innovación en sus procesos de producción, en la elaboración de materiales y en sus organizaciones se los permite. Esta participación en el mercado premiaría a los más racionales eliminando a quienes no pudieran competir. Esta idea de racionalidad es la búsqueda de la competencia perfecta, pero en la realidad no es así, la lucha por el poder de mercado hace que las empresas con poder se conviertan en monopolios o realicen prácticas monopólicas. Manipulan precios y la calidad de los productos es menor o nula perjudicando a los consumidores. Esta es la razón por la que el Estado regula las actividades económicas.

El principio de libre competencia es el sustento del sistema capitalista y la solución contra la concentración de capital. La ideología neoliberal lo mantiene como la parte crucial para el funcionamiento adecuado de la economía. En principio la regulación económica parte con la instauración de mecanismos jurídico-político-económicos. La intervención corresponde al Ejecutivo en el sistema de división de poderes porque se trata del ejercicio de políticas ejecutivas establecidas constitucionalmente como fundamentales para el funcionamiento de la sociedad. Se realiza a través de instancias o agencias gubernamentales con autonomía decisional, operativa y económica, que fortaleza las determinaciones vinculantes dirigidas a los agentes económicos. Estas agencias deben ser constituidas por personas con independencia, conocimiento, capacidad y experiencia, nombradas por períodos es-

calonados a los de los gobiernos en turno. También deben tener transparencia en el ejercicio de sus funciones y rendir cuentas de las mismas. Asimismo, los afectados por estas resoluciones de carácter administrativo tienen acceso a tribunales especializados de carácter pluridisciplinario.

Bajo este principio también el Estado interviene para regular las actividades económicas de los monopolios naturales, que son las que por su tamaño o sector tienen de por sí un poder de mercado natural. Los que proveen bienes y servicios que constituyen industrias de red, como las comunicaciones, energía, materias primas, distribución de agua, etc. Generalmente responden a su creación histórica en que los estados asumieron la actividad económica y que después ha sido transferida a la iniciativa privada. Estos monopolios naturales requieren del control de precios y de la calidad. También existen reguladores sectoriales que tienen como objetivo el control de actividades económicas como las financieras, de producción y consumo, de cuidado al ambiente, etc. Estas regulan el poder de mercado de los agentes económicos.

Para las instituciones internacionales como la OCDE, el BM, el FMI y la OMC, es importante la regulación económica, por eso llevan a cabo estudios especializados que permiten a las naciones adoptar criterios y recomendaciones, que son incorporados a sus legislaciones.

En el ámbito regional, como en Europa, la regulación económica tiene un progreso significativo, a través de reglamentos, directivas y recomendaciones, el comercio regional se ha integrado, provocando beneficios en calidad y precio de bienes y servicios para los consumidores. Las empresas han evolucionado para competir libremente y obtener el mercado mediante la innovación. La regulación económica es una respuesta a la crisis de la concentración de poder y sólo es

posible mediante la intervención del estado, quién a través del derecho constitucional, del derecho sustantivo, del derecho procesal, establece un derecho de competencia que desde el punto de vista pluridisciplinario

de la economía, política y derecho puede resolver y atender los aspectos complejos de libre competencia.

Héctor Francisco Fernández Cruz

Respeto a la dignidad humana

Bibliografía: ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, 1987; BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad* (López Pina, trans.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 2001; BENEDICTO XVI, *Deus caritas est*, Madrid, 2006; BENEDICTO XVI, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, 2004; BENEDICTO XVI, *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, 1996; BENEDICTO XVI, *Catecismo de la Iglesia Católica*, en <http://vatican.va/>, 1992; HABERMAS, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*. Paper presented at the *Tarde de discusión*, Munich, 2004; HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, 1995; HESIODO, *Teogonía; Trabajos y días; Escudo; Certamen* (Sánchez, Sánchez, trans.), Madrid, 2000; KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, 2003; KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, 1986; LUCAS VERDÚ, *Artículo 1- Estado social y democrático de Derecho*, en ALZAGA VILLAAMIL (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Vol. I, Madrid, 1997, pp. 95-164; LLANO CIFUENTES, *Humanismo cívico*, Barcelona, 1999; MASSINI, El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en MASSINI, SERNA, *El derecho a la vida*, Pamplona, 1998, pp. 179-222; MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, 1976; OLLERO, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, 2005; OLLERO, *La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana Bioética, filosofía y derecho*, Málaga, 2004, pp. 139-164; OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid, 1991; PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984; PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*, 2ª ed., Madrid,

2003; PECES-BARBA, *La eutanasia desde la filosofía del derecho*, en ANSUÁTEGUI ROIG (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999; PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 2005; PIEPER, *¿Qué significa "sagrado"? Un intento de clarificación*, Madrid, 1990; RATZINGER, *Dios y el mundo. Creer y vivir en nuestra época. Una conversación con Peter Seewald*, Barcelona, 2005; RATZINGER, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*. Paper presented at the *Tarde de discusión*, Munich, 2004; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 2003; SERNA BERMÚDEZ, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, en MASSINI, SERNA (ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 23-80; SERNA BERMÚDEZ, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990; SINGER, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, 1998; SPAEMANN, *Comunidad de valores u orden jurídico*, en FUNDACIÓN IBERDROLA (ed.), *Europa: ¿Comunidad de valores u ordenamiento jurídico?*, Madrid, 2004, pp. 11-30; SPAEMANN, *El significado de lo natural en el derecho* (Fernández Retenaga, Mardomingo Sierra, trans.) *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Pamplona, 2003, pp. 133-141; SPAEMANN, *No existe un matar bueno*, en *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, 2003, pp. 409-419; SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, 2003, pp. 105-118; SPAEMANN, *¿Son personas todos los hombres?*, en *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, 2003, pp. 399-408; SPAEMANN, *Lo natural*

y lo racional (Innerarity, Olmo, trans.), Madrid, 1989; SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, 19, 1988, pp. 13-33.

Existe un consenso unánime sobre el rol fundamental que le corresponde a la dignidad humana en el ordenamiento jurídico internacional, pero desaparece cuando se profundiza en su contenido sustantivo. Esta disparidad de criterios origina una interpretación diferente, incluso contradictoria, del contenido y del ejercicio de los derechos inherentes a la dignidad humana. Contradicción que, en la medida que vaya en aumento, dificultará la convivencia pacífica, que es el presupuesto de la solidaridad y el progreso social. Así por ejemplo, si se identifica *dignidad humana* con *calidad de vida* y ésta con una perfección psico-física o con determinadas condiciones materiales, se abre una autopista para las prácticas eugenésicas⁽¹⁾. O cuando se fundamenta la dignidad en la autodeterminación, entonces se distingue entre «persona», - individuo capaz de autodeterminación -, y «ser humano», - individuo de la especie -, se concluye que sólo la persona tiene dignidad y derechos. Por tanto, no tienen estos atributos los no nacidos, los niños durante su primer año de vida, los deficientes mentales y quienes padecen demencia senil⁽²⁾. En el

(1) Se ha dicho, con acierto que «[u]na deficiente calidad de vida no es lo mismo que una vida humana indigna. No hay vida humana indigna: a lo sumo hay comportamientos humanos indignos (indignos del calificativo de "humanos"), en los que no se trata la humanidad de una persona concreta -uno mismo incluido - tal y como lo reclama la propia dignidad ontológica» (GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 37).

(2) Spaemann añade a esa relación, para resaltar la incoherencia de este planteamiento, a los que están dormidos porque «según esa teoría ser persona es un estado, y no un predicado que corresponda a determinados seres vivos en virtud de su naturaleza. Quienes están durmiendo no se encuentran en ese estado. Así pues, la prohibición de matarlos sólo podría fundamentarse en el deseo de quienes no están durmiendo de poder quedarse dormidos tranquilamente con la esperanza fundada de volver a despertar. Pero no se trata de un derecho de quien está dormido [SPAEMANN, *El significado de lo natural en el derecho* (Fernández Retenaga, trad. Mardomingo Si-

ámbito laboral, esta ambigüedad ha llevado a declarar que la prostitución es un derecho inherente a la dignidad humana, por ser fruto de la autodeterminación personal⁽³⁾.

Tampoco existe unanimidad doctrinal sobre la tipificación jurídica de la dignidad. Un sector de la doctrina la califica de *valor* del Ordenamiento: algunos le confieren este estatuto desde una concepción iusnaturalista⁽⁴⁾ y otros, desde el positivismo conceptual⁽⁵⁾. Y, finalmente, hay quienes prefieren evitar esta calificación y se refieren a la dignidad humana como el *fundamento* de todos los valores⁽⁶⁾.

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. Ya que, los procesos de integración, como su nombre lo indica, se ordenan a lograr «que alguien o algo pase a formar parte de un todo»⁽⁷⁾, lo cual sólo es posible si los elementos son homogéneos. La meta de alcanzar un destino común, con respeto a la diversidad, se apoya en 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»⁽⁸⁾, que a su vez se inspiran en «la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valo-

erra) *Limites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Pamplona, 2003, p. 140].

(3) SAN 104/2003 (Sala de lo Social), (AS 2003\3692).

(4) Cfr. LUCAS VERDÚ, *Artículo 1. - Estado social y democrático de Derecho*, en ALZAGA VILLAAMIL (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1997 p. 161).

(5) Cfr. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 2003, p. 68.

(6) Cfr. SERNA BERMÚDEZ *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, 1990, p. 149.

(7) Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22ª ed.), Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 2003.

(8) Preámbulo de la Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos.

res universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho»⁽⁹⁾, tanto en la misma Europa como en América.

Es la coincidencia en los valores universales que configuran los derechos inviolables e inalienables de la persona humana lo que permite la integración de los pueblos y el esfuerzo conjunto para transitar 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»⁽¹⁰⁾.

Para la mejor comprensión de este término analizaremos primero qué se entiende por dignidad humana, el origen histórico-filosófico de este término, la distinción entre dignidad ontológica y moral para culminar con la función que cumple el principio de respeto a la dignidad en la interpretación de los derechos humanos.

Afirmar la dignidad humana significa realizar 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, desde un punto de vista jurídico, como el de la dignidad humana»⁽¹¹⁾. La dificultad procede de su carácter *axiomático*⁽¹²⁾, que hace referencia a una cualidad indefinible y

simple⁽¹³⁾, propia de un ser capaz de obrar inteligente y libremente.

Los atropellos a la dignidad humana, experimentados en la Segunda Guerra Mundial, llevaron a las naciones a fundamentar el nuevo orden mundial en el carácter *sui generis* e inviolable que tienen *todos los individuos del género humano, sin excepciones*. De este modo, se quiso impedir que cualquiera - sea en el ámbito privado o en el público - tuviese la prerrogativa de definir el círculo de aquellos que tienen dignidad y, consecuentemente, de si les correspondían o les dejaban de corresponder los derechos humanos, porque equivaldría a abrir las puertas a la discriminación y al totalitarismo⁽¹⁴⁾. Por eso, si bien la inteligencia es la potencia que permite elegir la conducta a seguir para satisfacer las necesidades superando el recurso a la violencia, propio de los seres inferiores, no constituye el baremo para diferenciar entre individuos con o sin dignidad⁽¹⁵⁾. Porque, de aceptarlo, la dignidad dejaría de ser un atributo de *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 reconocido desde 1948 en la Declaración de los Derechos del Hombre.

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 imagen y semejanza de Dios⁽¹⁶⁾. Es un

⁽⁹⁾ Preámbulo de la Constitución para Europa.

⁽¹⁰⁾ *Ídem*.

⁽¹¹⁾ 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 referirse a aquello que distingue la naturaleza específica del hombre» (BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad* (López Pina, Trans.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 2001, p. 124).

⁽¹²⁾ «Un axioma, una *dignitas* no es definible, no es demostrable (...) es más bien el principio de la demostración» (GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, 1996, p. 45). Sobre el carácter axiomático de la dignidad, ver también HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, 1995, p. 449.

⁽¹³⁾ Cfr. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, 19, 1988, pp. 13-33, y p. 16.

⁽¹⁴⁾ Sobre las consecuencias de este totalitarismo Cfr. SPAEMANN, *Lo natural y lo racional* (Innerarity, Olmo, trans.), Madrid, 1989, pp. 49-50.

⁽¹⁵⁾ «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» (SERNA BERMÚDEZ, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, en MASSINI, SERNA (edic.), *El derecho a la vida*, Pamplona, 1998, p. 44).

⁽¹⁶⁾ Cfr. por todos: BENDA, *Dignidad humana y*

concepto metafísico-religioso⁽¹⁷⁾ elaborado por la teología católica al profundizar en el concepto de persona en Dios y en el hecho de que el ser humano hubiese sido creado a su imagen y semejanza⁽¹⁸⁾. La densidad de la *presencia divina* es lo que separa y divide lo sagrado de lo profano y le imprime un cierto matiz de excepción y, sobre todo, de respeto⁽¹⁹⁾, que convierte al ser humano es una *res sacra*⁽²⁰⁾, solidariamente unido a los demás miembros de su especie, por la común vocación originaria. Este carácter implica que todo individuo, con independencia de sus cualidades accidentales como serían la raza, el coeficiente intelectual, etc., tiene la dignidad de *persona*. En consecuencia, no es solamente un *algo* sino *alguien*, con capacidad para conocerse, poseerse y entregarse libremente, estableciendo lazos de amistad con otras personas⁽²¹⁾.

Este deber de respeto puede ser compartido por quienes no tienen la fe cristiana pero reconocen que esa verdad - que el hombre sea imagen de Dios - es «una de esas traducciones salvadoras (que salvan el contenido religioso traduciéndolo a filosofía) (...) 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»⁽²²⁾.

De hecho, Kant definió la dignidad en re-

lación con la capacidad de autolegislación personal, el cumplimiento del deber⁽²³⁾ y la superación del *estado de naturaleza*, pero desgajándolos de su relación con la trascendencia⁽²⁴⁾. Al dejar a la dignidad encerrada en los límites de la capacidad de autodeterminación, su fundamento y, de algún modo, su contenido, dejaron de ser heterónomos, para convertirse en autónomos y, en esa medida, vulnerables, porque cuando la dignidad se fundamenta en la autonomía - y no ésta en aquélla - se incurre en una tautología, que hace depender la dignidad del consenso o de la arbitrariedad y, en esa medida, pierde su carácter universal e inviolable.

Por otro lado, no puede negarse que el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo se estructura en torno a la cuádruple relación realizada por Kant en relación a la dignidad: la que existe entre la capacidad de autodeterminación y la dignidad; la exigencia de respeto de toda persona *erga omnes* precisamente por tener dignidad; la distinción entre lo que es intercambiable y lo que tiene dignidad y, finalmente, la diferencia esencial de tipo cualitativa y no cuantitativa entre el hombre y los demás seres naturales (y artificiales) porque mientras éstos pueden ser medio para conseguir algo, el ser humano no, porque es un fin en sí mismo⁽²⁵⁾.

derechos de la personalidad, cit., p. 117.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, 19, cit., p. 33. Ver también SERNA BERMÚDEZ *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., p. 373.

⁽¹⁸⁾ La religión católica enseña que en Dios hay tres personas y una sola sustancia, que es de carácter espiritual. El misterio de Ifr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 234.

⁽¹⁹⁾ Cfr. PIEPER, *¿Qué significa "sagrado"? Un intento de clarificación*, Rialp, Madrid, 1990, p. 21.

⁽²⁰⁾ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, *El derecho a la Santísima Trinidad es la verdad central de la fe cristiana, que ilumina y da sentido a la vida humana. Ca vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, cit., p. 67.

⁽²¹⁾ Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 357.

⁽²²⁾ HABERMAS, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*. Paper presented at the *Tarde de discusión*, Munich, 2004.

⁽²³⁾ «La moralidad es aquella condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo, puesto que sólo por ella es posible ser miembro legislador en un reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad en cuanto que es capaz de moralidad son lo único que posee dignidad» (KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, 2003, p. 86).

⁽²⁴⁾ Sobre los límites internos de la ética kantiana puede verse en GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, cit., p. 25 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 86. Cabe precisar, sin embargo, que si bien es cierto la persona es un fin en sí misma y no se puede reducir a un medio para otros fines, sería inexacto afirmar que esta característica la encierra en sí misma, transformando a cada individuo «en un fin en sí mismo» porque «la condición de ser relacional es inherente a la persona. El ser humano ha sido creado con una tendencia primaria hacia el amor, hacia la relación con el otro. No es un ser autárquico, cerrado

Un siglo más tarde, el positivismo de Kelsen subrayó la separación entre *persona* como concepto jurídico y *hombre* como ser biológico, que corresponde ser estudiado por las ciencias naturales⁽²⁶⁾. A esta corriente de pensamiento se añade la del pragmatismo que privilegia la utilidad y autonomía del sujeto, *-volenti non fit injuria* - que caracteriza el pensamiento liberal. En resumen, la filosofía neokantiana que impregna la mayoría de los ambientes académicos, ha olvidado el imperativo moral kantiano, que establecía que si bien la conciencia sólo puede admitir una ley impuesta por ella misma (debe ser autónoma) a la vez, esa norma de conducta - para que sea obligatoria - debía ser de tal calidad ética, que pudiera erigirse en ley universal⁽²⁷⁾. Son estas premisas las que han permitido que en la década de los ochenta, se afirmase - desde el empirismo inglés - que «matar a un ser humano es un mal, pero matar a una persona es peor»⁽²⁸⁾. La dignidad dejó de ser considerada un atributo universal, inherente a la condición de miembro de la familia humana, para convertirse en una cualidad reconocida por cada quien o por el resto de la sociedad, según diferentes criterios accidentales. Paralelamente se desarrolló otra tautología en relación a la dignidad: la ausencia del dolor o del sufrimiento moral o físico. Esta filosofía sustituye el derecho incondicional a vivir por el de morir antes que sufrir⁽²⁹⁾.

en sí mismo, una isla en la existencia, sino, por su naturaleza, es relación. Sin esa relación, en ausencia de relación, se destruiría a sí mismo». RATZINGER, *Dios y el mundo. Creer y vivir en nuestra época. Una conversación con Peter Seewald*, Barcelona, 2005, p. 104.

⁽²⁶⁾ Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, 1986, p. 33.

⁽²⁷⁾ Cfr. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 23.

⁽²⁸⁾ PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, p. 108. Una ponderada crítica a este autor se encuentra en SPAEMANN, *¿Son personas todos los hombres?, en Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (pp. 399-408), Madrid, 2003, p. 399-408.

⁽²⁹⁾ Cfr. SINGER, *Repensar la vida y la muerte. El derumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, 1998, p. 182. Un análisis crítico se encuentra en SPAEMANN, *No existe un matar bueno, en Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, 2003, pp. 409-419.

Consecuentemente, el enfermo terminal, el comatoso o quien sufra una importante y dolorosa deficiencia psico-física sería un sujeto sin derecho a la vida y cooperar a su muerte se convertiría en un deber social.

El haber perdido de vista que la dignidad humana es «un trasunto de la dignidad de su origen»⁽³⁰⁾ ha traído como consecuencia que miles de seres humanos sean tratados como *producto* por otros individuos de la especie humana, especialmente en el mundo del trabajo y en el campo de la bioética⁽³¹⁾. Cuando precisamente el reconocimiento de la igual dignidad debería promover el «respeto de los derechos y de las necesidades de todos, especialmente de los pobres, los marginados y los indefensos»⁽³²⁾.

Por otro lado es necesario distinguir entre dignidad ontológica, que es la que hemos descrito en los párrafos anteriores y la dignidad moral, porque «aunque nacemos hombres, tenemos que aprender a ser humanos»⁽³³⁾. La capacidad de conocimiento y autodeterminación exige que la conducta sea coherente con los fines propios de la naturaleza racional. La inteligencia, al no estar sujeta necesariamente a los procesos de la

⁽³⁰⁾ MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, 1976, 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».

⁽³¹⁾ En estos casos la razón humana y su capacidad de autodeterminación se presentan como destructivas, al haberse emancipado por completo de su origen. Ver las reflexiones que sobre este tema realiza RATZINGER, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*. Paper presented at the *Tarde de discusión*, Munich, 2004.

⁽³²⁾ BENDICTO XVI, *Deus caritas est*, Madrid, 2006, p. 30.

⁽³³⁾ GONZÁLEZ, La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, cit., p. 39.

naturaleza física, permite elegir la conducta a seguir para satisfacer las necesidades, ordenando los impulsos de las pasiones y teniendo en cuenta las necesidades y los derechos de los demás. Alcanzar esa madurez humana exige una educación, que dura toda la vida y que no se agota con el conocimiento de los derechos y deberes: se requiere la fuerza ética de acomodar la propia conducta a esos imperativos para poder construir un futuro de paz y desarrollo sostenible.

Este empeño ético y cultural es fundamental en los procesos de integración porque la diversidad puede llevar a olvidar la *igual dignidad* y el deber de solidaridad. Es indispensable superar el individualismo posesivo, «que está más inquieto por evitar el mal que por promover el bien público, preocupado por *sobrevivir* más que por *vivir bien*»⁽³⁴⁾. De allí que resulte imprescindible redescubrir el humanismo de raíz aristotélica que hizo grande la cultura europea, según el cual «la ciudad no es una comunidad (...) cuyo fin sea evitar la injusticia mutua y facilitar el intercambio» sino que es «una comunidad de casas y familias para vivir bien, con el fin de una vida perfecta y autártica»⁽³⁵⁾.

Ahora bien, una errónea conducta ética no priva al sujeto de la dignidad ontológica, pero sí de la dignidad moral⁽³⁶⁾. Los asesinos y los parias sociales tienen derecho a ser tratados con el respeto que exige su dignidad ontológica, sin que sea lícito un trato degradante o cruel⁽³⁷⁾. En cambio, no es contraria

⁽³⁴⁾ LLANO CIFUENTES, *Humanismo cívico*, Barcelona, 1999, p. 42.

⁽³⁵⁾ *Ídem*.

⁽³⁶⁾ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC) al afirmar que «el carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito». Exp. 2868-2004-AA, f.j. 23. Cfr. Código Civil, art. 6 y Ley 28189 sobre transplantes de órganos.

⁽³⁷⁾ De allí la prohibición absoluta de las torturas que recogen los instrumentos internacionales. Ver por todos, la Declaración sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de la Asamblea general de Naciones Unidas, de 1 de diciembre de 1975, art. 2: «Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana (...)».

a su dignidad la reclusión física para evitar que dañen a la sociedad⁽³⁸⁾. En ningún caso, afirma el Tribunal Constitucional del Perú (TCP) se puede «desconocer la personalidad del individuo; y por ende, su dignidad. Ni aún cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover»⁽³⁹⁾.

En puridad la indignidad sólo puede predicarse de las acciones y actitudes de las personas porque la dignidad del hombre es inviolable. Se ha dicho que «sólo uno mismo puede perder la propia dignidad. Los demás solamente pueden vulnerarla no respetándola. Quien no la respeta no quita a otro su dignidad, sino que pierde la propia»⁽⁴⁰⁾, pero - como ya hemos afirmado - no la ontológica, sino la ética o moral.

Por otro lado, si bien es cierto que la dignidad lleva a respetar la voluntad ajena, no se agota en esta exigencia, porque el respeto a la persona comprende el de su naturaleza⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ El TC español ha puesto de manifiesto que el art. 10 de la Constitución Española (CE), que constituye la norma paralela al art. 1 de nuestra Constitución, no implica que el respeto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes implique que «todo derecho le sea inherente - y por ello inviolable - ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad. de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad». Sentencia del Tribunal Constitucional español (STCE) 120/1999 (Repertorio del Tribunal Constitucional [RTC] 1999,120).

⁽³⁹⁾ Exp. 0010-2002, AI, 03.I.03, f.j. 214.

⁽⁴⁰⁾ SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*, 19, cit., p. 18.

⁽⁴¹⁾ Cfr. GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, cit., p. 40. Ese respeto a la naturaleza comprende el de los bienes básicos humanos, que pueden agruparse en seis: 1) vida (su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad); 2) conocimiento y experiencia estética; 3) excelencia en el trabajo y en el juego; 4) amistad,

En el progreso de la civilización tiene un lugar importante la prohibición legal de la esclavitud o de la comercialización del cuerpo humano, negando eficacia al consentimiento de quien quisiera seguir practicándolo. Por eso, la licitud de la donación de órganos no es irrestricta: sólo es amparable jurídicamente la que no implique lesión permanente de la integridad física⁽⁴²⁾. La autonomía de la voluntad tiene que someterse a esas barreras jurídicas precisamente para custodiar la verdad más profunda sobre el hombre - cuyo cuerpo se identifica con su mismo ser -, que entronca directamente con su libertad. De allí que el Derecho sea una limitación de la arbitrariedad en favor de la justicia, de la paz y del respeto a la dignidad⁽⁴³⁾.

En resumen, si bien todos los hombres participan de la misma dignidad ontológica, no todos tienen la misma dignidad moral: ésta depende de la adecuación de la conducta a las exigencias éticas del estatuto personal⁽⁴⁴⁾.

paz y fraternidad; 5) paz interior, auto-integración y autenticidad; y 6) armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural». FINNIS, BOYLE, GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, 1987, pp. 278-281, citado por MASSINI, *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*, en MASSINI, SERNA, *El derecho a la vida*, Pamplona, 1998, p. 191.

(42) «La indemnidad corporal está sujeta, como regla, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea. (...). Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes sustanciales o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida». Sentencia TCP Exp. 2333-2004-HC, 12.VIII.04, f.j. 21.

(43) Un estudio, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, se encuentra en ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, 1987.

(44) Un deber que es parte de la conciencia universal de la humanidad y que atestigua la poesía didáctica de Hesiodo (s. VIII a.C.): «[p]resta atención a la justicia y olvida por completo la violencia. Pues el Crónida puso esta norma para los hombres: para peces, fieras y pájaros voladores, comerse unos a otros, puesto que no hay justicia en ellos, pero a los hombres les dio justicia que es más provechosa; pues si alguien, una vez que las conoce, quiere proclamar las cosas justas, a ése Zeus, de amplia mirada, le da felicidad,

Pero, en ningún caso, la dignidad depende de los condicionamientos externos: ni en el plano ontológico ni en el moral. Esta distinción es fundamental para preservar la inviolabilidad del respeto debido a la dignidad humana. A la vez se debe precisar que el respeto a la dignidad no equivale a amparar cualquier decisión humana sino sólo las que sean conformes con la axiología de los países que conformen el proceso de integración.

En cualquier caso, para delimitar el contenido de la dignidad humana, y de los derechos que le son inherentes, es necesario realizar un juicio moral, que remite a una antropología, a una concepción del hombre⁽⁴⁵⁾. Y, 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⁽⁴⁶⁾. Esta opción lleva a definir los mínimos exigibles para garantizar una *convivencia humana* armoniosa y de cooperación, puesto que el derecho no consiste en una *yuxtaposición de cuotas de arbitrariedad* toleradas⁽⁴⁷⁾, sino en un sistema de convivencia pacífica basada en el reconocimiento de la igual dignidad.

No obstante, la tendencia dominante en los círculos bioéticos es la de identificar lo indigno para el ser humano con la carencia de autodeterminación o con los aspectos económicos o cuantitativos del nivel de vida, manifestados en situaciones de precariedad o sufrimiento moral o físico. De allí que se afirme que «en el caso de la enfermedad irreversible tampoco habría vida personal digna de tal nombre, y no sería aplicable

pero quien en sus testimonios se engaña jurando voluntariamente y al mismo tiempo dañando a Dike {la justicia}, se extravía de manera incurable (...)» HESIODO, *Teogonía; Trabajos y días; Escudo; Certamen* (Sánchez, Sánchez, trans.), Madrid, 2000, v. 275.

(45) Cfr. OLLERO, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, 2005, p. 59.

(46) «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». OLLERO, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, cit., p. 58.

(47) Cfr. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

la protección que supone el derecho a la vida». Y, consecuentemente, para un sector de la doctrina académica la eutanasia debería ser viable constitucionalmente, «no ya como consecuencia de un derecho de disposición, sino como un derecho que arranca de la imposible recuperación de la dignidad humana»⁽⁴⁸⁾.

Sin embargo, la dignidad humana, como ya hemos afirmado, no depende del reconocimiento social ni de factores accidentales: es una cualidad inherente a todo individuo de la especie humana sin distinción. Por eso no cabe identificar la dignidad humana con la calidad de vida, que está referida al entorno, ya que ésta se mide por las «condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico de la personalidad»⁽⁴⁹⁾. Puede haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero eso no convierte una vida en indigna. Es posible vivir y actuar conforme a la dignidad en un ambiente hostil, degradante o precario. Más aún, la dignidad moral de quien es capaz de superar esas deficiencias pone de manifiesto la grandeza del estatuto personal del ser humano⁽⁵⁰⁾. En cambio, considerar indigna una vida humana por desarrollarse en condiciones físicas o psíquicas precarias, implica una concepción materialista de la vida, que relativiza el respeto debido a los seres más débiles o necesitados. Más aún, lo que corresponde a los poderes públicos y a la entera sociedad es mejorar en lo posible esas carencias y limitaciones, también cuando quien las padezca

solicite auxilio para terminar con su vida a la brevedad posible⁽⁵¹⁾. No se puede olvidar que ayudar a una persona no equivale a darle siempre la razón. Más bien, en estos casos extremos, en vez de confirmarle a una persona que su vida no tiene sentido, se le puede ayudar a que lo descubra y recupere la conciencia de su dignidad.

Finalmente, la «decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica»⁽⁵²⁾. En otras palabras, se trata de una pretensión pero no de un derecho y, menos, de uno de tipo fundamental. Por tanto, al no existir un *derecho a la muerte* tampoco existe un *deber jurídico de colaborar en el suicidio ajeno*. En cualquier caso, si se admitiese que la compasión moral justifica el suicidio asistido, sea en personas sanas o enfermas, esta práctica llevaría a la tergiversación del deber de mutuo socorro o solidaridad y a la práctica impune del homicidio, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Estrasburgo⁽⁵³⁾. Convertir la ayuda al suicidio en un deber «por respeto a la dignidad ajena» rompería la percepción de las relaciones mutuas y del contenido esencial de la dignidad humana, que se confundiría con el respeto a la arbitrariedad⁽⁵⁴⁾. Cuando una sociedad admite que

⁽⁴⁸⁾ PECES-BARBA, *La eutanasia desde la Filosofía del Derecho*, en ANSUÁTEGUI ROIG (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, p. 20.

⁽⁴⁹⁾ GONZÁLEZ, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, cit., p. 37.

⁽⁵⁰⁾ «La dignidad del hombre es inviolable en el sentido de que no puede ser arrebatada desde fuera. Sólo uno mismo puede perder la propia dignidad. Los demás solamente pueden vulnerarla no respetándola. Quien no la respeta no quita al otro su dignidad, sino que pierde la propia. No fueron Maximiliano Kolbe ni el P. Popieluszko quienes perdieron su dignidad, sino sus asesinos». SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, 2003, p. 108.

⁽⁵¹⁾ En esas circunstancias, se impone «principalmente a los poderes públicos la promoción de estas condiciones; de ahí que la vida ya no es posible de ser entendida tan sólo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado». TCP Exp. 3330-2204-AA, 11.VII.2005, f.j. 53.

⁽⁵²⁾ *Ídem*.

⁽⁵³⁾ Diana Pretty mujer de 43 años estaba afectada por una esclerosis lateral amiotrófica que atacaba su sistema nervioso y la tenía totalmente paralizada desde el cuello hasta los pies. Era alimentada por medio de un tubo y sabía que, en breve, la enfermedad le provocaría la muerte en medio de grandes dolores. A pesar de su estado físico, tenía intactas su inteligencia y capacidad de decidir y se expresaba por medio del teclado de un ordenador. Sentencia de 29 de abril de 2002 (Corte de Estrasburgo de Derechos Humanos, 29 de abril 2002, req. n. 2342/02, asunto *Pretty v. Reino Unido*).

⁽⁵⁴⁾ «Su más elocuente consecuencia se plasmaría en la quiebra de la relación de confianza en que el trato entre médico y paciente se desenvuelve». OLLERO, *La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana. Bioética, filosofía y derecho*, pp. 139-164, Málaga, 2004, p. 154.

uno de sus miembros, puede decidir privadamente a quién mantiene con vida, - medida en términos de calidad de vida o de compasión moral permisiva - abre las puertas al totalitarismo y a la discriminación y, con ellas, al atropello a la dignidad y a los derechos fundamentales. Insistimos en que el Derecho no consiste sólo en un despliegue subjetivo sino, fundamentalmente, en el ejercicio de la libertad por la que se acoge al otro, reconociéndolo en su *igual dignidad*⁽⁵⁵⁾.

Podemos concluir afirmando que tratar a una persona con la consideración debida a su dignidad humana exige no sólo el respeto a la subjetividad, sino al modo de ser y a los bienes básicos del ser humano, que no son ilimitados y, en esa medida, tampoco lo son la libertad, la autodeterminación y el consenso.

Asimismo, que la dignidad humana no es un valor, sino el fundamento *incondicionado e incondicionable* de los valores y de los derechos humanos, que son exigencias de justicia derivadas de su naturaleza. El núcleo inviolable de la dignidad humana es de perenne actualidad, aún cuando existan elementos accidentales a ese deber de respeto, que responden a la cultura de una sociedad determinada.

Dar lo *suyo*, en términos de dignidad, 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⁽⁵⁶⁾. Esa base axiológica exige desterrar la discriminación injusta y la intolerancia, que lleva a adoptar actitudes dogmáticas y fundamentalistas en nombre de una ideología científica o religiosa, por las que se imponen a los demás los conceptos de verdad y bien, así como su proyección práctica en la vida social.

⁽⁵⁵⁾ OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid, 1991, p. 58.

⁽⁵⁶⁾ 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, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 2005, pp. 183-184.

El convencimiento de lo que la naturaleza humana exige a la conducta personal no puede *imponerse* sino *exponerse* para que ese mismo convencimiento penetre la conciencia de los individuos y se configure así una sociedad plural y solidaria⁽⁵⁷⁾. El tener convicciones no es señal de intolerancia sino de compromiso personal con la verdad⁽⁵⁸⁾, que lleva, precisamente, a tolerar el error por respeto a la dignidad del equivocado. Y, como todos tenemos convicciones, no se puede negar a quienes no compartan nuestro modo de pensar el derecho de tenerlas, porque equivaldría a negarles *la igual dignidad*. En cambio, elevar la tolerancia a valor supremo, sustituyéndola por el compromiso con la verdad y las convicciones personales, desemboca en un intolerante relativismo, que pone a la sociedad por debajo de los mínimos exigidos para una convivencia propiamente humana⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ 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» (HABERMAS, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*, cit.).

⁽⁵⁸⁾ «Todos valoramos, pero los relativistas occidentales enseguida ponen sus 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 sí mismo. Sólo es válido en un contexto relativista». *Comunidad de valores u orden jurídico*, en SPAEMANN, Fundación Iberdrola (ed.), *Europa: ¿Comunidad de valores u ordenamiento jurídico?*, Madrid, 2004, p. 27.

⁽⁵⁹⁾ «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». OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Rialp, S.A., Madrid, 1991, p. 105.

De lo expuesto se puede concluir que el respeto a la dignidad cumple en los procesos de integración una cuádruple función: fundamentar el orden jurídico, orientar su interpretación, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas o para determi-

nar una norma de conducta y, eventualmente, establecer los límites en ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales.

Luz Pacheco Zerga

Secreto profesional

Bibliografía: CARRERA BASCUÑAN, *El secreto profesional del abogado*, Santiago de Chile, 1963; LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, 2ª ed., Madrid, 1983; LOZANO BEDOYA, *El secreto profesional, su defensor*, vol. I, n. 9, 1994, pp. 11-13; MONROY CABRA, *Ética del abogado*, 2ª ed., Bogotá, D.C., 1998, pp. 203-204; Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, p. 1194, t. V; RODRIGUEZ PIÑERES, *Estudio sobre el secreto profesional*, Colombia, 1980.

1. Introducción. En casi todas las profesiones, pero especialmente en las relacionadas con la prestación de servicios personalísimos, se establece la obligación de guardar celosamente los secretos que les han sido confiados por los clientes. Se deriva ese secreto profesional de las reglas de la costumbre y de la moral general y constituye un principio de deontología jurídica. Nada más apropiado para celebrar las Bodas de Oro profesionales del doctor Roberto Suárez Franco, que hacer énfasis en los principios éticos y morales bajo los cuales él fue formado y deberían seguir formándose los abogados actualmente. El recto ejercicio de la profesión es el que lleva a que los demás reconozcan en una persona su maestría en ella, como en el caso del doctor Suárez Franco.

Se entiende por secreto, aquella información que es conocida únicamente por el solicitante del servicio o por un grupo reducido de personas, las cuales tienen interés en que tal información, no trascienda a terceros.

El principio de reserva, le impone a esta clase de profesionales, como ya se dijo, la obligación, no solo de callar todo aquello que les ha llegado a su conocimiento con ocasión del desempeño de las tareas profesionales que les han sido encomendadas, sino además, el deber de mantener la necesaria reserva y discreción en sus contactos, tanto con el cliente, como con sus familiares y terceros.

Según Carlo Lega⁽¹⁾, el principio de reserva «no solo impone al abogado mantener en secreto todo lo que de cualquier forma ha llegado a su conocimiento con ocasión del desempeño del encargo profesional que el cliente le confirió, sino que también le impone observar una conducta inspirada en la discreción y reserva absolutas, bien en los contactos directos con su cliente, bien con sus familiares y causahabientes, bien con terceros».

Entre los profesionales que prestan esta clase de servicios, cabe señalar entre otros, los abogados, los sacerdotes, los periodistas, los médicos, los psicólogos y los contadores., por tanto, efectuamos un estudio global respecto del secreto profesional, tomando en cuenta sus alcances, las profesiones que la involucran, sus dimensiones y otros temas de relevancia para su estudio y análisis.

⁽¹⁾ LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 72.

Desde el punto de vista objetivo, secreto es todo aquello que debe mantenerse oculto, la cosa misma que ha de ocultarse.

Desde el punto de vista subjetivo, es el hecho de saberse mantener una cosa en reserva o sin manifestarse sea por su índole, sea por promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella.

«Todo secreto tiene por objeto una cosa oculta, ignorada de todos o por lo menos de algunas personas.

La obligación de guardar el secreto consiste en el deber de no revelar o manifestar lo que por su índole o por compromiso o discreción ha de callarse»⁽²⁾.

Queda claro, que secreto es el hecho que una persona ha conocido pero mantiene en reserva y sigilo, sustraído del conocimiento de otros. El secreto Profesional es la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinada profesión o actividad. Esta modalidad de secreto ha obtenido una especial protección jurídica que se explica a continuación.

Secreto Profesional, según la Real Academia de la Lengua Española, «es el deber que tiene los miembros de ciertas profesiones, como médicos, bogados, periodistas, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión»⁽³⁾.

La obligación del sigilo es para ellos tan estricta, que su violación, salvo los casos previstos en la ley, constituye delito, incluidos entre los atentatorios a la libertad, intimidad, honra y buen nombre. Incurren en el quienes, teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

En consonancia con la consagración del secreto profesional, se ha recogido el denominado «*Juramento de Hipócrates*» consagrado en la Declaración de Ginebra⁽⁴⁾ (adoptada en 1948

por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial.) que establece la obligación de guardar y respetar los secretos confiados en razón del ejercicio de la profesión médica: «Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré teniéndolo por secreto».

El Derecho Internacional Humanitario en su art. 10, Protocolo II adicional de 1977 expresa: «A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos (...). La persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y enfermos a quienes asista o haya asistido»⁽⁵⁾.

2. Alcances del secreto profesional. Las constituciones protegen el secreto profesional en términos inequívocos y, generalmente le dan la categoría de inviolable, lo cual determina que no es siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo, está obligado a guardarlo.

Debe precisarse que los médicos, ministros religiosos, periodistas, abogados no son los únicos amparados por la inmunidad del secreto profesional, también están protegidas, con arreglo a la ley cualquier persona que por razón de su profesión u oficio puedan o deban guardar secreto.

3. Dimensiones del secreto profesional. El secreto profesional se explica por su doble dimensión de derecho y de deber.

El secreto profesional es un auténtico derecho. Quien al ejercer su profesión se entera de cosas íntimas o de asuntos que merecen reserva y cautela no puede ser compelido a descubrir lo que sabe.

⁽²⁾ CARRERA BASCUÑAN, *El Secreto Profesional del Abogado*, Santiago de Chile, 1963.

⁽³⁾ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, t. V, p. 1194.

⁽⁴⁾ Declaración de Ginebra adoptada por la segunda Asamblea General de la Asociación Médica Mundial,

Ginebra, Suiza, 1948.

⁽⁵⁾ Protocolo II Adicional, 1977, Derecho Internacional Humanitario, art. 10.

El secreto profesional es también un deber para quien por razón de su trabajo llega a tener conocimiento de asuntos que han de permanecer bajo absoluta reserva.

3.1. El secreto profesional como derecho. El guardar el secreto profesional constituye también un derecho, para esto, es necesario estar en posesión del título profesional y en ejercicio de la profesión. El profesional puede hacer valer este derecho al enfrentarse ante los jueces o ante cualquier otra autoridad o persona que, con competencia o sin ella, pretenda indagar sobre hechos confidenciales o interrogar sobre ellos en forma directa. «Austeramente el profesional no podría aceptar recibir confidencias de sus clientes si estuviera obligado o expuesto a declarar, a quien quiera que fuere, sobre los hechos de que se haya impuesto en el ejercicio de su profesión y en razón de ella»⁽⁶⁾.

3.2. El secreto profesional como deber. Ante todo y primordialmente el secreto constituye un deber imperioso. Este deber pesa gravemente sobre el profesional, porque el cliente deposita en él toda su confianza, entregándose a su conciencia, a su probidad, a su dignidad, y a su honor. El secreto profesional no es un privilegio o prerrogativa, sino un deber de obligatorio cumplimiento, independientemente de si de ello se derivan beneficios o perjuicios para el propio abogado o para el cliente.

El deber de guardar el secreto profesional se establece en diversas normas y, la violación del mismo constituye en la mayoría de los casos una falta disciplinaria, o incluso una «falta de lealtad con el cliente».

La doctrina dice que el abogado podrá revelar el secreto confiado por su patrocinado sólo en la medida que tenga un motivo que lo justifique para tal realización. Entre éstos podemos considerar: a) por la realización de la actividad profesional en equipo, siempre que lo que se revele le sea necesario para la intervención profesional; b) para evitar una lesión notoriamente injusta y grave que la guarda del secreto profesional pudiera cau-

sar a su persona o a un tercero; c) Cuando el abogado fuera relevado del secreto profesional por el propio cliente. Dicho acto de relevo deberá constar por escrito; d) En el caso de que sea acusado judicialmente por su patrocinado y sólo dentro de los límites necesarios para su defensa.

Cuando el abogado decide revelar el secreto confiado por su asistido debe plantearse: a) Si con el mantenimiento del silencio como expresión del respeto al derecho de la intimidad puede ponerse en peligro el derecho de la integridad personal o a la vida del propietario del secreto. b) Si con el mantenimiento del secreto sobre personas relacionadas con el cliente, por el respecto a su intimidad puede ponerse en peligro el derecho a la integridad personal o a la vida de otros. c) Si el mantenimiento del secreto puede llegar a producir un perjuicio sobre su persona.

Una buena regla para que el abogado actúe correctamente es tener bien presente los siguientes hechos fundamentales: 1) El derecho a la intimidad de una persona nunca puede poner en peligro el derecho a la vida, la integridad o la libertad de otras personas. 2) El derecho a la intimidad de una persona tampoco puede comprometer el bienestar social, que en muchas ocasiones depende de la administración de la justicia.

A lo cual, el jurista Eduardo Rodríguez Piñeres, agregaba: «El profesional recibe, en el ejercicio de sus funciones, la confesión de la parte, y debe considerar esas revelaciones un depósito inviolable. La confianza que el profesional inspira se convertiría en una trampa si pudiera abusar de ella en perjuicio de su cliente. El secreto es, pues, la primera de sus funciones»⁽⁷⁾.

Así mismo, quien hace las confidencias, a su vez, tiene el derecho a exigir el respeto por el secreto de oficio, pues el silencio de esas confidencias dependen derechos fundamentales del ser humano como lo son la intimidad, la honra, el buen nombre entre otros. Cuando una persona relata hechos y experiencias de su vida íntima para que otras puedan efectuar su trabajo confía en que el

⁽⁶⁾ RODRÍGUEZ PIÑERES, *Estudio sobre el secreto profesional*, Editorial Temis, Colombia, 1980.

⁽⁷⁾ *Idem*.

depositario de tales hechos y experiencias guardara estricto secreto sobre lo confiado.

4. El secreto profesional en as diversas profesiones u oficios. El secreto profesional está relacionado con el desempeño de ciertas actividades o profesiones. Es por esto, que el periodista puede garantizar el anonimato de su fuente, el sacerdote negarse a contar lo escuchado en el confesionario, el médico rehusarse a compartir las confidencias oídas en sus consultas y el militar resistirse a hacer públicas las estrategias de defensa nacional. Sin embargo, la obligación de callar recae sobre todas las personas que por causas laborales llegaren a conocer información reservada, aunque no sean las destinatarias inmediatas y directas de tal información. Es el caso de la secretaria que transcribe el consejo legal para su cliente, del empleado que archiva la historia clínica de un enfermo, o del jefe de personal que estudia esa historia para tramitar una incapacidad.

Todos ellos tienen el deber de silenciar lo que han tenido oportunidad de saber.

«Para preservar la seguridad del secreto profesional, la persona que por su actividad conoce hechos pertinentes al fuero íntimo, personal y familiar de un tercero, goza de absoluta inmunidad de coacción. Ello significa que nadie, bajo ninguna circunstancia, puede presionarla u obligarla a revelar lo que sepa en su calidad de confidente necesario. Solo con la autorización expresa del afectado puede un profesional develar la información cuya guarda le ha sido confiada»⁽⁸⁾.

4.1. Los abogados. Tanto en el «*Heptálogo*» como en el «*Decálogo del Abogado*», José María Martínez del Val y Eduardo Juan Couture, respectivamente, han dicho lo siguiente⁽⁹⁾: **1)** «V. Auxilia con decisión, lealtad y secreto a tu cliente, que deposita en ti su confianza». **2)** Y en los Mandamientos: «5. Sé leal. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas

que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú invocas».

Con respecto al alcance de la obligación del abogado, está rigurosamente obligado a guardar el secreto de lo que le ha sido confiado y no puede repetirlo en ninguna forma, bajo ningún pretexto, en ninguna circunstancia.

En el ejercicio de su profesión, el abogado puede conocer los secretos del cliente mediante la revelación confidencial, mediante revelaciones no confidenciales y mediante su propia observación, directa o indirecta, practicada por él mismo. El secreto recae también sobre las confidencias hechas por terceros con ocasión de las relaciones profesionales. El abogado debe especialmente secreto respecto de las conversaciones con el patrocinante de la parte adversa, o con cualquier otro colega que haya intervenido como mediador.

La obligación de guardar el secreto profesional impide al abogado declarar como testigo sobre preguntas o asuntos que en cualquier forma comprometan o amenacen dicho secreto.

Podríamos afirmar también que el secreto profesional del abogado pertenece a la categoría de los derechos humanos fundamentales, por ser esencial para el derecho de defensa y formar parte de la protección de la intimidad personal.

Son objeto del secreto profesional todas las circunstancias y situaciones conocidas por el profesional del derecho con motivo del ejercicio de su profesión. No es necesario que el abogado haya manifestado expresamente su promesa de guardar el secreto, pues ésta se considera implícita desde el mismo momento en que el cliente le hace su confesión.

Por lo que podríamos decir que el abogado tiene un deber de fidelidad para con su cliente, debido a que no podrá revelar la información recibida con motivo del ejercicio de su profesión y mucho menos podrá usarla en beneficio propio o de un tercero y bas-

⁽⁸⁾ LOZANO BEDOYA, *El secreto profesional, su defensor*, vol. I, n. 9, 1994, pp. 11-13.

⁽⁹⁾ MONROY CABRA, *Ética del abogado*, 2ª ed., Bogotá, D.C., 1998, pp. 203-204.

ta con que el abogado le dé una consulta o asesoría a la persona, aunque no se requiera la realización de otra conducta, como sería por ejemplo ejercer la representación de la persona en un juicio.

Además de lo previsto en nuestro Estatuto del Abogado, podemos citar que en el Código Deontológico de la Abogacía Española ⁽¹⁰⁾: «Artículo 5. Secreto Profesional. 1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, insista en el hecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. El deber y el derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, la de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. 3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo. 4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia o cualquier otro medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional. 5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite. 6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional. 7. Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de

haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitadas en el tiempo. 8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar los medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al derecho profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al abogado de la preservación del mismo».

4.2. Los contadores. La profesión contable, «si bien está vinculada en los términos de la ley, por una obligación de mantener la reserva y el sigilo, tiene por fuera de ella un vasto campo de acción que le es característico y que la misma ley le ha trazado, donde impera la publicidad y la divulgación de informaciones, las cuales son tan esenciales para la vida comunitaria que deben refrendarse por los contadores. Entre los terceros y la sociedad, los contadores y los oficios que desempeñan, sirven de vehículo para clasificar, ordenar, analizar, describir y suministrar de manera confiable la información económica y financiera de las empresas. En la esfera delimitada por la ley y dentro de la cual los contadores y revisores desarrollan las funciones típicas de su profesión, relacionadas con la divulgación pública de informaciones o su entrega al Estado, las normas directamente asignan a aquellas funciones cuyo cumplimiento por dichos profesionales confiere certeza al flujo de datos que se deriva de las empresas. La expansión inconsulta de la reserva documentaria y del objeto del secreto profesional, le restaría todo significado y utilidad social a la profesión contable que, en lugar de participar en el proceso de comunicación económico, simplemente se inhibiría renunciando a sí misma» ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Colombia, Corte const., sentencia C-537 de 1997 (octubre 23), Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁽¹⁰⁾ En: <http://www.verduabogados.arrakis.es>.

4.3. Los médicos. La historia clínica, su contenido y los informes que de la misma se derivan, están sujetos a reserva y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por el médico y su paciente. Sólo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica. Levantada la reserva de la historia clínica, su uso debe limitarse al objeto y al sentido legítimo de la autorización dada por el paciente. Datos extraídos de la historia clínica de un paciente, sin su autorización, no puede ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial. No puede el Legislador señalar bajo qué condiciones puede legítimamente violarse el secreto profesional. El profesional depositario del secreto profesional está obligado a mantener el sigilo y no es optativo para éste revelar su contenido o abstenerse de hacerlo. En situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviere sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional en alguna de las causales justificativas del hecho.

4.4. Los Periodistas. A título ilustrativo, la H. Corte Constitucional de Colombia en Sentencia SU-056 de febrero 16 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, ha manifestado que «Con respecto al periodista, su secreto profesional está regulado por el art. 11 de la ley 51 de 1975. Esta norma habilita al periodista para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción, aunque responsablemente, pues compeler al periodista a revelar la fuente de su información, conduce a limitar el acceso a los hechos noticiosos, porque quien conoce los hechos desea naturalmente permanecer anónimo, cubierto de cualquier represalia en su contra. Es obvio, que no es sólo el interés particular sino el interés social el que sirve de sustento a la figura del secreto profesional del periodista; su actividad requiere por consiguiente de la confianza que en él depositan los miembros de la comunidad quienes le suministran la información que debe ser difundida en beneficio de la sociedad. Naturalmente, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que

está sujeto y que se le pueden exigir, cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas»⁽¹²⁾.

En cuanto al Auto 006/93, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, que declaro fundada la excusa presentada por el periodista Plinio Apuleyo Mendoza y en consecuencia, no se le obligó a atender la citación ni a absolver el cuestionario respectivo, «Obligar al periodista a revelar el origen de sus informaciones, implicaría limitar su acceso a la noticia, al silenciar, en muchos casos, a quienes conocen los hechos. Pero, de otro lado, el periodista está sujeto a "las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones". Y no podrá, en consecuencia, escudarse en el dicho de terceros cuyos nombres oculta, para calumniar o injuriar. No: será él quien responda por lo que diga. El art. 11 de la ley 51/75 es un desarrollo del principio contenido en el inciso primero del art. 42 de la anterior constitución. Un periodista está obligado a ser veraz e imparcial en la narración de los hechos. Pero son libres sus opiniones sobre los mismos hechos. Y en todo caso quien pretenda exigirle las responsabilidades propias de su oficio, habrá de acudir a las autoridades competentes, que son, en general y en principio, los jueces de la República»⁽¹³⁾.

En la Sentencia T-074 de 1995, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, el cual confirmó la Sentencia de primera instancia, en la que se concedió la tutela interpuesta por el Señor José Manuel Cruz Aguirre contra la Revista Semana y su Director Mauricio Vargas Linares, se dice que: «El secreto profesional, si bien resulta aplicable a diferentes actividades según su naturaleza, tiene particular relevancia en el campo periodístico, ya que implica la reserva de las fuentes informativas, garantía ésta que, sobre la base de la responsabilidad de los comunicadores, les permite adelantar con mayor eficacia y sin prevención las inda-

(12) Corte const., sentencia SU-056 de 1995 (febrero 16), Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

(13) Corte const., auto 006/93 (mayo 20), Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

gaciones propias de su oficio. Esto repercute en las mayores posibilidades de cubrimiento y profundización de los acontecimientos informados y, por tanto, en la medida de su objetivo y ponderado uso, beneficia a la comunidad, en cuanto le brinda conocimiento más amplio de aquellos»⁽¹⁴⁾.

4.5. Los sacerdotes. En el Derecho de la Iglesia, la cuestión está clara: el sigilo sacramental es inviolable de acuerdo con el canon 983 del Código de Derecho Canónico de 1983 que expresa⁽¹⁵⁾: «El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo. También están obligados a guardar secreto el intérprete, si lo hay y todos aquellos que de cualquier manera, hubieran tenido conocimiento de los pecados por la confesión».

A su vez, el confesor que viola directamente el secreto de la confesión incurre en excomunión automática según el canon 1388⁽¹⁶⁾. Esta rigurosa protección del sigilo sacramental, aún en un Estado Aconfesional como el nuestro, implica también para el confesor la exención de la obligación de responder en juicio respecto a todo lo que conoce por razón de su ministerio, y la incapacidad de ser testigo en relación con lo que conoce por confesión sacramental, aunque el penitente le releve el secreto y le pida que lo manifieste de conformidad con los cánones 1548 y 1550⁽¹⁷⁾. En 1988, se precisó en el canon

⁽¹⁴⁾ Corte const., sentencia T-074/95 (febrero 23), Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

⁽¹⁵⁾ Código de derecho canónico, canon 983, p. 441, 1983.

⁽¹⁶⁾ *Ídem*, canon 1388.

⁽¹⁷⁾ *Ídem*, canon 1548: «1. los testigos deben declarar la verdad al juez que los interroga de manera legítima. 2. Quedando a salvo lo que se prescribe en el can. 1550, están exentos de la obligación de responder: 1. Los clérigos, en lo que se les haya confiado por razón del ministerio sagrado; los magistrados civiles, médicos, comadronas, abogados, notarios y otros que están obligados a guardar secreto de oficio incluso por razón del consejo dado en lo que se refiere a los asuntos que caen bajo ese secreto; 2. Quienes temen que de su testimonio les sobrevendrán infamia, vejaciones peligrosas u otros males graves para sí mismos,

1369 que incurre también en excomunión quien capta mediante cualquier instrumento técnico, o divulga en un medio de comunicación social, las palabras del confesor o del penitente, ya sea la confesión verdadera o fingida, propia o de un tercero⁽¹⁸⁾. Esta nueva disposición fue necesaria por una serie de grabaciones de preguntas y consejos realizadas fraudulentamente en confesión, efectuadas en Italia con la intención de difundirlas en revistas sensacionalistas.

Las normas de Derecho Canónico, son de carácter universal; El canon 1 estipula que «Los cánones de este código son solo para la Iglesia Latina»⁽¹⁹⁾, por otra parte el canon 12 estipula que «Las leyes Universales obligan en todo el mundo a todos aquellos para quienes han sido dadas»⁽²⁰⁾, por tanto, la aplicación de las normas sobre el sigilo sacramental estipuladas en el derecho Canónico rigen en Colombia.

5. Revelación y divulgación del secreto profesional. Revelación de un secreto es el hecho simple de darlo a conocer, descubrirlo o manifestarlo a quien lo ignora, sea a muchas personas, a varias o a una sola; pero sin un propósito de darle propiamente expansión. Divulgar, significa algo más. Implica un propósito preconcebido de difusión amplia,

para el cónyuge, o para consanguíneos o afines próximos». Canon 1550: «1. No se admitan como testigos los menores de catorce años y los débiles mentales, pero podrán ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente. 2. Se consideran incapaces: 1. Los que son parte en la causa o comparecen en juicio en nombre de las partes, el juez y sus ayudantes, el abogado y aquellos otros que prestan o han prestado asistencia a las partes en la misma causa; 2. Los sacerdotes respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad».

⁽¹⁸⁾ *Ídem*, canon 1369: «Quien, en un espectáculo o reunión públicos, en un escrito divulgado, o de cualquier otro modo, por los medios de comunicación social, profiere una blasfemia, atenta gravemente contra las buenas costumbres, injuria la religión o la Iglesia o suscita odio o desprecio contra ellas, debe ser castigado con una pena justa».

⁽¹⁹⁾ *Ídem*, canon 1.

⁽²⁰⁾ *Ídem*, canon 12.

aunque los hechos sean contados directamente a muy pocos o a una sola persona. Es el hecho de hacer una revelación encaminada a dar publicidad a lo que es secreto.

La violación del secreto puede hacerse con mayor o menor grado de difusión. El hecho oculto o desconocido puede ser dado a conocer a muchas personas, o por lo menos a varias.

El sentido del vocablo es amplio, y la revelación abarca desde la publicación hasta la comunicación íntima hecha a una sola persona. «Para que se entienda haber revelación basta que lo descubierto por el infidente sea suficientemente preciso, o por lo menos de una vaguedad que no haga imposible vislumbrar lo que está oculto.

El descubrimiento de lo oculto puede ser total o parcial; y en una o en otra forma le está vedado al profesional»⁽²¹⁾.

La revelación puede producirse por acción o por omisión del depositario del secreto. La violación del secreto puede hacerse en forma directa, esto es, revelando el hecho mismo, o los documentos que había la obligación de mantener en reserva.

Puede también hacerse indirectamente, esto es, con palabras, frases, conceptos, alusiones, gestos, signos, silencios significativos, reticencias sugerentes que provoquen apreciaciones o comentarios.

La revelación directa de los secretos puede ser espontánea o provocada. La revelación espontánea puede ser hecha a un particular, sea persona natural o jurídica, a grupos de personas, a reuniones formales o informales, al público en general, cualquiera que sea el modo o método que se emplee y el grado de difusión que haya buscado o que de hecho se haya producido.

«La revelación puede haber sido a las autoridades administrativas, a la justicia civil, penal o militar, sea por medio de una denuncia formal, oficial, semioficial, extraoficial y aun confidencial.

Esta clase de revelación o denuncias pueden ser hechas por quienes tienen el deber de denunciar o por personas a quienes esta obligación no les alcanza»⁽²²⁾.

6. Conclusiones. El secreto profesional se refiere a la relación especial que surge entre el cliente que solicita un servicio y el profesional que accede a prestarlo, mediante el cual el primero se compromete a suministrar al segundo una serie de informaciones que pertenecen a su ámbito privado, las cuales, con toda certeza no daría a conocer, si no tuviera la seguridad de que tal información se encuentra protegida por la inviolabilidad del secreto profesional.

La inviolabilidad del secreto profesional sirve de garantía funcional para la guarda y protección de algunos derechos fundamentales entre los que cabe señalar, el derecho a la intimidad, la honra, al buen nombre, a la información y a la libertad.

Por tanto, no es de extrañar que todas las sentencias analizadas tengan como finalidad la protección del secreto profesional.

El Derecho al Secreto Profesional basado en la confianza entre el profesional y el usuario del servicio, por ningún motivo puede ser violado, no desconociéndose los límites establecidos en los casos en que se vulneren Derechos Fundamentales.

Hernán Alejandro Olano García

⁽²¹⁾ Chauveau et Helie, t. V, n. 1866, p. 2.

⁽²²⁾ CARRERA BASCUÑAN, *El secreto profesional del abogado*, cit.

Separación de poderes

Bibliografía: BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1998; HAMILTON, MADISON, JAY, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001; LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1994; LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976; MARSHALL, *Teoría constitucional*, Madrid, 1982; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 3ª ed., Madrid, 1995; PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, 1997.

1. Introducción. El principio de separación de poderes puede tener cinco significados⁽¹⁾: **1)** La diferenciación de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. **2)** La incompatibilidad constitucional del titular de un órgano del estado para ejercer un cargo distinto para el cual fue elegido. **3)** La independencia de un órgano estatal frente a las acciones o la interferencia de los demás. **4)** La fiscalización o el equilibrio de un órgano estatal mediante los actos de otro. **5)** La situación coordinada y la falta de responsabilidad de un órgano estatal frente al otro.

Todos estos significados no son excluyentes, dado que pueden convivir unas con otras y complementarse en el diseño de la forma de gobierno en una constitución. Notaremos que los parlamentarismos, presidencialismos y semipresidencialismos, el grado de separación de poderes es más o menos flexible; mostrando mayor rigidez en los presidencialismos puros.

2. La necesidad de la separación de poderes. Los pensadores clásicos de la política reiteraron el temor y riesgo que un poder invada las funciones del otro hasta hacerlo desaparecer, por eso coincidieron en la necesidad de separar el ejercicio del poder político en varios órganos. Con relación a este principio, Karl Loewenstein sostenía que «el descubrimiento o invención de la teoría de la

separación de funciones estuvo determinado por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía en el siglo XVII y XVIII. Al desmontar el Leviatán en sus diferentes elementos, el racionalismo liberal quería destruir el misticismo estatal del absolutismo divino de la monarquía. Este proceso recibió su cuño específico ante la necesidad ideológica de establecer y proteger la libertad individual. Sólo el liberalismo constitucional identificó la libertad individual con la separación de poderes»⁽²⁾. El constitucionalismo convirtió a las monarquías europeas en democráticas; es decir, un jefe de estado con un parlamento que nombra al primer ministro. Los Estados Unidos, y Francia posteriormente, difundieron el modelo republicano por todo el mundo en base a la idea de la separación de poderes como presupuesto para poder garantizar las libertades políticas; a tal punto, que hoy en día no es concebible un estado constitucional que no edifique su forma de gobierno sin observar este principio. Los clásicos fueron conscientes que el alejamiento de sus postulados convertiría en autarquía cualquier modelo de gobierno civil.

3. El principio de separación de poderes en la doctrina y las constituciones clásicas. El principio de separación de poderes nació en el siglo XVII gracias a Locke, alcanzando en siglo XVIII su clásica formulación con Montesquieu. Con el tiempo se unió a la corriente del constitucionalismo liberal, quedando enlazada con los requisitos indispensables de cualquier carta magna, como lo podemos comprobar en el citado art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽³⁾.

⁽¹⁾ Al respecto, véase MARSHALL, *Teoría constitucional*, Madrid, 1982, p. 137.

⁽²⁾ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, Barcelona, 1976, p. 56.

⁽³⁾ En el mismo sentido véase PEREIRA MENAUT, *Leccio-*

Las formas constitucionales de gobierno, el parlamentarismo y presidencialismo, se caracterizan precisamente por el grado de separación que existe entre las funciones legislativa y ejecutiva, siendo el modelo parlamentario menos tajante que el presidencial⁽⁴⁾.

Como mencionamos, fue John Locke el primero en proponer la necesidad de un poder con funciones divididas para garantizar la libertad política en su obra titulada: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Una formulación que se caracteriza por la ausencia de la judicatura, incluyendo en su lugar al llamado poder federativo⁽⁵⁾. Para algunos, dicha ausencia se debe a que la función judicial se desenvuelve en la sociedad política por quienes elaboran las leyes, por eso no se justificaría una judicatura como una institución aparte. De acuerdo con esta tesis, tanto los legisladores como los jueces tienen funciones que en la práctica podrían considerarse similares; ya que ambos establecen el derecho, no siendo tan importante que los parlamentarios lo realicen de manera abstracta mientras que los segundos lo hagan de forma concreta⁽⁶⁾. Hoy en día debemos decir que esta polémica sigue viva, cuando el Parlamento peruano cuestiona y desea limitar del desarrollo de la jurisprudencia que convierte al Tribunal Constitucional en más

que un legislador negativo, por considerar que está invadiendo sus competencias.

Continuando con el contenido del poder federativo, Locke lo definió como aquel capaz «(...) de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas, y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera de estado»⁽⁷⁾. Lo cierto fue que el llamado poder federativo fue absorbido en parte por el parlamento y gobierno, unas competencias que se han convertido, en gran medida, en una decisión de estado en la que deben participar dichos poderes. En efecto, el Presidente estadounidense debe solicitar consentimiento del Congreso para declarar la guerra; para ratificar tratados, de igual manera, el art. 118, inciso 16, de la Constitución peruana podemos apreciar que una de las atribuciones del Presidente de la República como Jefe de Estado es, precisamente, «declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso»; así como la deber parlamentario de aprobar los tratados cuando versen sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del estado, defensa nacional u obligaciones financieras del estado⁽⁸⁾.

El planteamiento de una teoría conlleva la necesidad de explicarla a través del contenido y funcionamiento de sus componentes, así como ponerla a prueba de situaciones coyunturales para prever sus resultados. Para lograrlo con la tesis de Locke, es preciso conocer las competencias de cada una y en este punto observaremos que no se corresponden, necesariamente, con las atribuciones que actualmente se atribuyen a cada función del estado. Al respecto, Locke se detiene en las funciones ejecutiva y legislativa, sosteniendo que «estos dos poderes (...), aunque en realidad son distintos el uno del otro, pues el primero se refiere a la ejecución de las leyes municipales de la comunidad, dentro de ella y en referencia a las partes que la componen, y el segundo atañe a la seguridad y al interés en asuntos exteriores

nes de teoría constitucional, Madrid, 1997, p. 131.

(4) Pese a esta afirmación, Loewenstein consideraba que «un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, una integración de estos dos poderes. Sin embargo, es necesario reconocer que no sólo cuenta el hecho de que dogmas arraigados no pueden ser fácilmente descartados, sino que las razones para esta actitud conservadora de las nuevas constituciones yace en las dificultades casi insuperables de formular la nueva conformación del poder en el texto constitucional»; LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 55.

(5) «A este poder podríamos llamarlo «federativo», si tal apelativo resulta aceptable. Con tal que se entienda la sustancia de lo que digo, me resulta indiferente el nombre que queramos darle».

(6) Véase BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 58.

(7) Véase LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1994, pp. 151-152.

(8) Véase el art. 56 de la Constitución peruana de 1993.

con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde fuera, ambos están siempre casi unidos»⁽⁹⁾; de hecho, cabe señalar a quienes opinan que «la diferencia entre ambos poderes es funcional, se trata de dos manifestaciones diferentes, interna y externa, del poder de ejecución»⁽¹⁰⁾. En la actualidad podemos comprobar que la función federativa se encuentra repartida entre las funciones ejecutiva y legislativa. Durante la revisión y estudio del planteamiento de Locke también observamos ciertos temores. Sin duda uno de los más salta-ntes es aquel que explica la inconveniencia que resulta el hecho que cada poder sea independiente uno del otro, donde no exista un mínimo de coordinación que pudiera perjudicar la marcha del buen gobierno. El autor lo explicaba de la siguiente manera, «[a]unque, como he dicho, los poderes ejecutivo y federativo de toda comunidad son realmente distintos entre sí, difícil es que estén separados y que se depositen simultáneamente en manos de personas distintas; pues como ambos requieren para su ejercicio la fuerza de la sociedad, casi resulta prácticamente imposible poner la fuerza del Estado en manos distintas que no estén subordinadas, o entregar los poderes ejecutivo y federativo a personas diferentes que puedan actuar separadas. De hacerlo así, la fuerza pública estaría bajo mandos diferentes, lo cual causaría tarde o temprano el desorden y la ruina»⁽¹¹⁾. Si bien es evidente que se trata de una visión que ahora nos podría resultar algo minimalista en torno a las funciones del poder, Locke no se equivocó. En la actualidad, las formas constitucionales de gobierno requieren al menos de la colaboración entre los poderes estatales, no son compartimentos estancos sino que siempre existirá un cierto grado de interdependencia; una idea especialmente trabajada por Montesquieu que explica la necesidad de los controles mutuos.

El parlamentarismo, por ejemplo, requiere de un grado de separación menos tajante; en primer lugar porque el gobierno procede del legislativo, existe una relación fiduciaria que sustenta la posibilidad de poder censurar al primer ministro y solidariamente a todo el gabinete. En cambio, el modelo presidencialista consiste en una separación más tajante, dado que ejecutivo y parlamento provienen de elecciones separadas y no coincidentes, por eso no hay moción de censura pero a cambio se requiere de una mutua colaboración entre poderes, la cual está descrita por la propia Constitución. Cabe añadir que Locke también sostenía que «ninguno de estos poderes subordinados tiene más autoridad que la que les haya sido delegada mediante una concesión y una comisión expresas; y todos han de rendir cuentas a algún otro poder dentro del Estado»⁽¹²⁾. La necesidad de un mecanismo de elección democrática para las autoridades y los llamados poderes inter órgano eran manifiestos en el papel pero se tardaron un tiempo para llevarse a la práctica.

La idea que el parlamento deba seguir consistiendo en una asamblea representativa también fue considerada por Locke. El autor pensaba que la representación debía estar en manos de diversas personas, «las cuales, en formal asamblea, tiene cada una, o en unión con las otras, el poder de hacer leyes; y una vez que las leyes han sido hechas, la asamblea vuelve a disolverse, y sus miembros son entonces simples súbditos, sujetos a las leyes que ellos mismos han hecho; lo cual es un nuevo y seguro modo de garantizar que tengan cuidado de hacerlas con la mira puesta en el bien público»⁽¹³⁾. Un planteamiento

⁽¹²⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 157.

⁽¹³⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., pp. 150-151; El mismo autor nos dice al respecto que «las controversias que tienen lugar entre un hombre cualquiera de la sociedad y otros hombres que se encuentran fuera de ella, sean de la competencia del pueblo; y así, una injuria cometida contra un miembro del cuerpo político, hace que la comunidad entera participe en la reparación de ese daño. De modo que, así considerada, toda la comunidad viene a ser un solo cuerpo en estado de naturaleza con respecto a todos los demás Estados o personas que están fuera de dicha comunidad»; cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 151.

⁽⁹⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., p. 152.

⁽¹⁰⁾ BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, cit., pp. 57-58.

⁽¹¹⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 153.

poco difundido que valida las tesis contemporáneas para poner límites a la reelección inmediata de representantes al parlamento, como una garantía que las leyes que se elaboren, discutan y promulguen durante su legislatura serán las mismas que ellos acaten al final de su mandato parlamentario.

También se destaca su naturaleza como primer poder del estado, el más influyente; sosteniendo que «en todos los casos, mientras el gobierno subsista, el poder supremo será el legislativo; pues aquél que dicta leyes a otro debe ser necesariamente superior a éste. Y como el poder legislativo no lo es tal sino por el derecho que tiene de hacer leyes para todas las secciones de la sociedad y para cada miembro de ésta, prescribiendo reglas para sus acciones y dando poder de ejecución cuando esas reglas no son respetadas, el poder legislativo ha de ser el supremo; y todos los demás poderes que residan en cualquier parte o miembro de la sociedad, derivan de él y están subordinados a él»⁽¹⁴⁾. Pero el sentido común de Locke también se hace patente cuando sostiene la necesidad del receso parlamentario; nos dice que no es necesario «(...) y tampoco conveniente que el poder legislativo esté siempre en funciones; pero sí es absolutamente necesario que el poder ejecutivo lo esté. Pues no hay siempre necesidad de nuevas leyes, pero sí la hay de que las leyes que han sido hechas sean constantemente ejecutadas»⁽¹⁵⁾. Hoy en día es usual que existan los recesos parlamentarios pero también las comisiones permanen-

tes, que brindan continuidad a las labores de los representantes que no se circunscriben sólo a la tarea legislativa sino además a la representativa y fiscalizadora. Podemos concluir que Locke no creía en una separación de poderes concebida como independencia e igualdad de los poderes ejecutivo y el legislativo, así como tampoco admitía ninguna separación del poder judicial al que consideraba como una parte del ejecutivo⁽¹⁶⁾.

La idea de separación surge precisamente cuando una vez producidas las leyes se requiere su ejecución, por eso Locke consideraba necesario que exista un «(...) poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas. De ahí el que los poderes legislativos y ejecutivo suelen estar separados»⁽¹⁷⁾. Es aquí cuando se configura una separación de poderes más cercana a la idea de un gobierno parlamentario, es decir, cuando el autor considera que el ejecutivo se confía a una persona es claramente un poder subordinado al poder legislativo, ya que debe rendirle cuentas y puede ser depositado en otra persona si así lo desea la legislatura; lo que justifica la necesidad de dos instituciones parlamentaristas, una investidura al gobierno y la moción de censura para retirar la confianza depositada⁽¹⁸⁾.

Para finalizar, Locke no expuso con total claridad las ideas de un necesario equilibrio entre poderes y de la consecuente exigencia de un sistema de frenos y contrapesos. Unos planteamientos que recién harían su aparición gracias a los aportes de Montesquieu⁽¹⁹⁾. Por eso, los planteamientos de Locke podrían resultarnos algo minimalistas porque no explican al detalle el funcionamiento de la separación de poderes; pero en su defensa podríamos decir que tampoco ese haya sido su propósito, pues, no se le encomendó concretar estas ideas en una constitución, ni demostrarlas como si se tratara de una fórmula

⁽¹⁴⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 155. Con relación a condición de primer poder del estado, el legislativo queda determinado como el más influyente, el conductor de las decisiones más importantes, sosteniendo que «(...) es aquél que tiene el derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de ésta»; cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 150.

⁽¹⁵⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 157. Locke sostiene que el legislativo es el poder más importante pero sus miembros no pueden ejercerlo ininterrumpidamente, por eso considera necesario periodos de receso, sosteniendo que la leyes «(...) pueden ser hechas en muy poco tiempo, no es necesario que la legislatura haya de estar permanentemente en activo, ni que tenga siempre algo que hacer»; cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 150.

⁽¹⁶⁾ MARSHALL, *Teoría constitucional*, cit., p. 139.

⁽¹⁷⁾ Cfr. LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 151.

⁽¹⁸⁾ Véase LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 156.

⁽¹⁹⁾ En el mismo sentido, BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, cit., p. 66.

científica, se trata simplemente de un planteamiento tan libre como el propósito de la tesis principal: garantizar la libertad política. No obstante, pese a la formulación teórica, el autor sí toma en cuenta la realidad política cambiante y las limitaciones del derecho positivo para resolver todas las situaciones. Locke consideró que debía existir una especial atribución para resolver determinados problemas; al respecto sostuvo que «este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a los prescrito por la ley, y aún contra ella en ciertos casos, es lo que se llama “prerrogativa”. Pues como en algunos gobiernos el poder legislativo no está siempre en activo, y suele ser también muy numeroso y, por ende, muy lento en despachar sus decisiones al ejecutivo; y como es imposible prever y abarcar con las leyes todas las posibles eventualidades y necesidades que puedan afectar al pueblo; y como es asimismo imposible hacer leyes que no produzcan daño cuando son aplicadas con rigor inflexible en todas las ocasiones y a todas las personas que estén en su camino, hay un margen que es dejado al poder ejecutivo para que éste tome decisiones que la ley no ha prescrito»⁽²⁰⁾. El poder de prerrogativa era el que personalmente poseían los reyes, al margen de la ley, para sus decisiones de gobierno y que hoy deberíamos conocer con el nombre de «privilegio ejecutivo». En la actualidad, el privilegio ejecutivo se puede encontrar entre algunas de las atribuciones que la Constitución asigna a este poder estatal; por ejemplo el indulto, aquellos tratados que no necesitan de aprobación parlamentaria⁽²¹⁾; o el derecho a la expropiación por razón de la seguridad nacional o necesidad pública, previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada⁽²²⁾. La explicación que Montesquieu realiza en torno a la teoría de la separación de poderes

se encuentra en su ensayo: *Del Espíritu de las Leyes*, concretamente en el libro XI, en un apartado titulado: la Constitución de Inglaterra (capítulo VI)⁽²³⁾. Como la forma americana de separación de poderes aún no nacía en 1748, Montesquieu aplicó el concepto de separación de poderes a la Constitución británica, especialmente en lo relativo a la independencia del poder judicial y como un modo de comparar el Constitucionalismo inglés con alguna forma de gobierno monárquica en Europa continental⁽²⁴⁾.

La descripción de los poderes tiene semejanzas a la formulada inicialmente por Locke, pero deseamos resaltar más bien sus peculiaridades. En ese sentido, Montesquieu explica que en cada estado hay «tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil»⁽²⁵⁾. Seguidamente, añade el contenido y funciones de cada uno señalando que «el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente poder ejecutivo del Estado»⁽²⁶⁾. Con esta precisión final quedaron nombradas las tres principales funciones estatales, pese a que el tiempo y las circunstancias han dotado de mayor alcance y contenido a sus iniciales atribuciones, y que la judicatura ha demostrado que es algo más que un instrumento que pronuncia las palabras de la ley, como veremos más adelante. La semilla del distrito electoral múltiple se encuentra precisamente en el ensayo de

⁽²⁰⁾ LOCKE, *Segundo Tratado*, cit., p. 165.

⁽²¹⁾ Se refiere al resto de materias que no se encuentran señaladas expresamente en el art. 56 de la Constitución peruana.

⁽²²⁾ Véase el art. 70 de la Constitución peruana de 1993.

⁽²³⁾ Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu (1689-1755).

⁽²⁴⁾ MARSHALL, *Teoría constitucional*, cit., p. 134.

⁽²⁵⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, colección clásicos del pensamiento, Madrid, 1995, p. 107.

⁽²⁶⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 107.

Montesquieu cuando explica la composición del legislativo. El autor reflexiona en torno a la necesidad que los representantes sean elegidos y provengan de cada ciudad. Las razones que argumenta son, como siempre, de puro sentido común. Al respecto nos dice que «se conocen mejor las necesidades de la propia ciudad que las de las demás ciudades y se juzga mejor sobre la capacidad de los vecinos que sobre la de los demás compatriotas. No es necesario, pues, que los miembros del cuerpo legislativo provengan, en general, del cuerpo de la nación, sino que conviene que, en cada lugar principal, los habitantes elijan un representante. La gran ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia»⁽²⁷⁾. En el Estado peruano este razonamiento tardó en ser asimilado por la legislación electoral, nos estamos refiriendo a la creación de los distritos electorales múltiples para la elección de parlamentarios⁽²⁸⁾. Por otro lado, con relación a las deficiencias del sistema político, la democracia representativa y no directa es la única viable siendo utópica la segunda opción, de la cual sólo se han podido incorporar algunos de sus instrumentos, como el referéndum, o la revocatoria de autoridades, etc.

Finalmente, existen coincidencias entre Montesquieu y Locke con relación a la necesidad del receso parlamentario y a los peligros que se producirían tanto por su ausencia prolongada o dilatada permanencia; explicando que «si el cuerpo legislativo no se reuniera en asamblea durante un espacio de tiempo considerable, no habría libertad, pues sucederían una de estas dos cosas: o no existirían resoluciones legislativas, en cuyo caso el Estado caería en la anarquía, o dichas resoluciones serían tomadas por el poder ejecutivo, que se haría absoluto»⁽²⁹⁾. Por otra

parte, para evitar lo contrario, Montesquieu también nos dice que «es inútil que el cuerpo legislativo esté siempre reunido: sería incómodo para los representantes y, por otra parte, ocuparía demasiado al poder ejecutivo, el cual no pensaría en ejecutar, sino en defender sus prerrogativas y su derecho a ejecutar»⁽³⁰⁾.

La conducción del ejecutivo debe estar a cargo de un titular; en su época, Montesquieu consideró que debía estar en «en manos de un monarca, porque esta parte del Gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias; y al contrario, las cosas concernientes al poder legislativo se ordenan mejor por varios que por uno solo». Pero añade que «si no hubiera monarca y se confiara el poder ejecutivo a cierto número de personas del cuerpo legislativo, la libertad no existiría pues los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas participarían en uno y otro»⁽³¹⁾. El tiempo demostró que las repúblicas también fueran viables en Europa y que el parlamentarismo pudiera adaptarse a las nuevas circunstancias políticas; es decir, un jefe de gobierno nombrado por el legislativo y un rey o ciudadano como jefe de estado, si se trata de una monarquía o república, sin injerencia en la conducción del poder ejecutivo.

A diferencia de Locke, el barón de Montesquieu sí consideraba al poder judicial dentro del esquema de la separación de poderes, pero con una función disminuida, considerando que «de los tres poderes (...), el de juzgar es, en cierto modo, nulo. No quedan más que dos que necesiten de un poder regulador para atemperarlos. La parte del cuerpo legislativo compuesta por nobles

⁽²⁷⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 109.

⁽²⁸⁾ Las elecciones generales de abril de 2001 incorporaron el voto por distrito electoral múltiple para elegir a los representantes parlamentarios.

⁽²⁹⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 111.

⁽³⁰⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 111. Montesquieu añade que «si el cuerpo legislativo estuviese continuamente reunido, podría suceder que sólo se nombraran nuevos diputados en el lugar de los que muriesen. En este caso, si el cuerpo legislativo se corrompiera, el mal no tendría remedio» (cfr. p. 111).

⁽³¹⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., pp. 110-111.

es muy propia para ello»⁽³²⁾. Agregando una dura concepción de la función judicial que perduró por varios siglos en las judicaturas europeas continentales e iberoamericanas hasta la aparición de los tribunales constitucionales, bien entrado el siglo XX. El autor sostenía que «los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»⁽³³⁾. El tiempo ha reivindicado el papel de los jueces, concretamente en los países de tradición europea continental, pues en Norteamérica siempre se caracterizaron por ser supremos intérpretes de la Constitución de 1787. Los tribunales constitucionales y su interpretación judicial de la constitución han sido decisivos para conocer y profundizar en torno al contenido de los derechos, la delimitación de competencias entre los estados miembros y su gobierno federal, así como el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad. También hoy en día en Europa continental y los países iberoamericanos, es indiscutible que los tribunales kelsenianos sean reconocidos, formal y materialmente, como los supremos intérpretes constitucionales. Para explicar la necesidad de un balance entre las funciones del poder, Montesquieu advierte el peligro que supondría una invasión de competencias. Al igual que Locke, el principal propósito de la teoría es preservar la libertad política; a propósito nos dice que «[c]uando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente». El mismo razonamiento lo aplica en la administración de justicia, añadiendo que «tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si

va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor». El común denominador es la necesidad de evitar la plena concentración del poder, llegando a vislumbrar sus consecuencias cuando sostiene que «todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares»⁽³⁴⁾. Los peligros expuestos por Montesquieu, también sugeridos por Locke, lo impulsaron a desarrollar una garantía que refuerce la teoría de la separación de poderes; es decir, la necesidad que cada poder se encuentre debidamente equilibrado para evitar excesos. Es así como se propone un conjunto de consideraciones a tomarse en cuenta.

En primer lugar, parte de la premisa que «los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo»⁽³⁵⁾. En segundo lugar, Montesquieu añade que «el poder ejecutivo no puede entrar en el debate de los asuntos, pues sólo forma parte del legislativo por su finalidad de impedir. Ni desaprobando las resoluciones, puede rechazar las decisiones de las propuestas que hubiera deseado no se hicieran. En algunas Repúblicas antiguas, en las que el pueblo en cuerpo discutía los asuntos, era natural que el poder ejecutivo los propusiera y los discutiera con él, sin lo cual se habría producido una extraordinaria confusión en las resoluciones». Tercero, «si el poder ejecutivo estatuye sobre la recaudación de impuestos de manera distinta que otorgando su consentimiento, no habría tampoco libertad porque se transformaría en legislativo en el punto más importante de la legislación». Y, finalmente, en cuarto lugar «si el poder legislativo estatuye sobre la recaudación de impuestos, no de año a año, sino para siempre, corre el riesgo de perder

⁽³²⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 110.

⁽³³⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 112.

⁽³⁴⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., pp. 107-108.

⁽³⁵⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 113.

su libertad porque el poder ejecutivo ya no dependerá de él. Cuando se tiene tal derecho para siempre, es indiferente que provenga de sí mismo o de otro. Ocurre lo mismo si legisla para siempre y no de año en año sobre las fuerzas de tierra y mar que debe confiar al poder ejecutivo»⁽³⁶⁾.

De todo lo dicho, consideramos que Montesquieu no quiso decir que estas funciones del poder no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro. Su planteamiento, no puede tener más significado que cuando el poder de una función estatal es asumido por todo el poder de otra función, los principios constitucionales se encuentran vulnerados⁽³⁷⁾. Por eso, su gran aporte a la teoría de la separación de poderes está en el especial cuidado al momento de elaborar una constitución para que exista un recíproco control de poderes, mediante toda una serie de mecanismos de coordinación, de frenos y contrapesos. En resumen, no se trata de una separación ideal, de naturaleza axiológica, sino de una división tanto orgánica como funcional⁽³⁸⁾. En la Doctrina estadounidense se entiende que cuando los órganos del estado están «separados» pueden fiscalizarse recíprocamente, y como consecuencia surge la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Desde otro punto de vista, la Doctrina francesa considera que cuando los poderes están separados

no pueden interferir recíprocamente en sus funciones, por eso la revisión judicial de la legislación o de los actos administrativos es inaplicable y en Francia existe más bien un modelo de control previo de constitucionalidad de las normas antes de su promulgación, subrayando el principio que el Parlamento no se equivoca⁽³⁹⁾.

La síntesis de los planteamientos de Locke y Montesquieu sobre la teoría de la separación de poderes, consiste en el reconocimiento que las funciones estatales deben funcionar de manera divididas pero de modo cooperante, donde los ciudadanos, destinatarios del poder estarán tranquilos en la medida que estas funciones sean realizadas por diferentes órganos. Como explica Loewenstein, la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes, la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político⁽⁴⁰⁾. Quizá la fusión de la teoría de la fiscalización y del equilibrio del gobierno mixto con la separación de las poderes sea la responsable de que ni Montesquieu haya conseguido resolver el problema cuando un órgano fiscaliza a otro suponga, o no, una violación parcial de esta doctrina o bien se trata del propósito de equilibrar y armonizar, recíprocamente, las funciones estatales⁽⁴¹⁾.

Carlos Guillermo Hakansson Nieto

⁽³⁶⁾ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 113.

⁽³⁷⁾ HAMILTON, MADISON, JAY, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 206.

⁽³⁸⁾ BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, cit., p. 82.

⁽³⁹⁾ MARSHALL, *Teoría constitucional*, cit., pp. 135-136.

⁽⁴⁰⁾ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 55.

⁽⁴¹⁾ MARSHALL, *Teoría constitucional*, cit., p. 139.

Situación jurídica indemnizable (en el derecho de la Unión Europea)

Bibliografía: BARAV, *The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of the National Courts*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario* (Atti del Congresso del X aniversario della UAE, Venezia, 30-31 maggio, 1 giugno 1996), Bruxelles, 1997, p. 291 ss.; BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 1978; CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2ª ed., Milano, 2004; D'ALBERTI, *Intervento*, in *La discrezionalità amministrativa: profili comparati* (Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995), Milano, 1997; DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello stato*, en *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 764; GALLIGAN, *Discretionary Powers*, Oxford, 1986 (trad. *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999); GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988; GUICHOT, *El margen de apreciación como fundamento y como criterio de la responsabilidad por infracción del derecho comunitario. Una via adeguada ?*, in *Gaceta jurídica C.E.*, B-127, Octubre 97, p. 6 ss.; MARTINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza tedesca*, en *Vv.AA.*, *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milano, 1999, p. 11 ss.; PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, en *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1997 (agg.), p. 1 ss.; PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali, e diritto comunitario*, en *Giur. it.*, 1999, p. 833 ss.; RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, en GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, p. 166; RITLENG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, en *Ajda*, 1999, p. 645 ss.; ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, en *Dir. amm.*, 1997, p. 35 ss.; SCHWARZE (edic.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty*, Baden-Baden, 1988; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1988, p. 218 ss. (trat.) *Droit administratif européen*, Bruxelles, Luxembourg, 1994, I-II, p. 312 ss. y *European Administrative Law*, Bruxelles, Luxembourg, 1992, p. 296 ss.; SCOCCA, *La discrezio-*

nalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 1045 ss.; SIMON, *La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire*, en *Ajda*, 1996, p. 496; VAN DER ESCH, *Pouvoirs discrétionnaires de l'Exécutif européen et contrôle juridictionnel*, Paris, 1968; ZITO, *Riforma dell'amministrazione, ordinamento comunitario e principio di responsabilità: prime riflessioni in margine alla legge 15 marzo 1997, n. 59*, en *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, p. 673 ss.

1. Identificación de la situación jurídica indemnizable. Para comprender el alcance exacto de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea tendría que interpretarse más allá de la doctrina del efecto directo.

Para tener una percepción más precisa de un «derecho» (desde el punto de vista comunitario) se debe identificar el tipo de protección concedida a esta situación jurídica subjetiva, ya que como se ha señalado por la máxima *ubi jus ibi remedium*, *ubi jus ibi remedium* entre ambos conceptos hay una relación de interferencia necesaria. En otras palabras, la consistencia del derecho no sólo se puede extraer a partir de criterios jurisprudenciales de identificación, sino también a *contrariis* del tipo de protección que se les otorga. La importancia de esta relación surge en toda su evidencia si, en lugar de limitarse a considerar los «derechos» en sí mismos, se cambia la perspectiva tomando en consideración su tutela de indemnización, y, por lo tanto, la «situación jurídica indemnizable comunitaria».

Si nos detenemos a considerar esta peculiar situación jurídica subjetiva, se pueden cumplir grandes pasos hacia adelante con el fin de entender lo que es un «derecho» en el sentido de la jurisprudencia Francovich⁽¹⁾.

(1) Tribunal de justicia, 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci v. Italia*, en *Rec. 1991*, p. I-5357.

Desde el punto de vista de la tutela de indemnización, podemos darnos cuenta de que el concepto de «derecho» no es unitario. De hecho, hay derechos que no están garantizados por la tutela de indemnización: como por ejemplo el derecho a la información, aquellos en materia medioambiental, los derechos de participación, los relacionados con la responsabilidad medioambiental, que gozan de protección especial.

La misma aclaración se puede hacer, si se consideran los remedios y las formas de protección: hay situaciones protegidas solamente por la tutela de indemnización (derechos vinculados a obligaciones precisas e incondicionales, sin efecto directo), mientras que otras sólo pueden obtener la inaplicabilidad (intereses relacionados con las obligaciones que dejan margen a la discrecionalidad de las autoridades nacionales y a las situaciones reconocidas por las directivas en el ámbito de la información).

La situación jurídica indemnizable, por lo tanto, tiene sus propias peculiaridades, que permitirían distinguirla entre otros derechos y otros intereses, que tienen connotaciones diferentes y por lo tanto, diferentes formas de protección. Esta situación, que tiene su propia caracterización, merece ser investigada, tratando de ver cómo las formas de protección, tal como se define en la jurisprudencia, disciplinan la figura en cuestión.

2. Subsidiariedad y carácter alternativo de la tutela de indemnización. La atención dada a la forma de protección implica, en primer lugar, fijarse en las interferencias entre los remedios disponibles en el Derecho comunitario. El principio de responsabilidad nace por la necesidad de garantizar el efecto útil, que en el caso de las directivas sin efecto directo no se podría conseguir con la llamada «inaplicación». En cambio, hay hipótesis en las cuales se puede sólo dejar de aplicar una disposición incompatible con el derecho comunitario, pero no se puede recurrir a la indemnización: es el caso de las obligaciones que dejan margen a la discrecionalidad de las autoridades nacionales. En este contexto, según la doctrina domi-

nante, la tutela de indemnización tendría carácter subsidiario, en el sentido de que abarca las hipótesis en las cuales no se puede recurrir a una tutela de forma específica: como resultado, se opina que los jueces nacionales, en la reparación de la violación del derecho comunitario deben, en primer lugar, verificar la posibilidad de conceder la protección en forma específica y sólo en caso negativo se puede utilizar la tutela por equivalente.

Hay que señalar que esta opinión se ha ido atenuando en el caso de que terceras partes estén involucradas (las llamadas «relaciones triangulares»): ante tal eventualidad parece que el orden jurídico comunitario se mantiene favorable para otorgar la indemnización de la protección específica, lo que permite determinar la responsabilidad de las autoridades nacionales, independientemente de los remedios de manera específica.

Nos resulta, pues, que el estudio de la relación entre las dos formas de protección se tiene que desempeñar distinguiendo entre relaciones bilaterales y relaciones triangulares.

Como se ha dicho más arriba, en las relaciones bilaterales la compensación tiende a asumir un carácter subsidiario, en el sentido de que este tipo de medida sólo se reconoce si otros tipos de protección no son eficaces. Esta función subsidiaria se aplica tanto a la protección de los derechos conferidos por normas con efecto directo, como a los que no tienen ese efecto. De hecho, en el caso de la norma self-executing, la función principal de la garantía se atribuye a la falta de aplicabilidad (o a otros remedios constitutivos, como la anulación o la revocación). Esta elimina la disposición interna ilegítima y permite atribuir la *utilitas*, eventualmente reconocida por el ordenamiento comunitario. La protección específica, sin embargo, no permite compensar a la persona por los efectos perjudiciales ocurridos ex ante: en este caso, es necesario intervenir, de manera subsidiaria, con una indemnización que reparan por equivalente los daños causados por la violación del Estado. Aunque por razones diferentes, la función subsidiaria de la responsabilidad es también evidente en el

caso de normas que no tienen efecto directo: a tal propósito, la jurisprudencia comunitaria considera que el juez nacional, antes de establecer la compensación, tiene que utilizar con prioridad la interpretación conforme, teniendo que interpretar su legislación nacional en lo posible según letra y finalidad de la Directiva, de manera que alcance el resultado que ésta persigue⁽²⁾.

Si como consecuencia de una interpretación conforme, «el resultado prescrito por la Directiva no se puede lograr por medio de la interpretación», el juez nacional, puede condenar a la autoridad nacional a pagar una indemnización por incumplimiento del Derecho comunitario.

Por lo tanto, la responsabilidad de las autoridades nacionales debe ser vista como una garantía adicional a favor de las personas, que tiene como función la de compensar las deficiencias de la protección efectiva de una forma específica. Como bien se ha observado, el carácter subsidiario de la indemnización responde a la necesidad de «tutela objetiva» del ordenamiento comunitario, en el cual se tiende a «preferir las formas de aplicación plena y directa de las situaciones jurídicas». De hecho, el Tribunal de Justicia promueve la adopción de medidas de manera específica, incluso medidas cautelares, ya que estas ayudan a corregir de inmediato el incumplimiento, eliminando de esta forma, la violación de la norma comunitaria, mientras que la compensación tiende a satisfacer por equivalente sólo al individuo, sin recomponer la antinomia.

Sin embargo, cuando están involucrados también terceros, el principio de subsidiariedad pierde fuerza. En tal eventualidad hay que garantizar tanto la posición del individuo (perjudicado por la infracción del Derecho comunitario), como la del tercero (de buena fe), que, sin culpa, ha beneficiado del incumplimiento de la norma comunitaria: por un lado, es necesario garantizar la eficacia de la protección a la persona que haya sufrido un

perjuicio de un incumplimiento del Derecho comunitario; por otro lado, sin embargo, deben tenerse en cuenta los terceros que con buena fe, en caso de desaplicación de la norma interna, corren el riesgo de privación de los beneficios que pudieran derivarse de la violación de la norma comunitaria. Se puede considerar, por ejemplo, el daño a la actividad económica de un tercero que con buena fe, haya considerado como legítima la norma o la medida nacional.

La necesidad de protección del tercero, según el derecho comunitario, debe pasar a través de un mecanismo que quite la fuerza de la tutela específica, y en cambio favorezca la tutela de indemnización.

Se ha considerado esta necesidad en el caso *Wells*. De hecho, el Tribunal, en lugar de confirmar, como en las relaciones bilaterales, el carácter subsidiario de la indemnización frente a la protección específica, ha puesto los dos remedios en relación de alternancia, afirmando que es un cargo del órgano jurisdiccional nacional determinar si la ley prevé la posibilidad de revocar o suspender una licencia ya concedida o, en su defecto, en el caso en que el individuo consienta en ello, la posibilidad de que sea este último que reclame una indemnización por los daños sufridos⁽³⁾.

Aunque el principio, expresado en estos términos, no se puede comprender fácilmente, parece que del mismo se pueden derivar las siguientes consideraciones: en primer lugar se desprende que, en tal caso, la protección compensatoria ya no se encuentra en una situación de subordinación en frente a la constituida, si no en posición de alternancia. Esto implica claramente consecuencias en términos de protección. De hecho, si por una parte, en las relaciones bilaterales se requiere, a través del vínculo de subordinación, una protección completa, por otra parte, en el caso de las relaciones triangulares se afirma que el ordenamiento jurídico interno, para que cumpla con el sistema comunitario, no está obligado a la plenitud de la protección,

⁽²⁾ Tribunal de justicia, 7 de diciembre 1995, C-472/93, *Spano v. Fiat Geotech Spa y Fiat*, en *Rec.* 1995, p. I-04321.

⁽³⁾ Tribunal de justicia, 14 de marzo de 2013, C-420/11, *Leth*, no publicada todavía.

pudiendo conceder la protección específica o, alternativamente, la indemnización.

Hay que añadir que en el caso de existir solamente remedio resarcitorio, el Tribunal requiere el consentimiento de la persona interesada. Se desprende que para el caso de la compensación, tal vez, es más correcto hablar de alternancia condicionada, ya que la decisión de limitar las formas de protección únicamente a la indemnización por los daños depende del consentimiento de la persona interesada.

Se deja, en última instancia, a la disponibilidad de la parte demandante la opción de un recurso, teniendo como base la evaluación de una pura conveniencia personal. Esto, sin embargo, conduce a una atenuación de la convicción generalizada de que el sistema de protección comunitario estaría basado en una lógica objetiva, siendo prevalente el interés a la legalidad comunitaria, con respecto a la protección de las situaciones subjetivas. En cambio, en las relaciones triangulares, se potencian las situaciones jurídicas del demandante y sobre todo de la parte demandada, en detrimento del interés público comunitario: la alternancia condicionada, aceptando sólo el remedio de indemnización, permite dejar «en el campo» la violación de la norma comunitaria, sin poder ejercer ningún recurso específico destinado a su eliminación.

Al hacerlo, el sistema de las garantías comunitarias se mueve a lo largo de un camino de protección subjetiva, en perjuicio de las exigencias objetivas exigidas por la primacía del Derecho comunitario. Esta elección no parece evaluarse en términos negativos, ya que la necesidad de protección del tercero (siempre con buena fe) aparece como un valor de protección especial en cualquier experiencia legal.

Por último, hay que señalar que la regla de la alternancia se extiende incluso a las relaciones bilaterales, cuando se tiene que aplicar el principio de efectividad. De hecho, el favor comunitario para la tutela específica no llega hasta al punto que compromete la piedra angular del sistema comunitario, es decir, la efectividad de las situaciones jurídicas comunitarias. El asunto salió a la luz por

la jurisprudencia *Metallgesellschaft*⁽⁴⁾, donde el Tribunal ha expresado la opinión de que los sistemas legales nacionales no pueden condicionar la admisibilidad de la acción por daños y perjuicios a la aplicación previa de otros recursos, y sobre todo el previo recurso contra el acto prejudicial. No es, sin embargo, fácil entender el alcance exacto de esa pronunciación, porque el principio se expresa con frases poco claras.

A primera vista se podría pensar que el juez de Luxemburgo definitivamente ha querido poner un «punto final» a la cuestión, estableciendo, para las responsabilidades de las instituciones, la autonomía entre los remedios de manera específica y entre aquellos de indemnización.

Se trata de una lectura *tranchante*, que rompería el equilibrio alcanzado al diferenciar las relaciones bilaterales y las triangulares. De hecho, la Corte parece haber expresado una cláusula de cierre y de protección, por lo que, en el caso concreto, en donde el sistema de protección de la legislación nacional no es efectivo, es necesario reconocer, sin embargo, la posibilidad de recurrir a la compensación.

3. La jurisprudencia comunitaria y nacional en materia de responsabilidad.

Si se toman en consideración las interconexiones entre la responsabilidad de las autoridades nacionales y la de las instituciones comunitarias, existen problemas, no menores, de superposición e intersección.

En el campo de la responsabilidad de las instituciones, gracias a *Schöppenstedt*, ha prevalecido una visión basada en la *Schutznormtheorie*, donde se identifican las situaciones subjetivas (mejor dicho, los derechos) por medio de un criterio de finalización (*Zwecknormtheorie*).

En la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las autoridades nacionales, sin embargo, se ha establecido un criterio que se refiere al contenido, basado en el carácter de la obligación comunitaria.

⁽⁴⁾ Tribunal de justicia, 8 de marzo de 2001, C-397/98 y C-410/98, *Metallgesellschaft et al.*, en Rec. 2001, p. I-1727.

La diferencia de enfoques es bastante clara si se observa que los principios del contradictorio y de la buena administración se han considerado como una fuente de derechos en materia de responsabilidad de las instituciones comunitarias, mientras que la aplicación de dichos principios se considera muy limitada en la jurisprudencia nacional.

Esta contraposición, con el tiempo, tiene que desaparecer necesariamente. De hecho como resultado de la jurisprudencia Bergaderm⁽⁵⁾ se llegó a la unificación de los dos regímenes. Hoy en día, no es fácil indicar qué camino se seguirá en el proceso de normalización: con respecto a este punto, sólo se podrán percibir indicios sobre el rumbo que tomará el juez comunitario.

En este contexto, presenta perfiles de gran interés la jurisprudencia Fresh Marine⁽⁶⁾, donde el Tribunal de justicia ha reconocido la responsabilidad de la Comisión que, en un procedimiento antidumping, había sancionado una empresa noruega, (con los derechos compensatorios provisionales), basándose en una investigación sumaria, violando de esta manera, la obligación prevista en la legislación comunitaria de actuar sólo «sobre la base de la mejor información posible». El Tribunal consideró que la Comisión, basándose únicamente en el análisis de un informe presentado por Fresh Marine, sin llevar a cabo una investigación más profundizada, ha violado claramente la obligación de no establecer derechos provisionales.

La pronunciación es una clara intención de poner un puente, para la armonización de las medidas de protección, entre la responsabilidad de las instituciones comunitarias y la de las autoridades nacionales. De este modo, por un lado, se ha abandonado el criterio restrictivo de la jurisprudencia Schoeppenstedt⁽⁷⁾ basado en la infracción de

la regla anterior, y, por otro lado, se siguió el criterio relativo a las autoridades nacionales. De esta manera, sin embargo, se ha reconocido la indemnización por la violación de una obligación formal.

La compensación en la causa Fresh Marine no fue dispuesta por la violación de una norma substancial, sino formal (instrumental), que impone actuar, solo después de obtener la mejor información posible. Se debe superar, por lo tanto, la lógica de las atribuciones, por lo que no es absurdo prever un sistema en el que el carácter de protección no depende de las atribuciones, sino desde el propósito de tutelar al individuo. En futuro debería ser la Schutznorm, en vista de la unificación de las protecciones, que se utilizara como criterio para la identificación de los derechos. En este contexto, el apoyo al criterio de la finalidad, y no al del contenido, tendría que superar la visión que une los derechos al bien de la vida.

4. El derecho indemnizable. Pasos significativos en favor de una concepción funcional de los derechos individuales han sido hechos por la jurisprudencia más reciente: en este sentido, es de especial interés la orientación formada en el ámbito de los contratos públicos.

Por un lado, hay una serie de sentencias relativas a la legislación austríaca, donde las normas procesales relativas al contencioso en tema de contratos públicos sigue la lógica de las atribuciones. De hecho, por un lado, el interés por la apelación está sujeto esencialmente a la prueba de que se haya podido obtener, después del juicio, el contrato público por lo tanto el interés: es decir, el *access to justice* no se les reconoce a todos los competidores, sino sólo a aquellos que puedan demostrar que han presentado la mejor oferta; por otro lado se le permite al juez que releve *ex officio* la (eventual) ilegitimidad de la convocatoria, de modo que el solicitante pueda ser excluido de la tutela de indemnización, porque ya no sería capaz de demostrar las atribuciones en el contrato público.

El Tribunal de Justicia, con un razonamiento complejo, ha considerado ilegítimas estas

⁽⁵⁾ Tribunal de justicia, 4 de julio de 2000, C-352/98 P, *Bergaderm y Goupil v. Comisión*, en *Rec.* 2000, p. I-5291.

⁽⁶⁾ Tribunal de justicia, 10 de julio de 2003, C-472/00 P, *Comisión v. Fresh Marine*, en *Rec.* 2003, p. I-7541.

⁽⁷⁾ Tribunal de justicia, 2 diciembre de 1971, 5/71, *Zuckerfabrik Schoeppenstedt v. Consejo*, en *Rec.* 1971, p. 975.

disposiciones. En este marco, debemos advertir al lector que en el texto de estos pronunciamientos no encontrará escrito que las atribuciones son ilegítimas desde el punto de vista comunitario. Esta opinión deriva, sin embargo, del contexto argumentativo de dichas sentencias y, sobre todo, de las opiniones de los Abogados Generales. En particular, es de gran interés el pensamiento expresado por el Abogado Geelhoed⁽⁸⁾ en una de esas decisiones, o sea, en el caso GAT. El Abogado, en primer lugar, destaca que si se pretende del apelante la prueba de las atribuciones con respecto a la licitación se está violando el principio de efectividad: de hecho, el mismo Abogado añade que en la práctica es difícil para el competidor afectado probar como su oferta se habría colocado en la clasificación. Esa dificultad para comprobar se puede considerar como una violación del principio de efectividad, ya que la protección de las situaciones subjetivas comunitarias se vuelve en la práctica imposible o por lo menos difícil.

Además, según Geelhoed el juicio de atribución actúa como un elemento de disuasión para los posibles candidatos, ya que estos últimos, sabiendo que es muy difícil obtener una compensación podrían estar desalentados para participar en una licitación. Esto, sin embargo, está en contradicción con el objetivo de la directiva sobre los recursos que se refiere específicamente a reforzar la posibilidad de recurrir contra la violaciones de dichas directivas.

La conclusión de este razonamiento es evidente: la directiva sobre los recursos no puede ser interpretada en el sentido estricto de que un consignatario puede tener derecho a indemnización sólo si fuera capaz de demostrar que habría conseguido el contrato⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Conclusiones de la Abogado General Geelhoed, 10 de octubre de 2002, C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, en Rec. 2003, p. I-06351.

⁽⁹⁾ Conclusiones de la Abogado General Geelhoed, 10 de octubre de 2002, C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, cit.

Por otro lado, debe considerarse la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las instituciones comunitarias. En particular, merecen mención los principios formulados por el Tribunal de Primera Instancia, que ha explorado la relación entre la compensación y la atribución del bien de la vida.

En el caso *Wafer Zoo*⁽¹⁰⁾ se tenía que determinar cuáles eran las condiciones para obtener una indemnización por daños en caso de denegación de una subvención comunitaria: la respuesta de la corte de primera instancia fue que la demanda de indemnización debe basarse en un daño «real y cierto», por lo que el «perjuicio aducido por la demandante depende del reconocimiento previo de su derecho a disfrutar de la financiación comunitaria, que, no obstante, sólo podrá concederse si, después de un examen, resulta que su proyecto reúne todos los demás requisitos previstos» (punto 49). En otras palabras, la indemnización está condicionada a la prueba de que la solicitud de subvención cumpla con todos los requisitos del ordenamiento jurídico para obtener el beneficio, es decir, cuando resulte que el contrato le habría correspondido al demandante. No se debe considerar que, de esta manera el Tribunal de Primera Instancia acepta el argumento de que las atribuciones están limitadas a las situaciones con un resultado garantizado. Ya a partir de la lectura de *Wafer Zoo* se puede ver que la posición del juez comunitario es ciertamente diferente: de hecho, según opinión del tribunal de primera instancia, la lógica de la atribución no debe estar conectada a los derechos, sino a la cuantificación del daño, exigiendo que el mismo sea «cierto y real».

Muy interesante es el caso *Scan Office Design*⁽¹¹⁾, que se refiere a un contrato de suministros, donde se afirma que el problema de la atribución se refiere a la prueba de

⁽¹⁰⁾ Tribunal primera instancia, 18 de mayo de 1995, T-478/93, *Wafer Zoo v. Comisión*, en Rec. 1995, p. II-1479.

⁽¹¹⁾ Tribunal primera instancia, 28 de noviembre de 2002, T-40/0,1, *Scan Office Design v. Comisión*, en Rec. 2002, p. II-5043.

la relación de causalidad: para conseguir el llamado «interés positivo», es decir, la indemnización por los daños causados por la falta de adjudicación, el solicitante debe demostrar la existencia de una relación de causalidad y, por lo tanto, que su oferta era la mejor.

Las atribuciones son, por lo tanto, un criterio para determinar la existencia de una relación de causalidad, con el fin de probar la existencia de un daño resultante por la falta de adjudicación.

El hecho de que las atribuciones son uno de los criterios para cuantificar un particular elemento del daño (que resulta de la imposibilidad de lograr un interés), deriva del análisis de otra jurisprudencia, que reconoce las atribuciones por otros tipos de daños, como, por ejemplo, el que resulta de la violación del principio de confianza, como fuente de responsabilidad precontractual.

Con *Embassy Limousines*⁽¹²⁾ se ha reconocido la responsabilidad precontractual por daños provocados por actividades incorrectas de parte de las instituciones comunitarias. En este caso, el daño indemnizado ha consistido en una serie de compras e inversiones realizadas basándose en la confianza generada por la comunicación realizada de parte de la autoridad pública, de que la empresa había obtenido el contrato, mientras que, sucesivamente la misma empresa se entera de que el contrato público había sido anulado. Este comportamiento se ha considerado incorrecto, porque viola la regla conocida de *non venire contra factum proprium* y como tal, generador del derecho a la atribución del daño. Por último, la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias, las atribuciones no son requisito previo para tener derecho a ejercitar la acción de indemnización, pero son uno de los criterios de cuantificación de daños basados en la relación de causalidad.

En conclusión, pero no menos importante, hay que señalar que la interpretación del

juez comunitario de primer grado encuentra una definición unitaria en la jurisprudencia *Brasserie du pêcheur*⁽¹³⁾ donde, por un lado, se determina que la indemnización debe ser «adecuada al daño sufrido», y, por otro lado, que la reparación no puede limitarse a «daños causados a determinados bienes de la persona, por ejemplo, los causados a la propiedad», teniendo que cubrir también los perjuicios que no están directamente relacionados con el patrimonio del sujeto. Los daños indemnizables, por lo tanto, no deben circunscribirse sólo a las lesiones que afectan directamente al interés, tienen que abarcar también los *pure economic losses*, es decir las pérdidas puramente económicas, que se caracterizan por la ausencia de daños físicos a la propiedad o a la persona.

Está claro, a esta altura, que el juez comunitario, en su más reciente jurisprudencia, ha llegado a considerar la competencia como criterio para la cuantificación de los daños.

5. La influencia de la discrecionalidad en la situación indemnizable: el principio de la responsabilidad comunitaria. Lentamente, hemos llegado al nudo de nuestra investigación sobre la relación entre la situación comunitaria indemnizable y la discrecionalidad.

La discrecionalidad comunitaria desempeña un papel importante en la compensación del daño, porque se puede observar que la cuestión de la indemnización se manifiesta de manera diferente en el caso en que el daño se deba al ejercicio de una facultad discrecional o no.

Sin embargo, en primer lugar, es necesario identificar los caracteres de discrecionalidad según el Tribunal de Luxemburgo. Con este fin, se ha señalado que el Tribunal no ha previsto aquellos criterios guías a través de los cuales se puede verificar el amplio margen de discrecionalidad del que goza o no un Estado. Por lo tanto, incluso en este caso, es necesario extrapolar el concepto a partir del

⁽¹²⁾ Tribunal primera instancia, 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services v. Parlamento*, en Rec. 1998, p. II-4239.

⁽¹³⁾ Tribunal de justicia, 2 de julio de 1985, 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank v. Brasserie du Pêcheur*, en Rec. 1985, p. 1981.

análisis y de la lógica del caso.

En este sentido, por «discrecionalidad» el juez comunitario se refiere a un espacio vacío dejado a la libertad de juicio de parte de los poderes públicos, que abarca no sólo el ámbito de las decisiones de política económica, sino también la técnica y la interpretación.

La noción comunitaria de discrecionalidad incluye no sólo los poderes discrecionales, que se refieren a la ponderación de intereses, sino también a la interpretación de nociones imprecisas y ambiguas.

Por otra parte, esta concepción tan amplia, tiende a incluir tanto la libre acción del legislador, como la discrecionalidad de las cortes y de las administraciones, mientras que en las tradiciones de la legislación nacional estos conceptos se consideran distintos.

Sin embargo se puede hablar de una verdadera discrecionalidad, interpretada como momento de equilibrio entre los intereses en juego y la libertad de elección, sólo con referencia a la actividad de las instituciones comunitarias, que tienen un poder muy amplio, especialmente en el ámbito de la política económica.

De hecho, en este ámbito la discreción de las instituciones incluye la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados y la calificación de los hechos, que no pueden ser evaluados objetivamente, incluso la consideración de los intereses.

Como se mencionó anteriormente, la cuestión es distinta si se tiene en cuenta el margen de apreciación de las autoridades nacionales, por lo que habría que distinguir por un lado si la discrecionalidad fue otorgada por las normas del Tratado o si la misma fue prevista en las directivas.

Las normas del Tratado, por su naturaleza, tienen un carácter impreciso, debido a su «generalidad». Al igual que todas las disposiciones «constitucionales» el significado impreciso tiende a definirse por la interpretación de la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y, por lo que aquí interesa más, por el Tribunal de Justicia.

Como lo demuestra la jurisprudencia, el significado incompleto, impreciso de las reglas contenidas en el Tratado ha permitido a las

autoridades nacionales, y en particular a los Estados, una libertad significativa de movimiento (mejor dicho de discrecionalidad), permitiendo la implementación de principios comunitarios diferenciándolos de gran manera, según el país. A menudo, sin embargo, el interés nacional, la discrecionalidad en la aplicación de las libertades comunitarias, prevalece sobre el de la Unión, provocando de esta manera un conflicto de intereses, del cual se ocupa el Tribunal de Justicia. Este último está llamado a interpretar las disposiciones del Tratado, con el fin de definir con mayor claridad los límites de la discrecionalidad de las autoridades nacionales para ver si las mismas autoridades, en un caso específico, hayan superado estos límites.

Esta obra se desempeña a través de un «criterio de orden sustantivo y procesal», basado en los principios de proporcionalidad y de confianza. De acuerdo con este criterio, el Tribunal indica el estándar mínimo de protección para cada derecho protegido por el Tratado (y por las fuentes equivalentes al mismo). En otras palabras, el Tribunal de Luxemburgo contribuye a definir el nivel mínimo básico de protección garantizado por la legislación comunitaria en la que los «Estados no pueden elegir».

Una vez establecido el umbral mínimo, las autoridades nacionales, sin embargo, están libres a su discreción para implementar sus propias políticas internas. Por último, en el caso de la discrecionalidad reconocida por el Tratado, se trata de un trabajo de interpretación, que tiende a limitar y restringir, mediante la imposición de obligaciones precisas e incondicionales, con el fin de establecer un nivel mínimo de aplicación uniforme: fuera de este «núcleo duro», la discrecionalidad de las autoridades nacionales se mueve libremente a lo largo de las coordenadas clásicas que sostienen la consideración de intereses. Se trata, en conclusión, de un margen de apreciación a limitación progresiva, donde el espacio para la consideración tiende a disminuir poco a poco, cada vez que el interés nacional por la diferenciación tienda a prevalecer uniformemente (ilegalmente) sobre el comunitario.

Para las directivas, el discurso se presenta de manera diferente. En este contexto, se han hecho los esfuerzos mayores para disminuir la discrecionalidad y, por lo tanto, el poder de las autoridades nacionales. La base teórica para proceder en esta dirección ha sido manifestada por el Abogado General Tesouro en sus conclusiones en el caso *Brasserie du Pêcheur*.

Tesouro mostró que los sistemas jurídicos internos, cuando llevan a cabo las directivas, gozan de dos poderes discrecionales distintos. Por un lado, el poder de elección de medios, que es el resultado de la ponderación de intereses, que la autoridad nacional ejerce en el sector específico de la directiva (que convencionalmente la llamaremos de ahora en adelante «discrecionalidad externa»); por otro lado se puede observar un segundo tipo de discrecionalidad que no se refiere a todo un sector de intervención, sino a una obligación comunitaria individual y puntual para cumplir (que se puede llamar «discrecionalidad interna»). Por lo tanto, sobresalta un concepto peculiar de la discrecionalidad interna, que se refiere a los márgenes de libertad reconocida a la autoridad nacional con respecto a la «específica norma que atribuye un específico derecho», por lo que el poder discrecional «llega a corresponder con mayor o menor precisión lo que la norma obliga a los mismos Estados».

A través de esta diferenciación ha sido posible superar la doctrina del efecto directo, que, en cambio, no permitía la compensación en el caso de discrecionalidad externa. El efecto útil del derecho comunitario hizo que el Tribunal considerara relevante sólo la discrecionalidad interna.

Además hay que señalar que dicha discrecionalidad debe referirse únicamente a las obligaciones precisas e incondicionales, ya que sólo estas últimas, como se ha visto, son capaces de conferir a los individuos derechos indemnizables.

Se deduce, por lo tanto, una concepción de discrecionalidad peculiar y sin comparación dentro de la evolución dogmática y jurisprudencial de los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que no se refiere al espacio libre

dejado por la norma, si no al que existe ya dentro de cada una.

Desde el punto de vista de los esquemas tradicionales del jurista interno, se podría observar una contradicción al reconocer poderes discrecionales en el ámbito de obligaciones precisas e incondicionales, que no dejan ningún espacio de elección. De hecho la doctrina ha argumentado que *«n'y a-t-il pas aussi une contradiction dans la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire, et la constatation de la violation d'une norme dotée de l'effet direct, c'est-à-dire par définition inconditionnelle?»*.

Pero si se superan los esquemas conceptuales de derecho interno, la jurisprudencia que se ha tomando en consideración no presenta contradicción, después que se ha señalado que el concepto de discrecionalidad (en esta eventualidad) se confunde con el de mayor o menor claridad de la norma jurídica. De hecho, la norma, no obstante imponga obligaciones precisas e incondicionales, podría no ser clara, pronosticando pluralidad de significados: por lo tanto, se puede definir la discrecionalidad como la capacidad de elegir entre una pluralidad de significados hermenéuticos. La discrecionalidad, según esta hipótesis, es sinónimo de hermenéutica, limitándose al problema de la elección entre diferentes significados, los cuales son el resultado de un proceso de interpretación.

La distinción entre «discrecionalidad externa» e «interna» desempeña un papel importante en el proceso de calificación de las situaciones subjetivas comunitarias. Es especialmente la «interna» que asume ese papel, mientras que la «externa» es relevante para otros fines.

De hecho, como se ha afirmado más arriba, el Tribunal de Justicia ha hecho una obra de disminución del poder de discrecionalidad de parte de las autoridades nacionales, para garantizar la supremacía del Derecho comunitario. El resultado ha sido que, contrariamente a la tradición jurídica nacional, la discrecionalidad externa se ha vuelto irrelevante para la calificación de las situaciones subjetivas.

El poder de los Estados, de hecho, no es

absoluto, *legibus soluto*, porque está sujeto al Derecho comunitario. El libre poder otorgado a los ordenamientos nacionales no puede ser considerado como una forma de exención, de privilegio, para las autoridades nacionales.

Sólo se reconoce una «discrecionalidad externa» que puede atenuar la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de la legislación comunitaria.

Según el juez comunitario entre la responsabilidad y la discrecionalidad se establece una relación inversa: cuando la discrecionalidad alcanza los niveles más altos de intensidad, menor será la posibilidad de ser condenado a la compensación del daño; por el contrario, si la discrecionalidad es mínima, mayor será la posibilidad de condena en caso de incumplimiento.

6. La noción de situación comunitaria indemnizable y sus efectos. Al final de la investigación, está claro que el tema de las situaciones subjetivas comunitarias encuentra como momento crucial y de ruptura la jurisprudencia Francovich, ya que de ella se destaca la noción autónoma de situación jurídica comunitaria indemnizable, de por sí un presagio de cambio en la base conceptual de fondo. De hecho, antes de este momento, la conformación de los derechos estaba relacionada firmemente con la lógica de las atribuciones, sometida a la doctrina del efecto directo. Además, la connotación de los derechos asumió una función esencialmente objetiva y procesal, dejando de ser destinada a la protección de las personas, sino a la afirmación del principio de *primaute*. Desde Francovich esta concepción se disuelve gradualmente. Desde la visión de las atribuciones se pasa a la del incumplimiento *tout court*, por el cual en caso de violación de una obligación expresa, precisa e incondicional surge para el particular el derecho de indemnización. Se consideran derechos tam-

bién las situaciones instrumentales y, potencialmente, incluso las formales y procesales. Quedan excluidos de la categoría de «derechos indemnizables» los intereses sin titular, difundidos, ya que son situaciones ontológicamente sin posibilidad de tutela mediante la activación de la responsabilidad civil.

Esta última observación nos permite señalar que después de la jurisprudencia Francovich la dimensión de los «derechos» pierde el carácter exclusivamente objetivo y procesal que surgió en el llamado «período heroico»: en el pasado, por supuesto, la protección de los derechos era un medio para afirmar la *primaute* comunitaria.

Asimismo, en cuanto la protección comunitaria se abre al remedio de las atribuciones, la concepción procesal y objetiva pierde peso a favor de una visión sustancial y subjetiva.

De hecho, no se debe olvidar que la responsabilidad de las autoridades nacionales responde (*naturaliter*) rígidamente al principio dispositivo y solicita la individualización de la situación subjetiva, donde el daño tiene que ser personal y atribuible al patrimonio de un individuo específico. Para que el individuo no pueda ser visto sólo como un medio para garantizar la eficacia del Derecho comunitario, sino como un valor final que tiene que ser protegido en sí mismo.

Una confirmación de lo que se ha destacado viene de Wells⁽¹⁴⁾, según el cual la tutela de indemnización ha sido colocada para la tutela de los particulares, sin tener en cuenta el interés objetivo para restaurar la legalidad comunitaria.

Parece, pues, que la situación jurídica indemnizable, a la luz de la jurisprudencia más reciente, ha alcanzado una dimensión considerable tan importante, que ya no puede ser descuidada por la jurisprudencia (y por la doctrina) a nivel nacional.

Antonio Bartolini

⁽¹⁴⁾ Tribunal de Justicia, 7 de enero de 2004, C-201/02, Wells, en Rec. 2004, p. 723.

Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea

Bibliografía: BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, en CAVALLO (COORD.), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, p. 20 ss.; DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human rights e Grundrechte*, Milano, 2002; GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en *Rev. esp. der. adm.*, 6, 1975, p. 427 ss.; GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, en *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2, Torino, 2001; MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Torino, 1995; PALAZZO, *Interessi legittimi e tutela dei diritti del privato*, en Vv.AA., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2003; PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 11 ss.

1. Introducción. Dar relevancia y protección a los intereses de los particulares es una expresión directa del poder de los sistemas jurídicos, por medio de diferentes modelos. La centralidad de la figura del derecho subjetivo en los ordenamientos del *civil law*, de hecho, es el punto de mayor distancia con los sistemas de tradición anglosajona.

El derecho subjetivo como modo de organización de los sistemas de los derechos privados - como instrumento de gestión de los conflictos entre los sujetos jurídicos - es también la ocasión para hablar de la génesis en Europea del interés legítimo.

El derecho subjetivo y el interés legítimo, de hecho, como posiciones jurídicas de los particulares con respecto al poder público, en algunos ordenamientos, son también categorías de la organización conceptual del derecho público.

Desde que el Estado miembro se incorpora a la Comunidad Europea - ahora a la Unión Europea - tras la ratificación del Tratado de Adhesión, el ordenamiento interno se integra en lo que se ha llamado «Comunidad de derecho», de tal manera que las normas comunitarias se incorporan en los ordenamientos vigentes en los Estados miembros.

Para analizar los procesos de integración, incluso en los que se refiere al Derecho pri-

vado, se debe hablar de los derechos subjetivos otorgados a los ciudadanos por la Unión, porque es innegable la importancia del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en el proceso de integración europea (a pesar de sus aspectos incompletos y superficiales).

Al interno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, por lo tanto, existe una relación de estrecha funcionalidad entre el sistema de protección y los derechos reconocidos a los particulares.

El discurso que se desarrolla a continuación empieza con una breve digresión sobre la noción tradicional de derecho subjetivo en los ordenamientos del *civil law* en relación a la existencia en el ordenamiento jurídico italiano de la figura del interés legítimo.

Luego se puede desarrollar una reflexión sobre cómo el sistema comunitario puede impactar en la reconstrucción de la noción de interés legítimo en el ordenamiento jurídico italiano.

2. El derecho subjetivo en los sistemas del civil law. Los términos «derecho subjetivo» e «interés legítimo» se refieren a dos posiciones jurídicas que un ordenamiento reconoce a los particulares, tanto en relación con otros sujetos privados como con la administración pública.

El término «derecho subjetivo» se puede referir a muchas situaciones y contextos: el derecho subjetivo es una categoría jurídica típica de los ordenamientos del *civil law* y, al mismo tiempo, es expresión del sistema del derecho privado. El derecho subjetivo también es un parámetro para la organización de otras ramas del derecho, como puede ser el derecho público.

El derecho subjetivo es un concepto complejo.

La doctrina jurídica encuentra dificultad en la identificación unitaria de su esencia y de sus elementos.

Los distintos sistemas jurídicos, de hecho, enfocan el concepto de derecho subjetivo de diferentes maneras.

De vez en cuando éste ha sido equiparado con el poder de la voluntad, con el derecho abstracto de la acción, con el interés jurídicamente protegido, hasta como definición sintética realizada mediante la combinación de los elementos de la voluntad y del interés. En las diferentes tradiciones jurídicas se siguieron varias definiciones del derecho subjetivo, cada una de las cuales identificó algunos elementos que lo caracterizan. Las diferentes lecturas a través del tiempo han identificado su esencia. Sin embargo, todos concuerdan sobre la identificación de sus elementos esenciales. La búsqueda del sentido del derecho subjetivo y de las diferentes maneras de entenderlo, alimentan hoy en día, como en tiempos pasados, conflictos entre diferentes autores.

Este debate destaca la naturaleza dinámica de la noción, a pesar del uso diario del término.

Por otra parte, aunque históricamente el derecho subjetivo es la situación jurídica por excelencia, actualmente varios autores cuestionan sobre la validez de la existencia de una categoría general.

El hecho de que históricamente el sistema jurídico inglés prescinda de este concepto, podría ser una justificación a dicha afirmación. Todo eso surge a través de la comparación de algunos ordenamientos jurídicos, por ejemplo los Europeos. En el concepto de derechos subjetivos, los sistemas jurídicos incluyen situaciones subjetivas activas diferentes y también muy distintas del concepto abstracto del derecho subjetivo.

Por ejemplo, basta pensar en la «posesión» que en el ordenamiento jurídico italiano se califica como una situación *de facto*, mientras en Alemania se considera un verdadero derecho subjetivo (*besitzherr*).

Sin embargo, el significado que ahora se puede atribuir a la noción de derecho deriva de la presencia de elementos diferentes, incluso opuestos, que resultan unidos por la estratificación de las reflexiones sobre el tema.

Se puede decir, aunque con cierta aproximación, que, en términos sincréticos, hoy en día la figura de derecho subjetivo se reconoce en el espacio donde para el particular es lícito actuar a su discreción.

Entonces se le reconoce un poder a sus decisiones, el de satisfacer un interés para la implementación de una relación jurídica.

El concepto de derechos subjetivos, como resultado de siglos de investigaciones, se podría definir como aquel interés que se alcanza con el respeto hacia los demás y directamente tutelado por el sistema jurídico, que, por medio de dicho interés, garantiza a un sujeto la atribución de un bien, y organiza su distribución entre los sujetos.

La diversidad de los significados atribuidos al concepto de derechos subjetivos y las dificultades reales en la creación de una categoría general que describa en términos técnicos y concretos todas sus relaciones, no impiden que la definición más usada históricamente sea un instrumento eficaz de la descripción y de la gestión de los conflictos. Una noción unitaria del concepto de derechos subjetivos entonces puede ser utilizada como instrumento ordenador y descriptivo de los mecanismos de la gestión de los conflictos dentro de un ordenamiento.

Cuando se define una situación como derecho subjetivo, se utiliza el esquema de selección de los individuos - o de los grupos de personas - que en el conflicto tienen una posición de privilegio, realizada a través de la abstención de la interferencia de otros sujetos en relación a la posición de prevalencia asignada por el derecho objetivo.

La identificación de una situación jurídica con el término derecho subjetivo significa, en los diferentes sistemas del *civil law* - a un nivel mínimo - que se la reconduce a la dinámica que se ha mencionado anteriormente. La referencia a la categoría general del derecho subjetivo por lo tanto, es útil, aunque no sea el único paradigma de situación protegida por el ordenamiento jurídico.

3. La génesis histórica del concepto de interés legítimo en el ordenamiento italiano. La situación jurídica subjetiva del inte-

rés legítimo fue introducida, como se puede suponer, en los derechos positivos del siglo XVII, en los «Estados de policía».

El interés legítimo fue identificado mucho más tarde en Italia durante la discusión del anexo E de la ley de la unificación del derecho administrativo (30 de marzo de 1865, n. 2248).

En 1865 el legislador italiano no organizó una legislación orgánica en materia de justicia administrativa. Su único objetivo era suprimir los tribunales de las controversias administrativas que eran órganos de la misma administración. La razón era la disparidad de trato con respecto a los ciudadanos, porque se quitaba a los tribunales ordinarios las controversias contra la administración pública.

El Anexo E de la Ley 2248/1865 atribuye al juez ordinario todos los asuntos sobre derechos civiles y políticos entre el ciudadano y la administración pública. Pero así se planteaba el problema de cómo proteger - y en qué categoría jurídica considerar - todos los asuntos de los particulares no relacionados a los derechos civiles y políticos.

Por esta razón, la ley del 31 de marzo de 1889, n. 5992 instituyó la cuarta sección del *Consiglio di Stato*. A este organismo se le atribuyó la protección de los intereses de los particulares distintos de los derechos subjetivos. Esta protección se acompañaba a la tutela garantizada por el juez ordinario. Sin embargo, la ley 2248/1865 no define claramente cuáles son los intereses del sector privado con respecto a la administración pública, sólo estableciendo que los intereses legítimos no son derechos subjetivos. Tampoco está claro si el interés legítimo y el derecho subjetivo son dos situaciones jurídicas diferentes, o más bien son expresiones de dos formas de implementar la protección del mismo interés relevante.

La ley ha dado lugar a un sistema binario de la protección judicial contra la administración pública.

La expresión «interés legítimo» que se encuentra por primera vez en la doctrina del siglo XIX, se presenta después en la Constitución italiana (arts. 24, 103, 113) con muchos problemas.

Hoy también se debate en Italia sobre el criterio de distribución de la jurisdicción basada en la dicotomía derechos subjetivos / interés legítimo.

De hecho, en el sistema italiano, el interés legítimo es la situación jurídica que recibe la protección del juez administrativo. La creación del interés legítimo, por lo tanto, no es un derivado lógico-estructural del concepto de poder público y de la división entre los poderes establecida en un ordenamiento. En el sistema jurídico italiano esta elección fue el resultado de un compromiso y de los principios históricamente sedimentados.

Muchos sistemas jurídicos no reconocen este concepto. Sin embargo, en cada uno de ellos hay un sistema de defensa de las situaciones jurídicas relevantes de los particulares contra el poder público. Se puede considerar, por ejemplo, el sistema alemán de los «derechos públicos» o el francés en el que el proceso administrativo, que se caracteriza por el control de la actividad de la administración pública, no persigue el objetivo de proteger las situaciones jurídicas subjetivas del particular.

4. El interés legítimo en el ordenamiento jurídico español. El caso español es diferente. La Constitución española en su art. 24 coloca el interés legítimo junto al derecho subjetivo.

La intención de la disposición constitucional es la de afirmar que el tema de la protección judicial de los derechos no considera sólo los derechos jurídicos perfectos, sino también las distintas situaciones subjetivas.

El hecho de colocar el interés legítimo junto al derecho subjetivo, parece calificar el interés legítimo como una situación jurídica activa separada del derecho subjetivo y de menor fuerza y consistencia.

La Constitución española no identifica lo que se entiende por interés legítimo: la Carta lo reconoce explícitamente, pero su calificación incumbe al legislador.

Se cree, sin embargo, que con el interés legítimo, a diferencia de los derechos subjetivos, se protege de un perjuicio no específicamente señalado por la norma, pero que deriva de la violación de una norma de acción.

La jurisprudencia considera que el interés legítimo se concretiza en una posición identificada en relación con la actividad de la administración pública. Ella se produce porque el acto que puede ser el resultado del procedimiento administrativo se refleja en la esfera de la vida de una persona, implicando una ventaja o un perjuicio. En esta perspectiva también el interés legítimo se define como un derecho subjetivo condicionado o atenuado.

El sistema español llega a la conclusión de que el particular es titular de los derechos subjetivos de reacción o de impugnación que se colocan junto a los derechos subjetivos perfectos: derechos que coexisten y que a menudo se mezclan en un mismo proceso. Todo eso porque el perjuicio que puede resultar de la acción administrativa no identifica solo la legitimación procesal del particular, sino también le da el derecho de defender - a través de la demanda de remover el acto - su libertad injustamente perjudicada por la administración pública. De ahí la afirmación de que las situaciones subjetivas en cuestión son «derechos de reacción» o de impugnación.

Hay quien considera que el reconocimiento a los ciudadanos de una acción de eliminación de un acto administrativo deficiente, significa en realidad dar la titularidad de un verdadero derecho subjetivo para la defensa de su libertad, cuando ésta se puede decir afectada por la actividad de la administración pública. Si hay un abstracto derecho a la libertad, la lesión crea un derecho a la eliminación de los daños causados por la acción de la administración contra las normas.

5. Los Derechos subjetivos otorgados a los ciudadanos como instrumento de integración. En la historia de la Unión Europea fue el reconocimiento de derechos a los particulares, lo que ha permitido el crecimiento de la Unión y el perseguimiento de sus fines. Este enfoque se ha originado en la jurisprudencia Van Gend en Loos, Sentencia del Tribunal de justicia del 5 de febrero de 1963, por la cual «la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados han limita-

do su soberanía (...) y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales (...) en consecuencia, 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 (...) esos derechos nacen, no sólo cuando el tratado los atribuye de modo explícito sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias».

A través de la sentencia Van Gend en Loos el particular se convierte, no en el fin de la acción del ordenamiento comunitario, sino en el medio.

Con esta sentencia el Tribunal busca sus beneficiarios. Estos últimos son los individuos particulares, tal vez más interesados que los Estados en la ejecución del derecho comunitario.

Y para que naciera el interés fue necesario atribuir a los particulares derechos para poderlos poner en práctica directamente delante de los tribunales contra los Estados y las Instituciones, y sucesivamente, también en los asuntos relacionados con otros ciudadanos.

Mientras que las normas internacionales necesitan, para tener eficacia en el ordenamiento jurídico interno, un acto formal de recepción por parte de los Estados, la legislación europea se aplica directamente a los ciudadanos a partir del momento en que se perfecciona el procedimiento legislativo en la Unión .

En la sentencia Van Gend en Loos, para la identificación de la situación subjetiva del individuo contra las Instituciones la identificación de los derechos de los particulares se utilizó la *Schutznormtheorie*, por lo menos inicialmente (entre 1960 y 1970).

La *Schutznormtheorie* es la teoría de la protección normativa, que deriva del capítulo de los Derechos Fundamentales de la Constitución Alemana, incluso de los arts. 1 a 19.

Los derechos públicos subjetivos son todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estime dignos de protección: «Toda persona cuyos derechos estén afectados por el poder público, podrá recurrir por vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para recibir el recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria».

De esta manera establecen los dos primeros incisos del art. 19 IV GG que han sido considerados como la «Coronación de l Estado de Derecho (*Krönung des Rechtsstaates*).

En realidad, este precepto constitucional, en cuanto constituye el «derecho procedimental básico» por excelencia, tiene una importancia capital en la ampliación de los controles judiciales que sobre la Administración se ejercen. De tal precepto, se deduce en particular dos mandatos básicos: la universalidad de la jurisdicción - la amplitud de la tutela o ausencia de lagunas (*Lückenlosigkeit*) -, por un lado, y la efectividad de la tutela, por otro»⁽¹⁾.

Contemporáneamente al reconocimiento de los derechos de los particulares contra las Instituciones, haciendo uso de la *Schutznormtheorie*, el Tribunal ha utilizado, en las normas del Tratado, el principio llamado «efecto directo» para la identificación de la situación subjetiva del individuo en contra del Estado miembro.

Posteriormente se ha aplicado el efecto directo también al Derecho derivado. En lo que se refiere a los reglamentos y a las decisiones destinadas a los individuos, el efecto directo se ha reconocido expresamente en el art. 249 del Tratado de la Comunidad Europea, actualmente el art. 251 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

El efecto directo vertical interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares pueden prevalerse de una norma europea frente al Estado.

Son muchas las normas contenidas en las fuentes formales del Derecho de la Unión

que tienen la característica de poseer efecto directo vertical.

Efecto directo vertical significa que las normas de la Unión Europea pueden invocarse ante las jurisdicciones nacionales como las normas de derecho interno. Por el efecto directo la norma de la Unión Europea crea directamente derechos y obligaciones en los Estados Miembros y en los ciudadanos europeos.

Asimismo, con respecto a las directivas, cabe citar la sentencia de diciembre de 1970, caso *Sace*⁽²⁾ el cual admitió que una directiva pudiese producir efecto directo. Se trataba de una directiva de la Comisión, que imponía a Italia la obligación de los llamados derechos por servicios aduaneros, percibidos en las importaciones de países comunitarios.

El Estado italiano argumentó que la Directiva carecía de eficacia; sin embargo, el Tribunal de justicia resolvió declarando la eficacia de la misma.

Es importante señalar que para que una norma comunitaria tenga efecto directo es necesario que cumpla los siguientes requisitos: que sea clara; que no esté sometida a condiciones; que no esté sujeta al poder discrecional de los Estados miembros ni de las Instituciones comunitarias.

Actualmente se admite el efecto directo vertical también de la directiva siempre que la norma sea clara, precisa e incondicional.

6. El remedio de la acción de responsabilidad contra el Estado. Con el pasar del tiempo esta configuración inicial non fue utilizada en modo exclusivo por la dificultad de encuadrar, en el sistema de derechos, realizado según la *Schutznormtheorie* y la teoría del efecto directo, los nuevos derechos que el ordenamiento comunitario estaba creando, en la ampliación de sus competencias que se iban acreciendo para la realización del mercado interno.

Desde aquí, a través del recurso del principio del *efecto útil*, el Tribunal utilizó la idea (tomada de la tradición anglosajona) de que sean los recursos los medios para seleccionar

⁽¹⁾ KARL-PETER, *La justicia administrativa alemana*, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Barnes Vazquez, Javier, 1993, Madrid, p. 44.

⁽²⁾ Cfr. en *Racc.*, XVI-1970, p. 1213.

las situaciones jurídicas relevantes.

Especialmente es lo que pasó con la sentencia Francovich que reconoció a un particular la acción de responsabilidad contra el Estado en el caso, el Estado no había implementado en el ordenamiento nacional una Directiva comunitaria, que diferentemente de otras fuentes no se aplican de inmediato.

Al reconocer al particular un derecho a la reparación, el Tribunal de justicia otorga, en cierto modo, un efecto directo a las disposiciones controvertidas.

La responsabilidad suple la falta de adaptación y la falta de efecto directo.

Con el pasar del tiempo, como se ha recordado, el reconocimiento de una demanda por daños y perjuicios contra los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias (aunque no esté expresamente previsto por los Tratados) se convirtió en algo cada vez más útil para asegurar la efectiva realización de los objetivos perseguidos por la norma de proveniencia europea.

Desde este punto de vista, el sistema de «remedios» y de la cualificación del interés personal jurídicamente relevante en el proceso se une al sistema clásico de su declaración en el precepto legal.

La discusión sobre los derechos individuales, por lo tanto, no puede hacerse separada del análisis de los recursos procesales.

7. La lectura contemporánea del interés en el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de justicia no parece interesarse por la cualificación de las situaciones subjetivas que corresponden a la noción de derecho subjetivo del derecho interno o con otras como la de «interés legítimo» del ordenamiento italiano.

El juez comunitario se encarga de que todas las situaciones subjetivas contenidas en su norma puedan gozar de igual tutela o en todo caso de una tutela adecuada.

Por esta razón el sistema jurídico de la Unión Europea tiene que predisponer instrumentos de tutela de posiciones jurídicas diferentes, como el efecto directo, la acción de responsabilidad, la inaplicación, la interpretación conforme.

Predisponer sistemas de tutelas significa también haber efectuado una precisa elección política. Un sistema procesal, en efecto, no es nunca indiferente con respecto a la identificación del derecho sustancial realmente vigente.

Por lo que, se suele tender a atribuir relevancia a situaciones individuales que no son derechos subjetivos completos en sus muchas articulaciones y conceder por lo tanto los mismos instrumentos de tutela.

En sentido amplio, esta es una tendencia a una reconstrucción unitaria de la noción de situación jurídica subjetiva al nivel europeo, que ha implicado una reevaluación de las históricas categorías nacionales, en un cierto efecto *botton down* sobre las cualificaciones de las situaciones subjetivas de derecho interno.

En este sentido puede leerse el punto de vista del Tribunal de justicia sobre la noción de interés legítimo como distinto del derecho subjetivo.

El concepto de interés legítimo no es incompatible con el ordenamiento de la Unión Europea. Por el contrario resulta indiferente. La obligación impuesta a los Estados miembros de proteger los intereses de los ciudadanos europeos, debe cumplirse, en virtud del derecho nacional, cualquiera que sea la relación entre aquellos intereses y el interés público (sentencia Tribunal de justicia *Braserie du pecher*).

En el derecho nacional se puede definir como interés legítimo una situación jurídica fundada en el derecho de la Unión. Por otra parte, cualquier situación jurídica creada por la legislación comunitaria, debe ser considerada en concreto como un derecho, prescindiendo del nombre aplicado por el derecho nacional. El ordenamiento jurídico comunitario tiende a garantizar la protección plena y efectiva de toda situación jurídica.

Por este motivo, podemos decir que él no conoce la distinción entre los derechos y los intereses. De hecho, no es relevante para la protección, si la situación de origen comunitaria se considera similar o no al interés legítimo, o al derecho subjetivo en el derecho nacional.

Lo cierto es que la existencia de dicha situación subjetiva típica del sistema italiano no puede causar alguna discriminación en el tratamiento del interés legítimo si se refiere a una situación jurídica de origen comunitaria. Los derechos y los intereses se consideran de manera unitaria en relación a su misma protección. En la Unión Europea el interés legítimo no es una situación subjetiva, sino una fórmula de organización del sistema procesal de un país (sentencia Tribunal de Justicia, *Comitato Cave*).

Como tal se utiliza para determinar el juez competente y para construir un sistema completo para la protección de los derechos. Los Estados miembros tienen, en efecto, la libertad absoluta de organizar su propio sistema de justicia, también en relación a las diferentes situaciones subjetivas. Sin embargo, en el respeto de su naturaleza, las situaciones de origen comunitaria, consideradas como interés legítimo, requieren una protección plena y no sólo mediante algunas formas de tutela.

En este contexto se reconoce la naturaleza substancial del interés legítimo y, al mismo tiempo, se libera el interés legítimo de su vínculo con el interés público.

Se ha argumentado, por lo tanto, que no es correcto afirmar que la protección del interés legítimo es una tutela ocasional, que sólo se asegura en caso de interés público protegido en el sentido de una protección directa, según lo que explicitan las normas. En otras palabras la protección del interés legítimo es una tutela directa y plena.

Por el contrario es diferente el bien que se pretende proteger, que es la acción legítima de la administración pública. El interés en la legitimidad se puede calificar como interés legítimo, es decir, siempre tendiente a una administración imparcial y eficiente. De hecho, la característica distintiva de la protección del interés legítimo con respecto a los derechos subjetivos, es la falta de garantía de un resultado favorable.

La protección del interés legítimo no ofrece

ninguna garantía de éxito ventajoso para la persona interesada.

Al interés legítimo se le garantiza un beneficio que coincide con la legalidad de la acción administrativa. La ventaja del derecho subjetivo cuya aplicación es siempre individual y concreta.

De hecho, el interés del particular es que la administración pública respete las normas jurídicas.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente también «Tribunal EDH») parece incluso que respete esta estructura. El Tribunal de Estrasburgo también ha identificado en el interés legítimo una posición jurídica subjetiva atribuible a la amplia noción de derecho, cuya naturaleza es necesaria para ejercitar las garantías previstas en el art. 6 (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en adelante «CEDH»).

En el caso *Mennitto* contra Italia, el Tribunal EDH afirmó que lo que en Italia se considera como interés legítimo puede ser incluido en la noción de *droits et obligations de caractère civil*.

La decisión es perfectamente coherente con la jurisprudencia del juez de Estrasburgo, con respecto al art. 6 CEDH.

El Tribunal EDH utiliza una noción autónoma de los *droits et obligations de caractère civil* que tiene un objeto patrimonial.

El deseo del Tribunal de hacer referencia a los conceptos autónomos de los *droits et obligations de caractère civil* ha realizado una ampliación del ámbito de la aplicación de los contenidos de la CEDH fuera de los límites indicados en el texto de la norma.

El Tribunal EDH no solo reconoce la existencia del derecho reclamado, sino también su modo de funcionamiento y su ámbito de aplicación. En consecuencia, es posible incluir el interés legítimo en el concepto del derecho civil, cuya violación garantiza un proceso justo, en conformidad con el art. 6 CEDH.

Sociedad del conocimiento

Bibliografía: CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, en SEDIARI (coord.), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.; COLCELLI, *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*, en R. CIPPITANI (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Perugia-Roma, 2012, p. 77 ss.; PERLINGERI, *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Naples, 1991; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Naples, 2007; SOSA MORATO, *Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla*, en CIPPITANI (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Perugia-Roma, 2012, p. 13 ss.

1. Introducción. Durante las últimas dos décadas, los documentos legales de la Unión Europea utilizan frecuentemente la palabra «conocimiento».

Se trata de una palabra casi desconocida en los textos jurídicos nacionales, en los cuales se utiliza «como sinónimo de adquisición de información o, en ocasiones, como acto de conciencia cuando es un elemento constitutivo de caso»⁽¹⁾.

En cambio ese concepto se encuentra en el debate en las ciencias sociales desde los años '70 del siglo pasado⁽²⁾.

Sin embargo en el ámbito europeo se puede encontrar una noción muy específica de «conocimiento», como surge del los documentos institucionales comunitarios.

Oficialmente, el primero entre aquellos documentos fue el Libro Blanco sobre

«Crecimiento, competitividad y empleo» de 1993, elaborado por la Comisión Europea, presidida por Jacques Delors, que mostró los límites de un modelo de integración y que sólo tenía el enfoque en el establecimiento de un mercado interior.

Ese modelo de integración, argumentó la Comisión, no parecía adecuado para las necesidades de la sociedad europea contemporánea.

De acuerdo con el Libro Blanco, en esta sociedad, es mucho más importante producir, utilizar y compartir el «conocimiento» que la propiedad y el comercio de bienes materiales. En los años siguientes, otros textos han ido desarrollando esos argumentos⁽³⁾. Pero el momento crucial fue cuando el conocimiento se ha convertido en el fulcro de las políticas de las instituciones europeas en la así llamada «Estrategia de Lisboa» promovida por el Consejo Europeo de marzo del año 2000. El proceso político iniciado en Lisboa ha marcado la historia de la Unión en los últimos diez años y se proyecta en la próxima década por la estrategia para los años futuros «Europa 2020», propuesta por la Comisión y aprobada por el Consejo Europeo de junio de 2010.

El conocimiento es el concepto básico del proceso de integración y desarrollo. Éste seguirá en pie aún en la grave crisis económica por la que atraviesa Europa, ya que la estrategia de las Instituciones para el 2020 tiene un enfoque de crecimiento, mismo que deberá ser inteligente, sostenible e inclusivo. Con el fin de resolver los problemas de la economía y de la sociedad europea, la Unión tenía que convertirse en una «economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos

⁽¹⁾ Sobre el uso de palabras como «conocimiento» o «información» en los códigos civiles, véase el análisis de COLCELLI, *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*, en CIPPITANI (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Perugia-Roma, 2012, p. 77 ss.

⁽²⁾ Sobre el uso de palabras como «conocimiento» o «información» en los códigos civiles, véase el análisis de SOSA MORATO, *Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla*, en CIPPITANI (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, cit., p. 13 ss.

⁽³⁾ Para un panorama general, *vid.* CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, en SEDIARI (coord.), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.

y con mayor cohesión social» (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de marzo de 2000).

En el presente artículo se quiere establecer si esa referencia al conocimiento tiene consecuencias de naturaleza jurídica.

Para lograr este objetivo, es necesario establecer el sentido de la palabra «conocimiento», en función a las definiciones de las fuentes legales.

2. El concepto de «conocimiento» en los documentos jurídicos de la Unión Europea. En los documentos de la Unión Europea la palabra «conocimiento» contiene el sentido específico de la interrelación entre tres elementos: investigación, innovación y educación-capacitación⁽⁴⁾.

Estos elementos, casi desconocidos por el derecho tradicional, se han convertido en conceptos relevantes en la legislación de la Unión Europea.

2.1. Investigación. La investigación se define como la actividad que lleva a la elaboración del conocimiento, es decir, el trabajo «de creación realizado de manera sistemática con el fin de aumentar el conjunto de los conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, de la cultura y de la sociedad, así como la utilización de dicho conjunto de conocimientos para nuevas aplicaciones»⁽⁵⁾. Definiciones similares están contenidas en otras fuentes⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Vid. el párrafo 3.3 Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de primavera, Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa, COM(2005) 24 final., de 2 de febrero de 2005.

⁽⁵⁾ Vid. el art. 2 de la Directiva 2005/71/CE del Consejo de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

⁽⁶⁾ Vid., por ejemplo, la Comunicación de la Comisión, «Construcción del Espacio Europeo de la Investigación al servicio del crecimiento», COM (2005) 118 def., de 6 de mayo de 2005. Véase además la Comunicación de la Comisión, «Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación», 2006/C 323/01 de 30 de diciembre de 2006, que define la «investigación fundamental» («trabajos experimentales o teóricos emprendidos con el objetivo primordial de adquirir nuevos conocimientos acer-

De acuerdo con el art. 179, párrafo 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «Tratado FUE»): «La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados».

Con el fin de crear un verdadero Espacio Europeo de Investigación⁽⁷⁾, la Unión tiene que fomentar la libre circulación de investigadores y la cooperación entre empresas, centros de investigación y universidades. Sobre todo la Europa comunitaria debe lograr la eliminación de los obstáculos (en particular los de carácter jurídico y fiscal) de circulación y de cooperación.

Los textos de la Unión Europea señalan a la investigación como el principal instrumento para el desarrollo económico y social y subrayan la necesidad de aumentar la inversiones en este rubro.

La investigación se convierte en un tema central en los textos comunitarios: «La ciencia y la tecnología desempeñan un papel cada vez más importante en la aplicación de las políticas públicas, en especial las de la Unión. Están implicadas diferentes títulos en la elaboración de las normativas, cada vez más presentes en el proceso político de

ca de los fundamentos subyacentes de los fenómenos y hechos observables, sin perspectivas de aplicación práctica y directa», la «investigación industrial» («la investigación planificada o los estudios críticos encaminados a adquirir nuevos conocimientos y aptitudes que puedan ser útiles para desarrollar nuevos productos, procesos o servicios o permitan mejorar considerablemente los ya existentes»), el «desarrollo experimental» («la adquisición, combinación, configuración y empleo de conocimientos y técnicas ya existentes, de índole científica, tecnológica, empresarial o de otro tipo, con vistas a la elaboración de planes y estructuras o diseños de productos, procesos o servicios nuevos, modificados o mejorados »).

⁽⁷⁾ Comunicación de la Comisión, «Hacia un espacio europeo de investigación», COM (2000) 6, del 18 de enero de 2000.

decisión y en el centro de las negociaciones comerciales o los debates internacionales en temas como la seguridad en sus distintos aspectos o las múltiples facetas del desarrollo sostenible»⁽⁸⁾.

La investigación libre se considera como un derecho fundamental (art. 13 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante «Carta de la Unión Europea»)⁽⁹⁾.

En particular la «libertad del conocimiento» se ha definido como la «quinta libertad» otorgada por los Tratados de la Unión Europea⁽¹⁰⁾, en conjunto con la libre de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales⁽¹¹⁾.

2.2. Innovación. Si la investigación es la actividad que lleva a la producción de conocimiento, la innovación permite convertir el conocimiento en el desarrollo económico y social. La innovación, efectivamente, podría ser considerada como la aplicación del conocimiento en un producto o proceso⁽¹²⁾.

Como los documentos institucionales destacan, la innovación es la base del desarrollo económico: «Sin embargo la investigación y la tecnología producen del 25 al 50% del crecimiento económico y determinan en gran medida la competitividad, el empleo y la calidad de vida de los ciudadanos

europeos»⁽¹³⁾.

No obstante la innovación es también condición de un desarrollo social concreto, del respeto al medio ambiente y en general de un crecimiento sustentable. Como se ha argumentando recientemente: «La innovación es la condición previa para la creación de una economía basada en el conocimiento y con un bajo nivel de emisiones de carbono. Es esencial superar esta transformación para que podamos seguir siendo competitivos en el mundo globalizado y alcanzar metas sociales más amplias de forma sostenible ante la presión de los cambios demográficos, el desafío del clima, la escasez de recursos y las nuevas amenazas para la seguridad»⁽¹⁴⁾.

Los documentos de la Unión Europea de los últimos veinte años exponen la falta de capacidad de innovación en Europa, especialmente cuando se compara con los Estados Unidos, con Japón y con las economías emergentes de Latinoamérica y de Asia⁽¹⁵⁾.

De acuerdo a los documentos institucionales, varios problemas afectan a la capacidad de innovación de la Unión Europea⁽¹⁶⁾: la insuficiencia del marco jurídico y administrativo, y como ejemplo sería la falta de una verdadera patente de la Unión Europea, y que por lo menos, se ha discutido en los últimos cuarenta años⁽¹⁷⁾; otro caso sería la débil co-

⁽⁸⁾ Véase el párrafo 4 del Capítulo Uno «Un espacio de la investigación» en la Comunicación, «Hacia un espacio europeo de investigación», cit.

⁽⁹⁾ Véase la voz «Libertad de artes y de investigación científica», por C.F. Molina del Pozo y C. Archontaki, en este Diccionario Analítico.

⁽¹⁰⁾ Comunicación de Comisión al Consejo y e al Parlamento Europeo, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», COM (2008) 317 final, de 23 mayo 2008.

⁽¹¹⁾ Véase, en este Diccionario Analítico, las voces: «Libre circulación del conocimiento», por K.A. Adumno; «Libre circulación de las personas», por R. Cippitani; «Libre circulación de personas: alcance y límites», por C. Pizzolo.

⁽¹²⁾ Vid. las definiciones de «innovación de producto» y «innovación en materia de procesos» que se encuentran en la Comunicación, «Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (I+D+i)», cit., y en el así dicho Manul de Oslo, *Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data*, 3ª ed., OCDE, 2005, p. 49.

⁽¹³⁾ Comunicación, «Hacia un espacio europeo de investigación», cit., véase el capítulo «Situación y objetivos».

⁽¹⁴⁾ Comunicación, «Revisar la política comunitaria de innovación en un mundo cambiante», COM (2009) 442 final de 2 de septiembre de 2009.

⁽¹⁵⁾ Vid. Comisión europea, «Libro Verde de la Innovación», COM (95) 688 de 20 de diciembre de 1995.

⁽¹⁶⁾ Tales aspectos críticos están considerados por muchos documentos institucionales y en diferentes periodos, como en el Libro Blanco sobre «Crecimiento, competitividad y empleo» de 1993; en la Comunicación, «La innovación en una economía del conocimiento», COM (2000) 567 final de 20 de septiembre de 2000; en la Comunicación, «Revisar la política comunitaria de innovación en un mundo cambiante», COM (2009) 442 final, de 2 de septiembre de 2009.

⁽¹⁷⁾ Una primera propuesta sobre el tema del establecimiento de una patente comunitaria es de los años setenta del siglo pasado. En el 2000 la Comisión propuso un reglamento [vid. la propuesta COM (2000) 412 final del 1 agosto 2000] que no fue aprobado

laboración entre universidades y centros de investigación y las empresas⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, el problema radica principalmente en el presente contexto, sobre todo desde la perspectiva legal, porque no es lo suficientemente adecuado para fomentar la innovación. De hecho: «La innovación no puede organizarse por decreto. Procede de las personas y sólo ellas (científicos, investigadores, empresarios y sus empleados, inversores, consumidores y autoridades) harán que Europa sea más innovadora. No obstante, no actúan en el vacío. Lo hacen con una actitud y en un marco que las desanima o las incita a adentrarse en territorios desconocidos»⁽¹⁹⁾.

2.3. La educación y la formación. La educación y la formación son los principales instrumentos para compartir y transferir el conocimiento⁽²⁰⁾.

El «Aprendizaje permanente» se considera como un derecho (art. 14 Carta de la Unión Europea) que tiene la capacidad de producir niveles altos y sostenibles de empleo, lo que permite la inclusión social y la realización personal de los ciudadanos⁽²¹⁾.

Las acciones de la Unión Europea (según los arts. 166 y 167 del Tratado FUE) tienen por objeto lograr la dimensión europea de

la educación y de la formación, en particular mediante el aprendizaje de idiomas; la libre circulación de estudiantes, profesores y otro tipo de educadores; el amplio uso de las tecnologías de la información y de la comunicación; la cooperación entre instituciones de educación superior, y entre universidades, así como con otras entidades.

La Unión Europea persigue sus alcances educativos con el apoyo al llamado Proceso de Bolonia que tiene por objeto establecer un «espacio educativo europeo abierto y dinámico» eficaz⁽²²⁾.

Este proceso de comparación y de convergencia⁽²³⁾, que involucra también países no pertenecientes a la Unión Europea, se basa en herramientas específicas establecidas por universidades e instituciones educativas (véase arts. 165 y 166 del Tratado FUE), el Diploma Supplement⁽²⁴⁾, los títulos conjuntos, y el sistema de transferencia de créditos europeos (ECTS)⁽²⁵⁾.

3. El triángulo del conocimiento. Las tres componentes del conocimiento fueron considerados, por la mayor parte de la historia de la integración europea, como temas marginales en comparación con los objetivos

por las Instituciones legislativas. Finalmente a fines del año pasado el Consejo tomó la decisión el día 10 de marzo de 2011, en la cual se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria. Prácticamente la decisión fue necesaria para superar la situación de bloqueo y es el primer acto hacia la aprobación de una patente europea en 25 Estados de la Unión Europea, con la excepción de Italia y España.

⁽¹⁸⁾ Entre los textos que se refieren al tema, véase la Recomendación de la Comisión de 10 de abril de 2008, «Gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y el Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación» [C (2008) 1329].

⁽¹⁹⁾ Comunicación, «Revisar la política comunitaria de innovación en un mundo cambiante», cit.

⁽²⁰⁾ Vid., por ejemplo, la Comunicación, «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa», cit.

⁽²¹⁾ Conclusiones del Consejo de 11 de mayo de 2010 sobre la dimensión social de la educación y la formación (2010/C 135/02).

⁽²²⁾ Comunicación de la de la Comisión, «Per una Europa del conocimiento», COM (97) 563, de 12 de noviembre de 1997, Parte I.

⁽²³⁾ En particular, en base a la propuesta de la Comisión, Consejo de Ministros aprobó, el 12 de febrero de 2001, la Relación «Futuros objetivos precisos de los sistemas de educación y formación» [COM (2001) 59] y, después el Consejo europeo de Estocolmo, adoptó el 14 de febrero de 2002 un plan sobre la actuación de los futuros objetivos precisos de los sistemas de educación y formación.

⁽²⁴⁾ Vid. los documentos del Proceso de Bolonia que hacen referencia al «Convenio sobre reconocimiento de cualificaciones relativas a la educación superior en la región Europea» del Consejo de Europa y de UNESCO, firmado en Lisboa el 11 de abril de 1997. En el art. IX.3 de la Convención se establece que «A través de los centros nacionales de información o por cualquier otro conducto, las Partes promoverán la utilización, por los centros de educación superior de las Partes, del suplemento UNESCO/Consejo de Europa sobre diplomas o de cualquier otro documento comparable».

⁽²⁵⁾ Cfr. Comisión Europea, «Guía del usuario del ECTS », versión 6 de febrero de 2009.

más importantes, en primer lugar la realización del mercado comunitario.

No obstante en el último período el conocimiento, como se ha dicho arriba, se ha convertido en un elemento central en el debate en torno a la integración⁽²⁶⁾.

En una «Sociedad del Conocimiento», la investigación (la producción de conocimiento) la educación (el principal medio de intercambio de conocimientos), la innovación (que transforma la investigación y la educación en el desarrollo) constituyen la parte fundamental del proceso de integración europea en su conjunto.

La importancia de la investigación, la educación y la innovación se ha ido incrementando junto con la afirmación de sus relaciones mutuas y estrechas.

Este enlace entre los tres componentes del conocimiento se ha destacado desde el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo. Los tres componentes se consideran los recursos en los cuales la Europa del conocimiento debe ser construida: «Si consideramos los fundamentos clásicos de la prosperidad y la competitividad, Europa conserva sus posibilidades. Por la importancia de su capital inmaterial (educación, cualificaciones, aptitud para la innovación, tradiciones), por disponer de un capital financiero y de instituciones bancarias muy eficaces, por la solidez de su modelo de sociedad y por las virtudes de la concertación social, dispone de activos que a ella sola incumbe hacer fructificar.» (véase el preámbulo del Libro Blanco).

Hoy, el documento «Europa 2020» todavía recuerda que los tres componentes permiten un desarrollo inteligente (basado en el conocimiento y la innovación), sostenible (más eficiente en términos de recursos, más verde y más competitivo), y la inclusión (con una alta tasa de empleo favorables a la cohesión social y territorial).

No se debe considerar los tres componentes como aislados, sino como los ángulos del mismo «triángulo del conocimiento»⁽²⁷⁾ que

⁽²⁶⁾ Por ejemplo, véase el capítulo 2, párrafo 3 del Libro Blanco de 1993 y sobre todo el capítulo 7.

⁽²⁷⁾ Vid. por ejemplo la Comunicación, «Construcción

refuerza las relaciones cercanas y permite el desarrollo de la sociedad europea.

En realidad, la creación de valor en una Sociedad del Conocimiento no es la transformación lineal y simple de los materiales en el producto, sino un circuito complejo y continuo⁽²⁸⁾.

El conocimiento se crea a través de la investigación, pero no sería posible sin una educación adecuada de los investigadores⁽²⁹⁾. La educación también se ha mejorado debido a los conocimientos generados por la investigación. La universidad es el contexto donde sucede una interacción más eficiente que en cualquier otro lugar.

La innovación está estrechamente vinculada a la investigación pero también necesita de la educación y de la formación: «En toda la Unión Europea se reconoce que la excelencia en la educación, las destrezas y la formación es una condición previa de la innovación»⁽³⁰⁾. Empero, «los aspectos no tecnológicos del proceso de innovación, como el diseño y la comercialización, son cada vez más importantes para disponer de más productos y servicios innovadores en el mercado». Asimismo esos aspectos tienen su origen en la educación y en la formación.

4. Cualidades del Derecho en la época de una Sociedad basada en el Conocimiento.

Cuando las fuentes legales de la Unión Europea hacen referencia al «conocimiento», sus componentes y las interrelaciones

del Espacio Europeo de la Investigación al servicio del crecimiento» COM (2005) 118 final, 6 de abril de 2005.

⁽²⁸⁾ Vid. *Report from the High Level Group chaired by Wim Kok, Facing the Challenge, the Lisbon Strategy for Growth and Employment*, noviembre de 2004.

⁽²⁹⁾ Como afirma, por ejemplo, la Comunicación, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», cit., «La formación de muchos investigadores sigue un modelo académico tradicional, que no les prepara para las necesidades de la economía moderna basada en el conocimiento, donde las conexiones entre las empresas y las instituciones públicas de investigación son cada vez más decisivas».

⁽³⁰⁾ Comunicación, «Revisar la política comunitaria de innovación en un mundo cambiante», cit.

entre ellos, se tocan temas relevantes para el derecho, en particular el derecho civil, como los son sujetos, relaciones y bienes.

La hipótesis es que la disciplina jurídica europea del conocimiento y sus componentes pueden afectar a tales conceptos jurídicos.

El sistema legal, en una Sociedad basada en el Conocimiento, parece ser identificado por características como la apertura, los intereses no patrimoniales, la colaboración y la inmaterialidad.

Asimismo, el derecho privado, desde la perspectiva tradicional, puede ser visto como un sistema cerrado, centrado en los aspectos patrimoniales, en el que las relaciones se basan en el intercambio, así como los bienes en el sentido jurídico son sólo los materiales. En los párrafos siguientes van a ser analizadas las diferencias entre la perspectiva tradicional y la de una Sociedad del Conocimiento.

4.1. Apertura vs. Clausura. El derecho privado tradicional se considera como un sistema básicamente cerrado en lo que respecta a otros sistemas legales.

La relación entre los sistemas jurídicos se basa en una lógica intergubernamental y está regulada por los tratados internacionales que afectan indirectamente a la legislación nacional.

Por ejemplo, para los extranjeros se aplica el «Derecho internacional privado», es decir, un conjunto de criterios para la resolución de posibles conflictos de aplicación de las normas. Los derechos reconocidos a un ciudadano extranjero dependerán de reglas como la de «reciprocidad». Según este principio, un ciudadano de otro Estado puede ejercer derechos, en la medida en que el país de origen reconozca los mismos derechos a sus ciudadanos (véase, por ejemplo, el art. 16, Disposiciones Preliminares del *codice civile italiano* y el art. 11 del *code civil francés*). La legislación de la Unión Europea ha modificado profundamente este enfoque. La interpretación del Tribunal de justicia⁽³¹⁾ y las fuentes legislativas de la Unión Europea

causan la apertura de los sistemas jurídicos nacionales. Este resultado se logró, eliminando principios como el de reciprocidad, que pueden discriminar y afectar a las libertades garantizadas por los Tratados de la Unión Europea⁽³²⁾, y a través de la introducción del concepto de «ciudadanía de la Unión Europea»⁽³³⁾.

Un proceso de integración que se basa en el conocimiento necesita una apertura aún más amplia de los sistemas jurídicos nacionales.

En este contexto, la libertad de movimiento no es sólo un derecho, sino una necesidad. No es posible construir Europa como Sociedad del Conocimiento si los investigadores, estudiantes, maestros, empresarios, procedentes de diferentes Estados miembros no colaboran realmente entre ellos [art. 165, párrafo 2, y art. 180, letra d), TFEU].

Esa necesidad de un intercambio real de las personas involucradas en las actividades educativas y de investigación nació cuando los Tratados tomaron en consideración el movimiento de los trabajadores y las empresas.

La interpretación del Tribunal de justicia concedió las libertades también a los aprendices⁽³⁴⁾ y a los estudiantes⁽³⁵⁾ y consideró como ilegal la regla de la reciprocidad en el reconocimiento de los títulos. Esos juicios

⁽³²⁾ Vid. Tribunal de justicia, 22 de junio de 1972, *Rita Frilli v. Belgio*, 1/72, en Rec. 1972, p. 457; Id., 14 de febrero de 1984, *Carmela Castelli v. Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*, 325/82, en Rec. 1984, p. 777; Id., 28 de enero de 1986, *Comisión v. República francesa*, 270/83, en Rec. 1986, p. 273; Id., 2 de febrero de 1989, *Ian William Cowan v. Trésor public*, 186/87, en Rec. 1989, p. 195; Id., 1 de julio de 1993, *Anthony Hubbard v. Peter Hamburger*, C-20/92, en Rec. 1993, p. I-03777.

⁽³³⁾ Vid. Tribunal de justicia, 7 de septiembre de 2004, *Troiani*, C-456/02, cit.

⁽³⁴⁾ Vid. Tribunal de justicia, 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, en Rec. 2121, párrafo 19; Id., 26 de febrero de 1992, *Bernini*, C-3/90, en Rec. 1992, p. I-1071, párrafo 15; Id., 17 de marzo de 2005, *Kranemann*, C-109/04, en Rec. 2005, p. I-2421, párrafos 15 y 16.

⁽³⁵⁾ Vid. Tribunal de justicia, 13 de febrero de 1985, *Gravier v. Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593; Id., 2 de febrero de 1988, *Blaizo v. Université de Liège et al.*, en Rec. 1988, p. 379.

⁽³¹⁾ Tribunal de justicia, 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin v. Netherlands*, en Rec. 1985, p. 1035.

constituyeron el fundamento jurídico de la primera edición del programa Erasmus (establecidos por la Decisión del Consejo de 15 de junio de 1987, para el período 1990-1994).

Hoy, el objetivo es hacer efectiva la «libertad del conocimiento» por medio de la eliminación de los obstáculos burocráticos y administrativos residuales⁽³⁶⁾.

En efecto, muchos documentos de la Comisión piden a los Estados miembros eliminar las normas y prácticas que *de facto* limitan la movilidad de los investigadores (los sistemas cerrados de reclutamiento, la falta de reconocimiento de la movilidad en las carreras y en el proceso de contratación, modelos de contratos, impuestos y cargos sociales a menudo no aptos para las personas en movilidad)⁽³⁷⁾.

Por lo tanto, la jurisprudencia de la Unión Europea considera ilegales todas aquellas discriminaciones contra de los investigadores provenientes de los demás Estados miembros⁽³⁸⁾.

Investigación, educación y formación, en el pasado concebidos sólo como la expresión de la «identidad nacional», ahora tienen que ser considerados en una dimensión europea. El «interés nacional» no debe ser la razón para establecer una excepción a las libertades otorgadas por los Tratados de la Unión Europea⁽³⁹⁾. Por ejemplo, no se permi-

te invocar a esos intereses para de reservar un trabajo en un organismo público de investigación a los ciudadanos de un Estado miembro⁽⁴⁰⁾.

Además, los programas de la Unión Europea apoyan a las personas jurídicas que adoptan reglamentos, contratos y otros instrumentos con el fin de mejorar la circulación de las personas involucradas en actividades de investigación y educación. De esta manera, los participantes del Séptimo Programa Marco están obligados a cumplir con la Carta Europea del Investigador y el Código de Conducta para la Contratación de Investigadores, adjunto a la Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005.

La apertura también significa hacer atractivas la investigación y la educación europeas para los no europeos. Igualmente para alcanzar una mejor apertura del espacio científico y educativo europeos, las instituciones adoptaron una Directiva que se refiere a un procedimiento específico de admisión en la Unión Europea de investigadores que sean nacionales de terceros (directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005). Esa directiva obliga a los Estados miembros a adoptar la legislación nacional sobre la inmigración de manera conforme a dicha apertura.

4.2. Intereses patrimoniales vs. intereses no patrimoniales. Los códigos civiles nacionales se ocupan de las relaciones patrimoniales, las obligaciones y los derechos de propiedad (véase por ejemplo el pensamiento de Savigny en el *System des heutigen römischen Rechts*), y los instrumentos con el fin de trasladarlos de un sujeto a otro.

La relevancia de los temas patrimoniales se ha puesto en crisis por las Constituciones de la segunda mitad del siglo pasado, mismos que han considerado a las personas naturales y sus intereses no patrimoniales en el centro del sistema legal⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ Sobre todo *vid.* el Consejo europeo de primavera de 2002, y en particular el párrafo 33 de las Conclusiones de la Presidencia.

⁽³⁷⁾ Por ejemplo véase la comunicación de la Comisión, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», *cit.*

⁽³⁸⁾ Tribunal de justicia, 17 de julio de 2008, C-94/07, *Raccanelli*, en *Rec.* 2008, p. I-5939 (que se refiere al sistema social que se aplica a los doctorandos); *Id.*, 30 de noviembre de 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, en *Rec.* 2000, p. I-10497; *Id.*, 26 de junio de 2001, C-212/99, *Comisión v. Italia*, en *Rec.* 2001, p. I-4923; *Id.*, 2 de agosto de 1993, casos C-259/91, C-331/91 y C-332/91, *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan et al. v. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma*, en *Rec.* 1993, p. I-04309.

⁽³⁹⁾ *Vid.* como ejemplo: Tribunal de justicia, 2 de julio de 1996, C-473/93, *Comisión v. Luxemburg*, en *Rec.* 1996, p. I-3207; *Id.*, de 2 de julio de 1996, C-290/94, *Comisión v. Grecia*, en *Rec.* 1996, p. I-3285.

⁽⁴⁰⁾ *Vid.* Tribunal de justicia, 16 de junio de 1987, 225/85, *Comisión v. Italia*, en *Rec.* 1987, p. 2625.

⁽⁴¹⁾ Por lo que se refiere a la aplicación de los principios constitucionales en el derecho privado, entre otros véase PERLINGERI, *Il diritto civile nella sua legali-*

La legislación de la Unión Europea contribuye a la irreversibilidad de la crisis del derecho civil tradicional, mediante el reconocimiento del papel de los derechos fundamentales en las relaciones del mercado interno. Inicialmente ese reconocimiento fue llevado a cabo por la jurisprudencia del Tribunal de justicia (desde la sentencia Stauder)⁽⁴²⁾. Hoy los derechos fundamentales en el derecho comunitario están proporcionados por los Tratados de la Unión Europea y por la Carta de los derechos fundamentales.

Como se mencionó anteriormente, los documentos legales sobre la Sociedad del Conocimiento ponen una gran atención a los aspectos no patrimoniales de las relaciones jurídicas: la necesidad de la inclusión social (especialmente en la educación y en la formación)⁽⁴³⁾, la protección de los investigadores y docentes en cuanto trabajadores, así como los aspectos éticos de la investigación y la innovación.

Es especialmente interesante la atención prestada a los aspectos éticos.

Una sociedad basada en el Conocimiento se enfrenta a nuevos problemas éticos: «Clonación, utilización de tejidos de embriones para fines médicos, bases de datos personales y desarrollo de universos virtuales: el progreso de los conocimientos y las tecnologías, sobre todo en ámbitos como las ciencias y tecnologías de la vida y las tecnologías de la información, viene acompañado de un número creciente de cuestiones éticas»⁽⁴⁴⁾.

Las fuentes jurídicas de la Unión Europea toman en cuenta tanto las oportunidades como los riesgos de la Sociedad del Conocimiento con su énfasis en las actividades de investigación y tecnología⁽⁴⁵⁾.

tà costituzionale, Naples, 1991; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Naples, 2007.

⁽⁴²⁾ Tribunal de justicia, 12 de noviembre de 1969, 29/69, *Stauder v. Stadt Ulm*, en *Rec.* 1969, p. 419.

⁽⁴³⁾ Consejo europeo de Lisboa, Conclusiones de la Presidencia, par. 32.

⁽⁴⁴⁾ En particular véase la Comunicación, «Hacia un espacio europeo de investigación», par. 7.2 y Libro Blanco sobre «Crecimiento, competitividad y empleo» de 1993, par. 5.

⁽⁴⁵⁾ Como se ha dicho: «*La stratégie de Lisbonne n'est*

Con el fin de tener en cuenta los principales problemas planteados por la ciencia, la Unión Europea está desarrollando un sistema compartido de valores⁽⁴⁶⁾, a través del debate en los distintos niveles y la adopción de códigos de conducta⁽⁴⁷⁾.

Esta preocupación se expresa especialmente en la Carta de la Unión Europea, y éste es el primer texto constitucional europeo que establece normas en materia de bioética⁽⁴⁸⁾. De hecho, la Carta establece los derechos y los límites a las actividades de investigación y de innovación⁽⁴⁹⁾.

La legislación de la Unión Europea proporciona varios principios de la bioética, tales como⁽⁵⁰⁾: la dignidad humana y los derechos fundamentales (art. 3 de la Carta de la Unión Europea), incluida la protección de datos personales art. 8 de la Carta de la Unión Europea, art. 16 Tratado FUE), los derechos de los niños⁽⁵¹⁾ (art. 24 Carta de la Unión Europea), el respeto de los derechos fundamentales en el contexto de las

pas du tout basée sur une idéologie technocratique, triomphaliste quant aux nouvelles technologies et déterministe quant à leur impact bénéfique pour tous: TELO, *Préface*, en *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, editado por Rodrigues, Bruxelles, 2004, p. VIII.

⁽⁴⁶⁾ Por lo que se refiere a la diferencia entre el acercamiento europeo y norteamericano a los asuntos éticos, *vid.* BUSNELLI, *Towards a 'European Bioethics'?*, en *Ethically speaking*, n. 14/2010, p. 11 ss.

⁽⁴⁷⁾ Véase el par. 4 del Capítulo «El espacio europeo de la investigación» de la Comunicación, «Hacia un espacio europeo de investigación».

⁽⁴⁸⁾ A fuera de la Unión Europea en la Constitución Confederación Helvética se pueden encontrar normas que se refieren a la biomedicina: el art. 118 b (Investigación en el ser humano); el art. 119 (Sobre el tema del medicina reproductiva y de la ingeniería genética humana); art. 119 a (Medicina de los trasplantes); art. 120 (Ingeniería en ámbito no humano).

⁽⁴⁹⁾ MATHIEU, *La bioéthique*, Paris, 2009, p. 8.

⁽⁵⁰⁾ Véase el Anexo 1 adjunto a la Decisión 1982/2006 y la Carta Unión Europea.

⁽⁵¹⁾ *Vid.* el documento de la Comisión, «*Ethical Aspects of the Participation of Children in Research, Three training modules to assist and advise researchers preparing FP7 research proposals on what is required to demonstrate understanding and implementation of ethics in relation to research involving children, Ethics check list*», en <http://cordis.europa.eu>.

actividades de cooperación con países terceros⁽⁵²⁾, la integridad del patrimonio genético humano (art. 3 del Tratado Unión Europea), la seguridad (que pueden verse amenazadas, por ejemplo, de «tecnología de doble uso», es decir, aquella que puede tener aplicaciones militares o terroristas)⁽⁵³⁾, la protección del medio ambiente⁽⁵⁴⁾ y el bienestar de los animales, considerado como «seres sensibles», para los cuales es necesario evitar sufrimientos innecesarios (art. 13 Tratado FUE), especialmente durante las actividades de investigación⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Vid. el documento de la Comisión, «*Ethics in research and international cooperation, Ethics check list*», en <http://cordis.europa.eu/>.

⁽⁵³⁾ Comisión europea, *Dual Use, Ethics check list*, en <http://cordis.europa.eu/>; vid. Reg. (CE) n. 394/2006 del Consejo de 27 de febrero de 2006 que modifica y actualiza el Reg. (CE) n. 1334/2000 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso.

⁽⁵⁴⁾ Comisión europea, «*Green paper on integrated product policy*», de 7 de febrero de 2001 COM (2001) 68; vid. la disciplina acerca los organismos genéticamente modificados (Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 Marzo 2001 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo; Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios; Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (versión refundida), etc.

⁽⁵⁵⁾ Véase Directiva 86/609/CEE del Consejo de 24 de noviembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos; Decisión 1999/575/CE del Consejo de 23 de marzo de 1998 relativa a la celebración por la Comunidad del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos; Decisión 2003/584/CE del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la celebración del protocolo de enmienda del Convenio Europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos; Recomendación 2007/526/CE de la Comisión, de 18 de junio de 2007, sobre las líneas directrices relativas al alojamiento y al cuidado de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2008,

Una especial atención a esos asuntos es proporcionada por los programas de financiamiento de la Unión Europea a los proyectos de investigación (véanse el párrafo 30 del preámbulo y el art. 6, apartado 1, de la Decisión n. 1982/2006) donde la violación de los principios éticos tiene graves consecuencias con respecto a los contratos entre la Comisión y los beneficiarios⁽⁵⁶⁾.

El respeto de las cuestiones éticas no está limitado en el ámbito de las actividades de investigación y de innovación. En una sociedad basada en el Conocimiento los «principios éticos fundamentales» y las libertades, protegidos por la legislación de la Unión Europea, se observan en todas las disciplinas que regulan las relaciones jurídicas, como lo es la disciplina de los derechos de propiedad intelectual (véase el art. 6, párrafo 2, la Directiva 98/44/CE) o la jurisprudencia⁽⁵⁷⁾.

4.3. Intercambio vs. Colaboración. Dentro del derecho privado tradicional el principal instrumento para garantizar el movimiento de los bienes está representado por el intercambio.

El intercambio, en particular, se expresa a través de conceptos tales como *corrispettività* en el *codice civile*⁽⁵⁸⁾; *bilateralité* o *sinallagmaticité* en el *code civil* (art. 1102 *code civil*); la onerosidad en art. 1124 del Código civil español (véase también los arts. 1837 y 1838 del código civil de Distrito Federal); el *Gegenseitiger Vertrag* en el BGB (§§ 320 ss.) y el *bargain and consideration* en el *Common Law*.

Los códigos civiles se ocupan marginalmente de los contratos sin intercambio (entre las excepciones, véase el código civil italiano que contiene algunas disposiciones relativas a los

relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos, COM (2008) 543 final.

⁽⁵⁶⁾ En el ámbito del Séptimo Programa Marco las sanciones son las exclusiones del propuesta (art. 15 párrafo 2, del Reg. 1906/2006) o la resolución del contrato con la Comisión (art. II.38, párrafo 1, Grant Agreement).

⁽⁵⁷⁾ Tribunal de justicia 14 de enero de 2004, C-36/02, *Omega*, en Rec. 2004, p. I-9609.

⁽⁵⁸⁾ PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 145.

contratos «*plurisoggettivi con comunione di scopo*» (arts. 1420, 1446, 1459, 1466, *codice civile*).

Por el contrario, las fuentes legales de la Unión Europea del último período hacen continuas referencias a los contratos que rigen la colaboración entre universidades, empresas, organismos públicos y otras entidades de iniciativas de investigación, educación y formación. Estos acuerdos se conocen con diferentes nombres: *Consortium Agreements* (art. del Reglamento n. 1906/2006), *Partnership Agreements*, las agrupaciones de operadores económicos que presenten ofertas para la contratación pública (párrafo 8 del art. 1 de la Directiva 2004/18/CE) y en general las colaboraciones público-privadas (CPP)⁽⁵⁹⁾; *Clusters* y otros «*business networks*», las Plataformas Tecnológicas Europeas (*European Technology Platforms*, ETPs)⁽⁶⁰⁾, las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (*Joint Technology Initiatives*, JTIs)⁽⁶¹⁾, *Joint Research*

Units⁽⁶²⁾, etc.⁽⁶³⁾.

Las fuentes legales de la Unión Europea consideran los acuerdos de cooperación como los principales instrumentos para poner en práctica las políticas comunitarias: en el marco del Proceso de Bolonia, esos acuerdos ponen en marcha el Espacio Europeo de Educación Superior, establecen los títulos conjuntos y el reconocimiento de periodos de formación (por medio ECTS); los acuerdos de cooperación se consideran para la transferencia de tecnología entre universidades, instituciones de investigación y empresas⁽⁶⁴⁾; mediante la colaboración es posible llevar a cabo las políticas de la Unión Europea (investigación, la innovación, la cultura, la cohesión social, la protección del medio ambiente, etc.), sin entrar en conflicto con otras disciplinas de la Unión Europea como la competencia entre empresas.

Como se ha dicho en el caso del carácter de «apertura», la colaboración entre actores no sólo es posible y oportuna, sino es necesaria

⁽⁵⁹⁾ Comunicación de la Comisión, «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)», COM (2009) 615 final, 19 de Noviembre de 2009.

⁽⁶⁰⁾ Por el Anexo 1 a la Decisión n. 1982/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 (*vid.* el párrafo 30 del preámbulo y el art. 6, párrafo 1) las ETPs son creadas «en ámbitos en los que la competitividad, el crecimiento económico y el bienestar de Europa dependen de que se hagan progresos tecnológicos y científicos importantes a medio y largo plazo». En las ETPs «se agrupan todos los interesados, dirigidos por representantes de la industria, para decidir y aplicar un plan estratégico de investigación». También las ETPs «pueden desempeñar un papel importante para facilitar y organizar la participación de la industria, incluidas las PYME, en proyectos de investigación relacionados con sus ámbitos específicos». Véase también el documento de la Comisión, «Report on European Technology Platforms and Joint Technology Initiatives: Fostering Public-Private R&D Partnerships to Boost Europe's Industrial Competitiveness, Staff working document», de 10 de junio de 2005, SEC (2005) 800.

⁽⁶¹⁾ El Anexo de la Decisión n. 1982/2006 establece que: «En un número muy limitado de casos, la envergadura de un objetivo de IDT y la escala de los recursos necesarios podrían justificar la constitución de una asociación público-privada a largo plazo en forma de iniciativa tecnológica conjunta. Estas iniciativas, que serán principalmente el resultado del trabajo de las plataformas tecnológicas europeas y que cubrirán un

aspecto o un reducido número de aspectos determinados de la investigación en un campo dado, combinarán inversiones del sector privado y financiación pública europea y nacional, incluidas subvenciones del Séptimo Programa Marco y préstamos y garantías del Banco Europeo de Inversiones». Las IDT se pueden constituir como Impresas Comunes según el art. 187 del Tratado FUE.

⁽⁶²⁾ Las Joint Research Unit, previstas por los documentos del Séptimo Programa Marco hace referencia a la experiencia francesa de las *Unité Mixte de Recherche* (UMR) (*article 2, Décret n. 82-993, 24 november 1982, y the Décision n. 920520SOSI, 24-7-1992*, que se refiere a la «*organisation et fonctionnement des structures opérationnelles de recherche*».

⁽⁶³⁾ Según el art. 13, párrafo 1.a, de la Decisión n. 1639/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2006 por la que se establece un programa marco para la innovación y la competitividad (2007-2013), las acciones relativas a la innovación podrán consistir en «promover la innovación sectorial, las agrupaciones, las redes de innovación, las asociaciones entre los sectores público y privado en materia de innovación y la cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes, así como la gestión de la innovación».

⁽⁶⁴⁾ Véase la Recomendación de la Comisión de 10 de abril de 2008 sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación (2008/416/CE).

para dar forma a la Europa del conocimiento. Aún en este caso, los objetivos de la Sociedad del Conocimiento necesitan eliminar las restricciones legales y reglamentarias que limitan la participación a los acuerdos de cooperación.

4.4. Materialidad vs. Inmaterialidad. El enfoque patrimonial del derecho privado tradicional es también evidente en el «principio de materialidad».

El *Codice civile* italiano - pero lo mismo sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos - define los «bienes» como «cosas que pueden ser objeto de derechos» (art. 810 del *codice civile*; véase el art. 747 código civil del Distrito Federal; art. 333 código civil español), destacando así la naturaleza material del concepto. La materialidad está en el centro de la distinción entre bienes inmuebles (por lo general todos los bienes que de manera natural o artificial están contruados en el suelo, véase el art. 812, apartado 1, *codice civile*; véase también los arts. 750 ss. código civil Distrito Federal) y los bienes muebles (que son todos los demás bienes, véase el art. 812, apartado 3, *codice civile*; arts. 752 ss. código civil Distrito Federal). Por otra parte, la materialidad es la base para la definición de la propiedad (el derecho de disfrutar y de uso de los bienes, véase el art. 832, apartado 1, *codice civile*) y de otros derechos reales. La materialidad inspira las disposiciones relativas a la adquisición de la propiedad, la posesión (el poder sobre una cosa, de acuerdo con el art. 1140 *codice civile*; véase art. 790 código civil Distrito Federal), las acciones para salvaguardar la posesión y así sucesivamente.

El Código italiano de 1942 ofrece algunas excepciones tímidas al principio de la materialidad, por ejemplo, cuando se refiere a «las energías naturales», calificadas como bienes muebles (art. 814 *codice civile*), a los títulos de crédito, al derecho de autor y a las patentes. Sin embargo cuando se habla de dichos derechos se evitan términos como «bienes» o «propiedad».

Asimismo la disciplina de los títulos de crédito en el derecho se basa en la materialidad del documento, en el cual los derechos están

«incorporados». El nacimiento, la transferencia (por ejemplo, mediante la aprobación) y todos los eventos que se refieren a los títulos tenían una relevancia jurídica sólo si están relacionados con el documento físico.

La legislación de la Unión Europea ha reducido la importancia del principio de la «materialidad» que caracteriza el tradicional derecho privado interno⁽⁶⁵⁾.

Sin las precauciones de los sistemas jurídicos nacionales, los textos de la Unión Europea se refieren claramente a la «propiedad intelectual»⁽⁶⁶⁾ sobre los resultados de la investigación, innovación y otras actividades creativas⁽⁶⁷⁾.

Los textos legislativos de la Unión Europea establecen la disciplina de los bienes inmateriales que en el pasado eran regulados sólo por el derecho interno⁽⁶⁸⁾. Éste es el caso de

⁽⁶⁵⁾ En el Derecho romano hubo un gran interés sobre el tema de los bienes inmateriales. *Gaius* decía que «*Praeterea quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales*» (*Gai Institutiones*, 2 12).

⁽⁶⁶⁾ Véase el punto 3 del preámbulo de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; el art. 1.g del Reg. n. 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología; la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

⁽⁶⁷⁾ Puntos 2 y 3 del preámbulo de la Directiva 2004/48/CE citada.

⁽⁶⁸⁾ Conforme a la Declaración 2005/295/CE de la Comisión sobre el art. 2 de la Directiva 2004/48/CE los derechos de propiedad intelectual incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual son los siguientes: los derechos de autor; los derechos afines a los derechos de autor; el derecho sui generis del fabricante de las bases de datos; los derechos de los creadores de las topografías de los productos semiconductores; los derechos conferidos por las marcas registradas; los derechos de los dibujos y modelos; los derechos de patentes, incluidos los derechos derivados de los certificados complementarios de protección; las indicaciones geográficas; os derechos de modelo de utilidad; los derechos relativos a las obtenciones vegetales; los nombres comerciales, siempre que estén protegidos como derechos exclusivos de propiedad en la legislación nacional pertinente.

la marca comunitaria⁽⁶⁹⁾, de los modelos⁽⁷⁰⁾, de las obtenciones vegetales⁽⁷¹⁾, de las topografías de productos semiconductores⁽⁷²⁾, de los productos fitosanitarios⁽⁷³⁾, de los derechos de autor⁽⁷⁴⁾, etc. Además, la legislación de la Unión Europea establece nuevos tipos de bienes, como las invenciones biotecnológicas⁽⁷⁵⁾, el *software*⁽⁷⁶⁾ y las bases de datos⁽⁷⁷⁾, «la información» (art. 2, nn. 4 y 5, del Regl. n. 1906/2006).

La inmaterialidad no sólo influye en la definición de los bienes, sino también la disciplina de los contratos. De hecho, las fuentes legales de la Unión Europea regulan los conceptos como el de «acuerdo de investigación y desarrollo», «acuerdo de transferencia de tecnología» [art. 1, Regl. (CE) n. 772/2004], licencias y otros derechos relacionados con los derechos de autor (la Directiva 92 / 100/ CEE, de 19 de noviembre de 1992).

⁽⁶⁹⁾ Reg. (CE) n. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria.

⁽⁷⁰⁾ Reg. (CE) n. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre, de 2001 sobre los diseños o modelos comunitarios; Decisión 2006/954/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro internacional de dibujos y modelos industriales, adoptada en Ginebra el 2 de julio de 1999; Reg. (CE) n. 2245/2002 de la Comisión, de 21 de octubre de 2002, de ejecución del Reg. (CE) n. 6/2002 del Consejo sobre los dibujos y modelos comunitarios.

⁽⁷¹⁾ Reg. (CE) n. 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales.

⁽⁷²⁾ Directiva 87/54/CEE del Consejo de 16 de diciembre de 1986 sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

⁽⁷³⁾ Reg. (CE) n. 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios.

⁽⁷⁴⁾ Véase la Directiva 2001/29/CE citada arriba.

⁽⁷⁵⁾ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

⁽⁷⁶⁾ Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁽⁷⁷⁾ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Cuando las fuentes legales de la Unión Europea regulan la materia de los contratos tienen un enfoque específico en cuanto en el uso de tecnologías de la información y la comunicación.

Un marco jurídico general del uso de dichas tecnologías en los contratos está establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, la Directiva sobre el comercio electrónico. Muchas otras disposiciones se refieren a aspectos particulares de la relaciones contractuales como la firma electrónica⁽⁷⁸⁾, servicios electrónicos de pagos⁽⁷⁹⁾, la seguridad y la lucha contra el fraude⁽⁸⁰⁾, el «comercio online»⁽⁸¹⁾, el uso de instrumentos electrónicos en la contratación pública y en las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas⁽⁸²⁾, el «eGovernment»⁽⁸³⁾. Al mismo

⁽⁷⁸⁾ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco común para la firma electrónica.

⁽⁷⁹⁾ *Vid.*, por ejemplo: Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE; Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades; 97/489/CE: Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos

⁽⁸⁰⁾ Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.

⁽⁸¹⁾ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁽⁸²⁾ *Vid.* punto 12 y ss. de la Directiva 2004/18/CE.

⁽⁸³⁾ Según la Comunicación de la Comisión «The Role of eGovernment for Europe's future», COM (2003) 567 final, de 26 de septiembre de 2003 por *eGovernment* se considera «the use of information and communication technologies in public administrations combined with organisational change and new skills in order to improve public services and democratic processes and strengthen support to public policies».

tiempo, los textos de la Unión Europea toman en consideración las nuevas formas de uso de bienes inmateriales⁽⁸⁴⁾, no sólo sobre la base de la propiedad (Software Libre, Open Source, Creative Commons, etc.), pero también aplicadas por el acceso temporal⁽⁸⁵⁾ y también en la colaboración sin intercambio⁽⁸⁶⁾.

5. Del derecho del mercado a el derecho del conocimiento. Los textos legales demuestran que el sistema jurídico de la Unión Europea en la época del conocimiento se basa en el resultado principal de la integración europea: el mercado interior.

El establecimiento del mercado interior ya puso en crisis los principios tradicionales del derecho civil.

En efecto, este mercado interior no es un contexto exclusivamente económico, sino un sistema legal, según la jurisprudencia del Tribunal de justicia desde la sentencia *Van Gend en Loos*⁽⁸⁷⁾ y *Costa contra Enel*⁽⁸⁸⁾.

Ese sistema legal regla no sólo las materias económicas, sino también los intereses no patrimoniales de las personas.

Ya las libertades concedidas por el mercado interior han necesitado reglar los aspectos no económicos de la vida de las personas, como la educación y la formación, el reconocimiento de diplomas, la aplicación de los regímenes sociales y de salud, la disciplina de pensiones. Sin embargo, el concepto del conocimiento

es capaz de transformar más profundamente el sistema jurídico de la Unión Europea.

Hay varios aspectos de la integración en el conocimiento que no pueden reducirse a la idea de un mercado interior, es decir, la investigación, la educación o la innovación no pueden ser considerados como la producción de bienes y servicios. Las fuentes legales de la Unión Europea tienen en cuenta los aspectos del conocimiento que no pueden ser relacionados con los intereses económicos, esto es las cuestiones éticas y el respeto de los derechos fundamentales, por mencionar algunas.

Las normas de la Unión Europea no sólo crean un mercado de nuevos mercancías con características específicas.

Los bienes de la Sociedad del Conocimiento son diferentes de los representados en los códigos civiles, a diferencia de estos, los nuevos bienes pueden ser utilizados al mismo tiempo por muchos usuarios ya que pueden ser traducidos en símbolos; pueden ser reproducidos infinitamente, etc. Esas características imponen a adaptar o a modificar las reglas que disciplinan los bienes materiales.

No obstante dentro de un sistema legal basado en el conocimiento es necesario cambiar también la perspectiva misma de la reglamentación.

Los bienes no representan sólo productos objetos de los derechos patrimoniales.

El caso del concepto de «información» parece bastante claro. La legislación de la Unión Europea considera la información como un bien, pero al mismo tiempo es un derecho de las partes en las relaciones económicas (por lo que se refiere a los consumidores⁽⁸⁹⁾, traba-

⁽⁸⁴⁾ Punto n. 5 de la Directiva 2001/29/CE.

⁽⁸⁵⁾ RIFKIN, *The Age Of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, Tarcher-Penguin, 2001, que se refiere al tránsito de la edad de la propiedad hacia a la del acceso.

⁽⁸⁶⁾ El art. II.1 del Acuerdo de Subvención del Séptimo Programa Marco prevé que los «derechos de acceso»: son «las licencias y derechos de uso referentes a los conocimientos previos o los adquiridos durante el proyecto». Véase también la Recomendación de la Comisión de 10 de abril de 2008 sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación.

⁽⁸⁷⁾ Tribunal de justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen*, en *Rec.* 1963, p. 3.

⁽⁸⁸⁾ Tribunal de justicia, 15 de julio de 1964, 6/64, *Costa v. ENEL*, en *Rec.* 1964, p. 1141.

⁽⁸⁹⁾ Art. 169, párrafo 1, Tratado FUE sobre el derecho de lo consumidores a ser informados. En la legislación de la Unión Europea, véase, por ejemplo, la Directiva 2008/122/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; *vid.* también Directiva 2000/13/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 20 de marzo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

jadores⁽⁹⁰⁾, accionistas⁽⁹¹⁾, etc.) o sea un derecho fundamental de las personas (véase el art. 11 Carta de la Unión Europea). Además, el poder de recoger información (personal, genética, economía) puede perjudicar los de-

⁽⁹⁰⁾ Art. 27 de la Carta Unión Europea.

⁽⁹¹⁾ Véase el sistema de las informaciones con el fin de proteger los socios, desde la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del art. 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

más de los derechos fundamentales, como surge de la ley relativa a la «privacy» o de los principios bioéticos.

Por lo tanto, el mercado comunitario se convierte simplemente en una dimensión (aunque importante) del espacio jurídico de la Unión Europea en la época del conocimiento. El espacio jurídico comunitario es un sistema legal más complejo y que incluye varios aspectos no económicos.

Roberto Cippitani

Soft Law

Bibliografía: DEL TORO HUERTA, *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 6, México, 2006; PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996; REUVEN, *International Tax as International Law: an analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, 2007; SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004; TEUBNER, *Autopoietic Law: A new approach to Law and Society*, Berlin, 1988; THORSTEN KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, en VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006; TRUBEK et al., *Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, en *European Law Journal*, vol. 11, n. 3, Mayo de 2005; TRUBEK et al., *Soft Law, Hard Law and EU Integration*, en DE BÜRCA, GRAÏNE et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, United Kingdom, 2005.

Los tiempos turbulentos que vive actualmente la *sociedad mundial-red*, corresponden a los de la materialización física de las consecuencias de la Modernidad, visibles gracias a los revolucionarios avances tecnológicos, al cambio climático extremo, a la contami-

nación y merma de nuestros ecosistemas, al riesgo latente de nuestra extinción como especie y a nuestra incesante aspiración hacia el bienestar universal e individual.

Una de estas consecuencias, ha sido el surgimiento, desarrollo y cimentación en los sistemas jurídicos mundiales del *Soft Law*, denominado en el idioma Español como *Derecho blando*, *Derecho suave*, *Derecho flexible* o *pre-Derecho*.

Este fenómeno jurídico, comenzó a ganar terreno principalmente en el ámbito del Derecho Internacional desde su introducción por Lord McNair⁽¹⁾. Sin embargo, aunque en un inicio el objetivo del *Soft Law* era la descripción de enunciados formulados como principios abstractos que posteriormente se volvían operativos a través de su aplicación judicial, actualmente los instrumentos que lo constituyen «reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional en pro de una in-

⁽¹⁾ Cfr. DEL TORO HUERTA, *El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, 2006, vol. 6., p. 518-520.

terrelación, interdependencia y globalización (...), con el propósito de promover acciones en materias de interés general y novedosas entre la comunidad internacional, en los que se dificulta llegar a un acuerdo obligatorio entre los Estados (*hard law*)»⁽²⁾.

La eficacia de la *Soft Law* radica principalmente, en la *buena fe y disposición a actuar conforme a lo prometido*, de quien cumple tales disposiciones. Hecho que lo convierte en el cimiento idóneo para la futura elaboración de tratados, contratos y normas internacionales, transnacionales y globales, con efectos jurídicos frente a la comunidad internacional. Ahora bien, la eficacia de estos efectos jurídicos siempre dependerá del grado de compromiso, la precisión de las cláusulas y la delegación de facultades otorgadas a los actores internacionales diversos como organismos internacionales públicos, privados, lucrativos, no lucrativos, para su supervisión, implementación y acompañamiento en la ejecución y cumplimiento de metas.

Tal y como hemos referido con antelación, en sus orígenes el *Soft Law*, fue un concepto del Derecho convencional, cuya relevancia se ha ido acrecentando dentro de la gobernanza multilateral mundial, como sucedió en la reciente aparición de un nuevo e importante sistema normativo, aunque no obligatorio en la Unión Europea.

El Método de Coordinación Abierto (OMC por sus siglas en inglés Open Method of Co-ordination)⁽³⁾, que proveía sanciones no formales para los estados miembros, sin seguir directrices y que fue denominado como un tipo o clase de *Soft Law*, concebido en la Estrategia Europea de Empleo⁽⁴⁾, cuya pri-

mera aplicación fue el despegue para que se utilizara en otras áreas como las políticas comunitarias de inclusión social y de pensiones. La utilización de esta nueva clase de normas suaves, partió del método clásico comunitario en la aprobación de las propuestas de Directivas, las cuales inicialmente eran formuladas por los tecnócratas en la Comisión Europea y aprobadas por el Consejo Europeo con una participación del Parlamento Europeo. Pues hoy en día algunas Directivas han sido concebidas mediante una vía neocorporativa denominada «Dialogo Social», en la que se permite la participación de organizaciones representantes de las fuerzas laborales y empresariales a nivel comunitario en la preparación de tales Directivas para su aprobación en el Consejo.

Una vez incorporadas las reglas uniformes previstas en las Directivas dentro de la legislación nacional de cada Estado, crearon aunque sea teóricamente, un área de Derecho relativamente armonizada dentro de la Unión Europea, surgiendo también algunos problemas.

Esta problemática, en principio atribuible a la incidencia de las normas armonizantes en áreas de exclusiva competencia para cada nación y a la creación de nuevas normas en áreas desconocidas y de difícil solución para los expertos, fue el motivo que llevó a la Unión Europea, a buscar soluciones idóneas para eliminar estos obstáculos.

Para tal efecto, y considerando el engorroso y dilatado procedimiento de aprobación de las Directivas y aún más el procedimiento de corrección, buscó establecer metas comunes y no insistir en medidas uniformes, para ser cumplidas por cada estado miembro y así asegurar una fácil y rápida revisión de las normas y objetivos trabados⁽⁵⁾, mediante la utilización del Método de Coordinación Abierto, caracterizado principalmente por: «Definiciones conjuntas entre los estados miembros de los objetivos iniciales (generales y específicos), indicadores y en algunos casos directrices o pautas a seguir; Reportes nacionales o planes de acción que califica-

⁽²⁾ *Ídem*, p. 538.

⁽³⁾ También denominado «gobierno suave». Cfr. TRUBEK et al., *Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, en *European Law Journal*, vol. 11, n. 3, mayo de 2005, p. 343.

⁽⁴⁾ Estrategia concebida en 1990 cuando la preocupación sobre el desempleo era grande y la Unión Europea se preparaba para el lanzamiento de su moneda Única, el Euro, por lo cual se decidió en el seno de sus Instituciones europeizar la política de empleo que con anterioridad había sido una política de exclusiva competencia nacional. *Ídem*, p. 348.

⁽⁵⁾ *Ídem*, p. 347.

ban el desempeño a la luz de los objetivos y tiempos, proponiendo reformas acordes; Revisión meticulosa de estos planes, incluyendo críticas mutuas e intercambio de buenas prácticas, seguida de recomendaciones en algunos casos; Reelaboración de planes individuales y por lo menos en cortos periodos de tiempo, ampliando los objetivos y metas a la luz de la experiencia ganada en su propia implementación»⁽⁶⁾.

El calificativo de *Soft Law* en la Unión Europea, no sólo se atribuye a Estrategias Europeas, sino también a instrumentos comunitarios denominados: recomendaciones, noticias, resoluciones, conclusiones, pautas o directrices, declaraciones, programas, códigos de prácticas. A pesar de que todos estos instrumentos normativos no son obligatorios ni tienen consecuencias legales, su eficacia radica principalmente en que mediante ellos, se establecen los objetivos en las políticas sobre áreas diversas del Derecho Comunitario. La adopción y aplicación de tales instrumentos en el plano europeo, ha sido considerada por su contribución al suministro de directrices en la aplicación eficaz del TCE, al ser auxiliar en la eliminación de los obstáculos al mercado interno, además de señalar los problemas legales potenciales y las posibles soluciones para así evitar conflictos normativos o controversias judiciales y ser una vía que fomente el desarrollo de nuevas y futuras reglas fiscales.

Si bien es cierto, el término *Soft Law* fue desarrollado en el contexto de la Doctrina Legal Internacional, también lo es que fue descubierto por el Derecho Comunitario a principios de la década de 1980, comenzando su utilización en la gobernanza jurídica europea como un instrumento con particular significado y status legal.

El vocablo de *Soft Law* es un concepto amplio, definirlo resulta una tarea difícil ya que las propuestas por algunos autores son vagas o muy elaboradas y complejas. Sin embargo Linda Senden⁽⁷⁾ señala que una efec-

tiva definición del *Soft Law* debe contener 3 elementos: **1)** Referirse a reglas de conducta u obligaciones; **2)** La existencia de un acuerdo sobre el hecho de que tales reglas serán establecidas en instrumentos que no tienen obligatoriedad ni efectos de fuerza jurídica (coercibilidad); **3)** Que dicha reglas tengan como objetivo algunos efectos prácticos o influencias en la conducta; efectos que dependerán de otros factores.

Es decir, Senden⁽⁸⁾ logra definir al *Soft Law* como: Reglas de conducta que son establecidas en instrumentos que no han sido dotados de fuerza legalmente obligatoria como tal, pero que sin embargo podrían tener efectos de certeza legal indirecta, y estar dirigidos a producir efectos prácticos.

Estas reglas de conducta que constituyen al *Soft Law*, cumplen 3 funciones principales⁽⁹⁾ a saber: **1. Función de pre-legal:** la cual puede ser entendida en dos diversas formas: a) Puede ser considerada para referirse al hecho de que un instrumento particular es adoptado con vista a la elaboración y preparación de futura legislación y Política Comunitaria; b) Puede entenderse en el sentido de que los actos de *Soft Law* preparen el camino a la adopción de legislación en un futuro, al facilitar la subsecuente adopción de legislación al proporcionar o incrementar las bases sobre las cuales se cimentaran las normas de tales ordenamientos legales. **2. Función pos-legal:** aplicada a los instrumentos que son adoptados subsecuentemente para existir en el Derecho Comunitario con miras a ser suplementos y soporte del Derecho originario y derivado de la Unión Europea. **3. Función para-legal:** Referida a su uso como una alternativa a la legislación, pues en ocasiones el *Soft Law* está dirigido solo para servir como un alternativa temporal o en ocasiones permanente a la legislación y en algún momento ser reemplazada por la legislación de la que puede ser su conducto previo.

El *Soft Law* se caracteriza según David

⁽⁶⁾ *Idem*, p. 348.

⁽⁷⁾ SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 112.

⁽⁸⁾ *Idem*.

⁽⁹⁾ *Idem*, pp. 119-120.

Trubek ⁽¹⁰⁾ por implicar en su implementación: a) *Menores costos de contratación*: En virtud de que la creación de casi cualquier acuerdo abarca costos de negociación o contratación y aprendizaje; y por tanto las normas no obligatorias del *Soft Law* disminuyen las confrontaciones de las partes envueltas en la negociación. b) *Bajos costos de soberanía*: Los acuerdos legalmente obligatorios implican costos a los estados miembros como diferencias en consecuencias sobre asuntos particulares, la pérdida de autoridad en la toma de decisiones en un asunto del área que les compete y la disminución de su soberanía, por lo que el *Soft Law* les permite promover la cooperación en la resolución de los asuntos en conflicto, preservando su soberanía. c) *Enfrentamiento y solución a la diversidad*: Pues el *Soft Law* permite a los estados, adoptar sus responsabilidades según sus situaciones particulares, tratando de adecuar las circunstancias divergentes nacionales dentro de un único texto, con la utilización de un lenguaje suave como «medidas apropiadas» o «mejores esfuerzos». Rompiendo así un punto muerto en negociaciones, en las que las disparidades en riqueza, poder e intereses hacen imposibles la culminación de acuerdos obligatorios. d) *Flexibilidad*: La ausencia de rigidez en los

instrumentos del *Soft Law* permite la renegociación o modificación de los acuerdos en casos de circunstancias de modo y tiempo, ya que se toman en cuenta sistemas legales diversos, mejorándose así la incertidumbre, ya que la flexibilidad es una atribución característica del fenómeno globalizador y el avance tecnológico. e) *Simplicidad y velocidad*: El uso del *Soft Law* obedece en ocasiones al deseo de evitar promesas formales y visibles de los Estados como la ratificación y demás procedimientos nacionales dilatorios y torpes para la reforma de las normas obligatorias como los Tratados. f) *Participación*: El *Soft Law* permite la participación e integración de todas las partes interesadas en el proceso de elaboración transnacional del Derecho, permitiéndose con dicha apertura una participación más activa de actores que no son estados como organizaciones no gubernamentales, sindicatos, fundaciones y asociaciones civiles, etc. Fomentándose así la transparencia y mejoramiento de la agenda establecida, así como la difusión del conocimiento. g) *Gradualismo legal* ⁽¹¹⁾: Las normas de *Soft Law* pueden representar el primer paso hacia el camino de acuerdos legalmente obligatorios y con efectos jurídicos o Legislación.

La existencia de innumerables instrumentos jurídicos *obligatorios* y no obligatorios (*Soft Law*), producto de un exceso de papeleo y burocracia existente en la Unión Europea, la rapidez de los progresos tecnológicos, así como la apertura y expansión de los mercados globales, han llevado a revisar y adaptar las leyes que ayuden al bloque europeo a una mejor adecuación al mundo actual en evolución.

Por ello en el año 2005, la Comisión Europea lanzó el plan denominado *Plan de Legislar Mejor* ⁽¹²⁾, el cual partió de examinar nuevas

⁽¹⁰⁾ Trubek, jurista estadounidense quien a finales de los 60's y principios de los 70's impartía cátedra en la Facultad de Derecho de Yale, y fue despedido junto con otros 6 profesores: Duncan Kennedy, Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec y Larry Simon, conocidos posteriormente como la mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el exilio, en razón de que su expulsión fue vista como una purga de disidentes políticos e intelectuales, pues al mostrar desinterés en lo jurídico e interés en la sociología cuestiones de ideología y Derecho, enfocadas de forma compatible con la tendencia progresista el ala izquierda del Law & Society Movement, contrariaron el *establishment* del realismo jurídico vigente en la Universidad, al escribir críticas que confrontaban el realismo jurídico con la teoría social clásica en la enseñanza e investigación tradicional dominante en las facultades de Derecho, abriéndose así un diálogo crítico sobre presupuestos tocantes al paradigma del Derecho, engendrándose así los Critical Legal Studies con la celebración de la Conferencia titulada Conference on Critical Legal Studies en Madison (Wisconsin) en mayo de 1977, cfr. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996, p. 25 ss.

⁽¹¹⁾ TRUBEK, *Soft Law, Hard Law and EU Integration*, en DE BURCA, GRÁINE et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, United Kingdom, 2005, pp. 73-74.

⁽¹²⁾ El cual ha sido monitoreado por la Comisión, quien mediante Comunicación dirigida al Parlamento y Consejo Europeos, así como al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones de

iniciativas, propuestas en fase de negociación y legislación ya publicada. Asimismo, dicho plan ha introducido un sistema para evaluar el impacto y mejorar el diseño de las propuestas importantes de la Comisión (*Soft Law*). Además ha establecido los mecanismos para simplificar la legislación existente, comprobar y analizar la viabilidad o retiro de las propuestas de legislación, así como para estudiar las alternativas a leyes, reglamentos y directivas, que representan los instrumentos flexibles no vinculantes que contiene el *Soft Law*.

Pero actualmente, el *Soft Law* se utiliza no sólo en la Unión Europea, sino en varios instrumentos internacionales, transnacionales y globales en materia de Derechos Humanos, aunque muchas veces de manera disfrazada u oculta por miles de organizaciones internacionales globales, tanto públicas como privadas, para la consecución de las metas y objetivos particulares que éstos últimos persiguen.

Algunos ejemplos de estos instrumentos en el ámbito internacional son los Objetivos del Milenio de la ONU, las metas de seguridad contenidas en el ASPAN, los códigos laborales, los códigos de eficiencia económica, las guías de seguridad social y empresarial.

Los instrumentos de *Soft Law* en materia de Derechos Humanos son benéficos, pues van empujando hacia un cosmopolitismo global, una mayor justicia y ética mundial. Pero al igual que los instrumentos similares en materia financiera, económica, laboral, de energía, políticos, y responsabilidad social, entre otros, son la mayoría de las veces empleados de manera disfrazada, al no tomar en cuenta en su implementación y cumplimiento, la la voz directa - la cual, alimenta el sistema global económico - de cada uno de los individuos integrantes de las sociedades nacionales, ejercida mediante sufragio efectivo en dentro de las fronteras territoriales de cada Estado-nación. Estados, que desde su origen han pretendido normar el comportamiento

de cada uno de los individuos que conforman su población, mediante las normas de su Derecho Nacional⁽¹³⁾.

Las disposiciones de *Soft Law* pueden entonces, ser una de las etapas evolutivas del derecho⁽¹⁴⁾, que conducen a *normas multi-nivel* definidas como: «(...) normas no restringidas a nivel estatal, que aparecen en (...) los casos de cooperación supra-nacional e internacional, como parte de un sistema multi-nivel, válido para todas las asociaciones políticas con una estructura policéntrica de poder, que prohíbe la discriminación»⁽¹⁵⁾.

Normas multi-nivel que forjan una unión entre los sistemas legales (*hard-law*), a fin de unificar normas a nivel transnacional, en cuya elaboración, ejecución y eficacia, cada país pierde su rol práctico. Hecho que ya ocurrió en el ámbito fiscal internacional, con el nacimiento de un Régimen de Derecho Fiscal Internacional coherente, a través de la red de tratados fiscales celebrados y validados en las leyes nacionales y constituciones que los reconocen como obligatorios para las partes signantes⁽¹⁶⁾.

Finalmente, si consideramos que la evolución del derecho es dinámica y el *Soft Law* una etapa evolutiva materializada, entonces debemos puntualizar que de entre los fines del *Soft Law*, se encuentran: el fungir como una normatividad que prepara las futuras disposiciones de *hard law*; el ser reglas de interpretación que deben adoptarse para restablecer o resumir la interpretación de

⁽¹³⁾ Derecho propio de cada pueblo, originado de actos simbólicos que exteriorizaban los sentimientos de la colectividad, cuya evolución, perfeccionamiento y estancamiento dependía paralelamente del pueblo al que normaba.

⁽¹⁴⁾ A finales del siglo XX comenzó un cambio de dirección en el Derecho que ha conducido al reemplazo del concepto de regulación por el de evolución, según las propias palabras de Gunther Teubner, cfr. TEUBNER, *Autopoietic Law: A new approach to Law and Society*, Berlin, 1988, p. 216.

⁽¹⁵⁾ Cfr. THORSTEN KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, en VON BOGDANDY, ARMIN, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, p. 562.

⁽¹⁶⁾ Cfr. REUVEN, *International Tax as International Law: an analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, 2007, pp. 1-3.

fecha 12 de febrero de 2008, informó sobre el estado y avance de dicha mejora regulatoria legislativa. Programa que a su vez representa la eliminación de antinomias originadas en la oposición de diversos instrumentos europeos y la multiplicidad de normas innecesarias.

normas *hard law*, en cuanto a su implementación, discrecionalidad y eficacia; el fungir como códigos de conducta, práctica o guía, que establecen mayores efectos a los objetivos y políticas que implementan las propias normas de *hard law* para establecer una mayor cooperación y resolver las colisiones

normativas (antinomias) que surgen en todo sistema jurídico nacional y aún en el internacional, principalmente en aras de un cosmopolitismo universal de respeto a los Derechos Humanos.

Noemí Campos Becerra

Solidaridad

Bibliografía: ARIÑO (edic.), *Diccionario de la solidaridad, Cuadernos de solidaridad n. 2*, Valencia, 2003; BALDWIN, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State 1875-1975*, Cambridge, 2003; CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia-Roma, 2010; GIUFFRÉ, *La Solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; PECES-BARBA MARTINEZ et al., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVII, vol. I, *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, 2001; RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, reimpr. 2011; STEJERNØ, *Solidarity in Europe. The History of an Idea*, Cambridge, 2005; VIDAL Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español, Cuadernos de solidaridad n. 1*, Valencia, 2002.

1. Solidaridad como pertenencia y solidaridad como protección de las personas débiles. La palabra «solidaridad» tiene una historia relativamente reciente, tanto en el discurso jurídico como en otros ámbitos. El derecho romano, mediante la definición de obligación solidaria («*in solidum*») utiliza un primer sentido de la solidaridad como un conjunto de deberes que derivan de la pertenencia a un grupo⁽¹⁾.

Este concepto específico y técnico de la solidaridad ofrece mucho más tarde, en el siglo XVIII⁽²⁾, la metáfora con la que se puede hablar de organismo, en primer lugar en el sentido de la fisiología y, en segundo lugar, en el sentido social⁽³⁾. Cuando se habla de la solidaridad como vínculo social se considera su naturaleza contractual (el «contrato social» de Rousseau). En particular, gracias al trabajo de Bourgeois⁽⁴⁾, se destaca su relación «*casi-contractual*», debido al hecho de que la solidaridad no es siempre una ex-

stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singulis in solidum tenetur. in utraque tamen obligatione una res vertitur». Véase PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 1991, p. 519 ss.; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962, p. 152 ss.

⁽²⁾ Vid. en *Encyclopédie de Diderot y D'Alembert (Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers; mis en ordre et publié par M. [Denis] Diderot, et quant à la partie mathématique, par M. [Jean Le Rond] d'Alembert, Briasson (Paris), 1751-1765)*, voces como: «*solidaire*», «*solidairement*» y «*solidarité*».

⁽³⁾ CHARLOT, *Solidarité*, en *La Grande encyclopédie: inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts. / par une société de savants et de gens de lettres*, en BERTHELOT, HARTWIG DERENBOURG, CAMILLE DREYFUS, GIRY et al. (edic.), Paris, 1885-1902, que opina que la solidaridad es una ley necesaria que gobierna los organismo y otros sistemas naturales.

⁽⁴⁾ Entre las obras de Léon Bougeois, véase *La solidarité*, 5ª ed., Paris, 1906, p. 115 ss.

⁽¹⁾ Las *Institutiones* de Justiniano, 3,16 se refieren a la solidaridad pasiva: «*ex huiusmodi obligationibus et*

presión de la voluntad de los individuos. Esta interpretación de la solidaridad, entendida como un vínculo de la pertenencia a una comunidad, que se convierte en la nación, aparece en el discurso jurídico moderno a través de la «*fraternité*» de la Revolución francesa (v. aun hoy el art. 2, pár. 3 de la Constitución de la Quinta República afirma que «*La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité*»).

En las fuentes jurídicas de aquel período la «*fraternité*» se representa con aspectos muy marginales (por ejemplo, con referencia a las fiestas nacionales para «*Conserver le souvenir de la Révolution française*», Constitución de 1791); donde prevalece la idea individualista de la amistad según la definición de las *Lois civiles* de Domat. Sólo más tarde se introdujeron verdaderos deberes legales derivantes de la adhesión del ciudadano a la comunidad: como el art. 6 de la Constitución 1793 que establecen el principio «No hagas a los demás, lo que no quieres que te hagan a ti», que se puede encontrar incluso en la Constitución del 22 de agosto de 1795, que en el art. 2, afirma: «Hagan siempre a los demás el bien que quien recibir». Per incluso con este sentido, la fraternidad desapareció, incluso en el Código civil de Napoleon. Solo la Constitución del 1848 vuelve considerarla como «principio», junto con la libertad y la equidad (punto IV del preámbulo).

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, la solidaridad, que hasta aquel periodo era una palabra casi completamente desconocida⁽⁵⁾, se convierte en un asunto muy común en los discursos políticos, ideológicos y religiosos. Esta juega un papel central en todos los proyectos de reforma de la sociedad, como demuestra los pensamientos marxista y social-reformista.

En este período, se afirma otro sentido de la solidaridad, el sentido «moderno»⁽⁶⁾. La

idea de la solidaridad «social», es decir, la protección de los miembros más débiles de la comunidad. Este concepto deriva de lo pertenencia, per es diferente porque pone la persona en el centro del discurso, en lugar del grupo.

Sin embargo, este sentido tiene sus orígenes en otros conceptos antiguos, de derivación religiosa o filosófica como la hospitalidad, la amistad, la *humanitas*, la *pietas*, la *clementia*.

Cabe añadir las expresiones del Evangelio como «*ágape*» (el cuidado del los demás)⁽⁷⁾, la «fraternidad» (es decir, el respeto los demás reconociendo la igualdad de todos los humanos)⁽⁸⁾ y, sobre todo, la «caridad» (el servicio para los demás)⁽⁹⁾.

Pero en la doctrina de la Iglesia sólo con la *Rerum Novarum* de León XIII, del 15 mayo de 1891, la caridad pasa de la perspectiva religiosa (considerando los temas del San Tomás)⁽¹⁰⁾ a la social. Por primera vez, la encíclica *Mater et Magistra*, de Juan XXIII de 1961, utiliza explícitamente el término «solidaridad».

En el siglo XIX la solidaridad social aparece en el discurso de las ciencias humanas, tales como la sociología y la economía (de los economistas de la «*Verein für socialpolitik*», la Asociación de la política social). Se afirma una verdadera «Doctrina de la solidaridad», que, como se indica en la voz «*solidarité*» de la *Grande Encyclopédie* (publicada entre 1886 y 1902) se puede considerar «*un ensemble d'études qui ont pour objet de*

⁽⁷⁾ BENEDICTO XVI, *Deus caritas est*, Litera encíclica, 2005, *vid.* sobre todo los párrafos 1 y 6.

⁽⁸⁾ GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 17.

⁽⁹⁾ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Notas para una elaboración de un concepto de solidaridad como principio político*, en *Sistema*, n. 101/1991, p. 126.

⁽¹⁰⁾ Como se ha observado: «*According to Thomas, man's inherent nature predispose him to live a social and communal life. Man is at once free and independent, but no human being is self-sufficient and all are destined to live their lives in community with others. Thomists concluded that individual freedom and feelings of community are values that should balance one another*» (STJERNØ, *Solidarity in Europe. The History of an Idea*, Cambridge, 2005, p. 64).

⁽⁵⁾ D'EICHTHAL, *La solidarité sociale et ses nouvelles formules*, en *La solidarité sociale*, Paris, 1903, p. 3.

⁽⁶⁾ PECES-BARBA MARTINEZ et al., *Historia de los Derechos fundamentales*, t. II, *Siglo XVII*, vol. I, *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, 2001, p. 211.

déterminer, suivant les procédés de la science, expérimentale et en vue de satisfaire à l'idée de justice, les conditions dans lesquelles doit fonctionner l'association humaine». De particular importancia es el pensamiento de los «solidaristas» franceses, que utilizan las ideas de la Revolución y el pensamiento del pauperismo de la primera mitad del siglo XIX pero con algunas acepciones nuevas. El solidarismo⁽¹¹⁾, que introduce la idea de los derechos sociales, deriva del «derecho económico» de Proudhon y se desarrolla por medio de León Duguit, Raymond Saleilles y Maurice Hauriou, influenciando el cooperativismo católico y socialista.

El debate político, ideológico, religioso, científico se refleja en el discurso jurídico. El primer campo de aplicación de las concepciones de la solidaridad es el derecho administrativo, llamado a desarrollar los instrumentos para construir los primeros sistemas de seguridad social y otras formas de protección (véase Heinrich Rosin; Georg Beseler y Otto Gierke utilizan el término «derecho social»; Hermann Roesler habló de un «derecho administrativo social»).

El derecho privado empieza ser leído en la perspectiva de la solidaridad, especialmente por el socialismo jurídico, en particular, por los autores Karl Renner (que habla de la función social de derecho privado)⁽¹²⁾ y Anton Menger⁽¹³⁾ que, en el debate sobre el nuevo código civil alemán, muestra cómo el derecho privado en Alemania y Austria, se desarrolla en relación del punto de vista de las clases acomodadas y afirma la necesidad de escribir un código civil no unilateral para mantener la paz social⁽¹⁴⁾.

(11) Sobre el tema del «solidarismo» v. LOSANO, *La questione sociale e il solidarismo francese: attualità di una dottrina antica*, in www.dircost.unito.it/.

(12) RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile*, Bologna, 1981.

(13) MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1890.

(14) VADALÀ PAPALE, *Per un codice privato-sociale*, en *Spedalieri*, fasc. I, 1891, p. 58 ss.; *Id.*, *Diritto privato e*

2. La solidaridad en las Constituciones. El momento central en la historia jurídica de la noción de solidaridad se puede individualizar en la segunda mitad del siglo XX, cuando las diferentes Constituciones empiezan incluir este término.

De hecho las Constituciones ponen en el centro de todo el sistema jurídico la persona y sus derechos, a partir de la «*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*», del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de los Estados Unidos.

Pero la innovación más relevante del derecho que nace después de la Segunda Guerra Mundial, es el hecho de que se conciben los derechos y las libertades de la persona en una «perspectiva solidaria».

En el art. 2 de la Constitución italiana de 1948, por ejemplo, se reconocen y se garantizan los derechos inviolables de la persona, que deben ser ejercitados en el respeto del «deber inderogable» de la solidaridad política, económica y social (véase, también, por ejemplo el art. 10, párrafo 2, Constitución de España; véase la Constitución francesa de 1946, a que se refiere el Preámbulo de la Constitución de la Quinta República).

Los derechos inviolables son así asignados a la protección de los intereses de otros sujetos y de la sociedad en su conjunto.

El ejercicio de los derechos en la perspectiva de la solidaridad se ve en el doble sentido de la pertenencia y de la dimensión social.

Se considera la pertenencia no sólo a nivel nacional (véase, por ejemplo, el art. 25, párrafo 4, Constitución griega), sino a nivel supranacional e internacional.

En cuanto a la dimensión social de la solidaridad, que caracteriza a los estados modernos (que a menudo se definen «sociales», véase el art. 1, Constitución de España; art. 1 de la Constitución de Portugal), esta fue fundada sobre la afirmación del principio

codice-privato sociale, en *La Scienza del diritto privato*, 1893. Tratan el tema GROSSI, *La Scienza del Diritto Privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1988; y NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *El Código Privado-Social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil Mexicano de 1928*, in *Anuario mexicano de historia del derecho*, vol. XVI, 2004.

pio de igualdad sustantiva (véase el art. 3 Constitución de Italia) y no sólo en el sentido formal como se ha estipulado en las constituciones y en la legislaciones del siglo XIX.

La solidaridad y la igualdad llegan a poner en el centro del sistema jurídico el «sujeto débil», es decir, la persona en cualquier situación de desventaja (por razones de edad, sexo, condiciones económicas, etc.), para corregir la desigualdad de hecho. La centralidad de los débiles llega a su máximo en la protección de los menores. También otras situaciones de desventaja están protegidas como es el caso de los discapacitados, de los ancianos, de los desempleados, de las mujeres, especialmente si madres, del medio ambiente y de los animales en cuanto seres sensibles (v. entre todos N. Bobbio)⁽¹⁵⁾. De esta época, como se ha dicho, se verifica la victoria de la vida sobre el derecho abstracto⁽¹⁶⁾.

3. La solidaridad como motor de la integración regional. La solidaridad (entre Estados, pueblos, personas) está en la base de todos los procesos de integración supranacionales, siendo el instrumento para superar los egoísmos que representan un obstáculo para el desarrollo y para la paz⁽¹⁷⁾. Especialmente se puede encontrar la solidaridad como idea central en el proceso de construcción europea⁽¹⁸⁾.

En Europa la solidaridad se ha convertido en un concepto central del derecho comunitario, en el doble sentido que se ha visto en los párrafos precedente: la solidaridad

como pertenencia y como protección de los débiles.

El primo sentido toma una connotación completamente nueva: solidaridad no como pertenencia a un ámbito nacional, si no como parte de un destino común, lo del Continente.

La solidaridad está a la raíz del proceso de integración europea, como afirmado en la Declaración de Schuman del 9 de mayo de 1950 que dio el inicio a la construcción comunitaria: «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho».

Nacieron así las Comunidades europeas en los años '50 del siglo XX y sucesivamente la actual Unión, que aún pone la solidaridad entre sus pueblos en el centro de su desarrollo (véase el primero «deseando» del Preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea, sucesivamente «Tratado UE» y véase también el «pretendiendo» del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, sucesivamente «Tratado FUE»).

De hecho, el Tratado UE establece que «La Unión se fundamenta en 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 minorías» (art. 2 Tratado UE).

La solidaridad como pertenencia al nivel comunitario se expresa en particular en acciones una vez de exclusiva competencia del Estado nacional, como las relaciones exteriores.

El art. 24 párrafos 2 y 3 establece que la «Unión dirigirá, definirá y ejecutará una política exterior y de seguridad común basada en el desarrollo de la solidaridad política mutua de los Estados miembros» y que «Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y respetarán la acción de la Unión en este ámbito» y «trabajarán conjuntamente para intensificar y desarrollar su solidaridad política mutua» (además véase art. 222 Tratado FUE).

⁽¹⁵⁾ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 73.

⁽¹⁶⁾ RODOTÀ, *Il diritto e il suo limite*, en *Id.*, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 28.

⁽¹⁷⁾ Sobre los diferentes enfoques en el tema de la solidaridad en las relaciones internacionales véase, por ejemplo WEBER, *The concept of solidarity in the study of world politics: towards a critical theoretic understanding*, en *Review of International Studies*, 2007, 33, p. 693 ss.

⁽¹⁸⁾ COSTANTINESCO, KOVAR, JACQUE (edic.), *Traite instituant la CEE*, Paris, 1992, comentario al art. 2 Tratado CE. Véase también BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1992, p. 587.

O como en caso de la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el interno y de la política fronteriza común (véase arts. 67 y 80 Tratado FUE).

El derecho comunitario se refiere a la solidaridad entre los Estados incluso en la elaboración de la política económica, sobre todo durante momentos, como lo actual, en el cual se deben tomar «medidas adecuadas a la situación económica, en particular si surgen dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía» (art. 122, párrafo 1, Tratado FUE). La Unión tiene la competencia para adoptar ayudas «En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar» (art. 122, párrafo 2, Tratado FUE). La solidaridad es en la base de una política fundamental en el desarrollo del Continente, que es la de la cohesión económica, social y territorial.

Según el art. 174 Tratado FUE el objetivo de dicha política es lo «La Unión se propondrá (...) reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas». Entonces no se trata solo de solidaridad entre Estados, si no entre regiones, comunidades, entes territoriales europeos, de manera que se preste una particular atención «a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña».

Esta política se llega a cabo por medio, sobre todo, de los Fondos estructurales que son dirigidos por la mayoría hasta las regiones menos favorecidas para reducir las diferencias socio-económicas.

La referencia a la solidaridad como pertenencia a el nivel continental se encuentra también en otros procesos de la integración supranacional, como está ocurriendo en América Latina.

El Tratado constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas (UNASUR) (firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008 por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay e Venezuela) habla de «historia compartida y solidaridad de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad suramericana, honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y la construcción de un futuro común» y dice que «la integración como la unión suramericanas si se fundan en los principios rectores» como la autodeterminación de los pueblos, la paz, la democracia, los derechos humanos universales y, precisamente, la solidaridad. Esta se manifiesta con la «reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible» (Preámbulo).

4. Caracteres de la solidaridad jurídica. La solidaridad prevista en las Constituciones y en el derecho supranacional atañe a todas las relaciones jurídicas, entre las administraciones públicas y los ciudadanos (la así llamada «solidaridad vertical») y las relaciones entre los particulares («solidaridad horizontal»).

La solidaridad de las Constituciones, tiene algunos caracteres específicos.

a) La solidaridad como deber. En primer lugar, se considera la solidaridad un verdadero deber legal de todos los sujetos de derecho y, en particular, de aquellos que ejercen los poderes públicos, sea nacional que supranacional. Las entidades públicas tienen la obligación de hacer frente a las situaciones difíciles, como exige el modelo del *Welfare State*. Este modelo, desarrollado en Europa a partir de la fin del siglo XIX y que se refleja en las Constituciones actuales, se compone de un núcleo de seguros sociales que protegen a los sujetos contra los riesgos o en caso de las diferentes necesidades de la vida (accidente, enfermedad, discapacidad, embarazo, desempleo, vejez, muerte del cónyuge, ect.) y una gama de servicios sociales, subvenciones a las personas y otras acciones. La

solidaridad pública es un deber del Estado, concebida en la lógica de los «servicios de interés general» y, en particular, los servicios sociales. El vínculo entre la solidaridad y los servicios públicos es particularmente evidente en el derecho de la Unión europea (art. 16 del Tratado de Roma y el art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales).

b) Los derechos sociales⁽¹⁹⁾. El deber de las autoridades públicas es un verdadero derecho de los particulares, destinado al desarrollo concreto de la persona (véase, por ejemplo, los arts. 2, 3 y 32 ss. Constitución de Italia). Estos son llamados «derechos públicos», destacando la protección de los intereses individuales de importancia constitucional. La existencia de un derecho a las prestaciones sociales es evidente también en la legislación ordinaria. Como se afirma en la ley española «de dependencia» (véase la ley española n. 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia), los ciudadanos tienen un «derecho subjetivo (...) a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» (art. 1). La solidaridad, como derecho y como obligación, es el concepto que diferencia la acción pública de las Constituciones actuales con respecto a las constituciones de los siglos pasados. De hecho, en el pasado el Estado se limitaba a permitir y controlar las actividades de los privados (como en el caso de la llamada «caridad pública») y a considerar la pobreza como un fenómeno de orden público (esto es el modelo de internación forzada de los pobres en el las *workhouse* inglesas de los siglos XVII y siguientes).

c) La universalidad. El deber de la solidaridad no se refiere a un grupo particular de personas. La solidaridad actual no está prevista para una específica desviación, sino para ayudar a las personas, que se encuentran en una situación de malestar. Un ejemplo de este sentido es el concepto de «dependencia», de la ley n. 39/2006 donde «el estado de carácter permanente que se encuentran

en las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» (art. 2). Un concepto similar se expresa en el concepto de *Pflegebedürftig* al que se refiere el § 14, libro XI, SGB alemán⁽²⁰⁾ y en otras leyes europeas⁽²¹⁾. Lo que debe determinar la acción del Estado es la existencia de una situación de hecho, independientemente de cualquier consideración moral o de valor.

d) Globalidad. La solidaridad tiene un carácter transversal, por qué considera varios asuntos. Esta no se refiere sólo a la política social en sí misma, sino a todas las políticas públicas relativas a la vida de las personas. En Europa, según los documentos de la Estrategia de Lisboa (véase el apartado 24

⁽²⁰⁾ V. también la definición de los que tienen el derecho a la asistencia social (*Sozialhilfe*), según el § 9, Libro I, SGB: «*Wer nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt zu bestreiten oder in besonderen Lebenslagen sich selbst zu helfen, und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält, hat ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe, die seinem besonderen Bedarf entspricht, ihn zur Selbsthilfe befähigt, die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ermöglicht und die Führung eines menschenwürdigen Lebens sichert. 2Hierbei müssen Leistungsberechtigte nach ihren Kräften mitwirken*»; además v. la definición de persona discapacitada pure (*Behinderter*), § 10, Libro I, SGB.

⁽²¹⁾ En Francia se utiliza el concepto de «*perte de l'autonomie*» (v. CHEMIN, *Le patrimoine des personnes âgées porrai financier le risques liés a la dependance*, en *Le Monde*, 31 agosto 2008, p. 10). Nell' *Health and Social Care Act* del 2008 del Reino Unido, los servicios de asistencia sanitaria (*Health Care*) y social (*Social Care*) se definen así: «*"Health care" includes all forms of health care provided for individuals, whether relating to physical or mental health, and also includes procedures that are similar to forms of medical or surgical care but are not provided in connection with a medical condition; "Social care" includes all forms of personal care and other practical assistance provided for individuals who by reason of age, illness, disability, pregnancy, childbirth, dependence on alcohol or drugs, or any other similar circumstances, are in need of such care or other assistance*» (v. art. 9).

⁽¹⁹⁾ Vid. también la voz «Derechos sociales», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa) «Las personas constituyen (...) el principal activo». Por lo tanto es necesario relacionar todas las políticas a las personas y a su capacidad de participar en la «sociedad del conocimiento». La globalidad debe entenderse no sólo como atención a las necesidades materiales, sino también a las necesidades generales de la persona: la necesidad de la educación, de la cultura y del deporte, de la asistencia sanitaria, de otros servicios públicos, la protección del medio ambiente.

e) El carácter reticular. La solidaridad debe ser ejercitada de una manera organizada y a diversos niveles. Esta no puede depender totalmente de la buena voluntad de las personas o de las instituciones, sino de las intervenciones sistemáticas y coordinadas. El sistema constitucional y supranacional actual, sufre una falta de sistematicidad de la «caridad legal» del estado liberal. La solidaridad, aunque sea un deber de los poderes públicos, debe ser ejercitada por las personas en diferentes niveles. Todo esto en conformidad con el principio de la subsidiariedad, que se relaciona estrechamente con el tema de la solidaridad. La idea básica, ya expresada por la doctrina social de la Iglesia, es que la solidaridad debe organizarse en torno a una red de organizaciones entre las personas y el Estado (*Rerum novarum*, párrafo 36).

El Estado no debe interferir con las actividades de los organismos intermedios (*Rerum novarum*, párrafo 26).

El enlace estricto entre solidaridad y subsidiariedad está explícitamente formulado por el derecho comunitario (art. 5 Tratado UE). En los documentos comunitarios subsidiariedad significa que cada problema tiene que ser solucionado al nivel mas oportuno (local, nacional, supranacional) para que se logre el resultado mejor (Reporte de la Comisión europea sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea del 10 de mayo de 1995).

La noción de subsidiariedad están íntimamente conectado con lo de «proximidad» previsto por el art. 1, apartado 2, del Tratado UE, que requiere que la Unión tome sus decisiones los mas cercano a los ciudadanos⁽²²⁾. Como se ha argumentado, si la solidaridad representa el principio fundamental del ordenamiento jurídico, la subsidiariedad se puede considerar como un principio de organización y de distribución de las tareas entre persona, organismos intermedios, Estado, organismos supranacionales⁽²³⁾.

La solidaridad tiene una dimensión reticular, como afirmado por las fuentes comunitarias⁽²⁴⁾.

Roberto Cippitani

⁽²²⁾ Por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal de justicia no ha declarado ilegítimas disposiciones nacionales que respetan diferencias locales o sociales: *vid.*, por ejemplo, Tribunal de justicia, 3 de febrero de 1993, C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, en Rec. 1993, p. I-487; *Id.*, 24 de marzo de 1994, C-275/92, *H.M. Customs and Excise v. Schindler*, en Rec. 1994, p. I-1039.

⁽²³⁾ GIUFFRÉ, *La Solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 147.

⁽²⁴⁾ GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, p. 623 ss.

Status

Bibliografía: ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993; GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009; LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Bari, 2004; MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861), pp. 163-165; RODOTÀ, *L'antropologia dell'Homo dignus*, en *civilistica.com*; STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge-New York, 1980, p. 85 ss.; VIOLA, *Lo stato giuridico della persona in prospettiva storica*, en LAURIOLA (edic.), *Scienza e filosofia della persona in Duns Scoto*, Alberobello, 1999, pp. 25-45.

Se identifica, a través del tiempo, la posición jurídica de la persona, sin pensar en su propia ciudadanía, en su *status* social, en su papel económico, sino más bien en ella como persona. Esta presentación de noción puede aparecer como banal visto que cuando a la persona se la ve, se la presenta, se la disciplina en el ámbito de un elemento jurídico nos asombra pensar que no existan los mismos números de derechos, tutelados con la misma intensidad por todos, ya que pertenecientes al género humano. En realidad ésta es una gran conquista que no se obtuvo una vez, para siempre en un momento histórico determinado. Esta es una conquista que cada día debe ser celebrada y conquistada nuevamente. Un ejemplo sorprendente: Todos pensamos que por fin el racismo ha sido derrotado después del Holocausto. Sin embargo, con la apertura de las Naciones Unidas hacia la proclamación de los derechos fundamentales y universales, en cambio, a menudo en los periódicos vuelve el tema del racismo, justificado por la manía de los que lo niegan. Lamentablemente se observa como ha vuelto a surgir, la triste y trágica experiencia de la diferenciación de las personas a través de lo que se denominaba raza. No sólo por los diferentes episodios de racismo que se han verificado en distintos sitios europeos sino que también, porque existen históricos que tienden a negar la existencia del Holocausto,

dando vida a una segunda forma de opresión respecto a la que se había manifestado en los años a partir del 1933, en Alemania y en Italia desde 1938. Por lo tanto muchos no logran aceptar, con el fortalecerse de la unidad europea y con el descubrimiento de las raíces comunes, que no se tenga que dar más relevancia a las diferencias de raza desde el punto de vista político y social.

En el «codice civile» italiano de 1942, los primeros apartados del art. 1 referido a la capacidad jurídica de las personas físicas (que es una de las primeras nociones elementales) y los derechos que se reconocen en base al mismo, hoy en día se completan con un tercer apartado que está señalado con puntos. Es un apartado que ha sido posteriormente abrogado, en 1944, ¿por qué? Porque este apartado expresaba: «Las limitaciones de la capacidad jurídica que deriva del hecho de pertenecer a diferentes razas, se establecen por leyes especiales.» Por lo tanto, en el «codice civile» italiano de 1942 la diferencia entre las personas se daba por un factor llamado «raza» que metía a las personas pertenecientes a una raza diferente a la raza aria en condiciones jurídicas peores a la de los otros. Por lo tanto son episodios de nuestra historia que nosotros estamos rememorando, episodios de los cuales habríamos querido librarnos mientras que, lamentablemente, son episodios que nos persiguen.

¿Qué relación hay entre *status*, idea de derecho fundamental y las raíces comunes de Europa? Si tuviéramos que dar una definición de *status* que sea lo suficientemente útil, se podría decir que *status*, simplemente, tiene que considerarse como la condición jurídica de las personas, es decir el complejo de derechos y deberes que connotan la posición de una persona en el ámbito social en el que ésta vive y obra.

Por lo que tenemos una noción de carácter jurídico que ha quedado en la legislación también italiana, no en el «codice civile» ya

que aquí, por ejemplo se habla de otra perspectiva, es decir de la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y deberes o sea, de la capacidad jurídica como también de la idoneidad para ejercitar estos derechos. Sin embargo, algunas veces se usa la expresión de «estado», en el «codice civile», pare referirse al estado de familia o a la posición jurídica de los hijos y por cierto en todas aquellas legislaciones relativas a los registros del estado civil para identificar la posición de la persona, teniendo en cuenta algunos requisitos para connotar la ciudadanía, como el nacimiento y el matrimonio.

Poseemos también una noción de carácter sociológico de *status* es decir el papel que la persona reviste en el ámbito de un determinado contexto social. Además hay que considerar también una noción económica. Muchas veces estas nociones se intercambian, en el sentido que, desde sociológicas o económicas se vuelven jurídicas si el legislador les confiere una forma de coerción. Desde el punto de vista económico está el *Status* de empresario, el de trabajador dependiente, el *Status* de desocupado. También existe obviamente, el discurso de carácter filosófico el cual aquí no se profundiza.

Aquí se inicia inmediatamente la cuestión de carácter jurídico que se refiere sea al perfil del derecho constitucional público que al perfil del derecho privado. Cuando se habla de persona y de la condición jurídica de la misma se piensa en una posición que es pre-jurídica, ya que identifica aquellos valores que el Estado debe reconocer y garantizar sin ser el mismo Estado quien los impone, o tal vez se trata de valores que responden a reglas de carácter jurídico que subsisten mientras aquellas reglas lo reconozcan. Esta es una diatriba que aún divide a los estudiosos de derecho constitucional, no solamente sobre el hecho de que las Constituciones, reconocen algunos derechos, que en cuanto tales, no pueden ser abolidos sino que no son ni siquiera tales que puedan ser creados por el Estado. Si no más bien tienen que ser respetados y garantizados.

Considero útil destacar cómo la concesión de *status*, haya evolucionado históricamente y

muchas veces, sin embargo, se constata que ha mantenido a través de los siglos, caracteres comunes a pesar de esta concesión, si bien ambiguos. Se piense en los tres *status*, como decían los juristas romanos: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. En la Edad Media, cuando nacen las raíces comunes de Europa, posterior al derecho romano, - como han escrito Le Goff, y Paolo Grossi - los *status* se refieren al modo de ser y al de vivir de los hombres de aquel entonces que Le Goff divide en cuatro categorías: los nobles, los mercantes, los campesinos y los religiosos. Las costumbres y las creencias distribuían este *status* de manera estricta y se hacía muy difícil pasar desde un *status* a otro. Esta rigidez en la condición jurídica que provenía de la condición social, de la condición política y económica de los individuos, se transmitirá hasta el 1700 y sobre todo hasta la revolución francesa, donde, a través de la igualdad de derechos se identificará al hombre y al ciudadano como titular de estos mismos. No se habló más de persona porque a pesar de que, «Istitutiones de Gaio» que afectó la cultura jurídica europea, dividía el derecho en tres partes: *persona*, *lex*, *actiones*; en realidad, a través de los siglos el concepto de persona se ha ido perdiendo porque ha prevalecido sobre ella el pertenecer a una determinada categoría, clase o casta.

Se ha descubierto que si no se pertenecía a un cierto *status*, la persona como tal no existía, ya que era considerada un simple nómada que pertenecía a un determinado grupo y no poseía los requisitos para distinguirla de los demás pertenecientes al mismo grupo. Esta rigidez del *status* parece quedar superada desde la revolución francesa, sin embargo, será a fines del 1800 que volverán a nacer aquellas discriminaciones, que en la Edad Media y por todo el 1600 se connotaban por el pertenecer a un credo religioso. El 1800 se caracterizará por la discriminación que nacerá por la intervención de la raza, por la colocación del individuo en el sistema económico, incluso por su pertenencia o no a la clase dirigente o por el simple hecho de ser un obrero de fábrica o campesino, por lo que se ha creado una situación de gran debilidad.

Un estudioso americano de fines de 1800 (1882), Henry Sumner Maine, teoriza el pasaje desde status a contrato. El discurso de Maine (que influyó, no solo la cultura americana) expresa que con la revolución industrial, con la creación de sistemas económicos integrados y con la distribución del trabajo, la persona, el individuo, ha perdido su *status* en el sentido que se lo consideraba antes: el de pertenencia social o el de posición jurídica ilustre o no ilustre, al interno de una sociedad. De esta manera, las estructuras sociales han dejado de ser las que determinaban su condición. Se dio un paso hacia el contrato, es decir hacia la voluntad individual. Las personas el unirse voluntariamente a otras personas, determinan la posición de individuo. Queda claro que el pasaje desde status a contrato, que se documenta históricamente, implica que el que se unía voluntariamente era consciente de los derechos y deberes que asumía y sobre todo, carecía de condición económica, jurídica o política que lo convirtiera en un elemento de debilidad respecto a otro, porque, es verdad que incluso, cuando el contrato de trabajo penaliza al dependiente, por el hecho de haber surgido mediante un acto de voluntad, es decir a través de la manifestación del dependiente, que por no estar obligado a desempeñar aquel trabajo sino que voluntariamente contraía aquella obligación, le reconoce una cierta libertad. Es claro que, también era cierto que las condiciones de trabajo eran establecidas por quien era más fuerte. Por lo tanto pasando desde status a contrato que, en apariencia se lo presenta como una ventaja se abandona la fase o la estructura predeterminada, en práctica inmodificable y se entra, en cambio, en una fase de libertad. No hay que olvidar que esta es una libertad limitada o circunscrita . Lamentablemente a fines de 1800 (se usa la expresión lamentablemente porque ha sido muy difícil liberarse de este concepto) se concibe, por estudiosos de antropología como también de psicología, la idea de raza. Es decir, la idea de raza emerge a un tipo de dignidad científica porque se quiere demostrar que los individuos, si pertenecen a cepas que pueden diferenciarse por rasgos

externos como color de piel, color de ojos, forma de nariz, color de cabello, estructura o morfología del cuerpo, son señas de diferenciación que la naturaleza introduce entre las formas de expresión y como modo de exhibirse de las personas. Son signos que indican una categoría y una clasificación de las personas, un tipo de jerarquía de las mismas por la que, según una actitud, la persona puede ser clasificada por una escala inferior o superior. Como los que sugerían estas investigaciones eran blancos, occidentales y adinerados, idearon la raza dominante, estableciéndola en aquellos que poseían sus mismas características, clasificando, en cambio como raza inferior a los que poseían rasgos diferentes. ¿Qué ha pasado? Para dar una respuesta a esto, habría que delinear las transformaciones del concepto de status que se vuelve frágil al momento de formalizarlo a través de normas jurídicas que diferencian las personas construyendo una posición jurídica según la colocación que estas personas tienen. Si observamos, después de años posteriores a la segunda guerra mundial y a los años de ansiada libertad e igualdad, estas normas se manifestaron a través de las Declaraciones de los derechos del hombre de la ONU, como también en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada en 1950, y en las constituciones nacionales, como la Ley fundamental alemana (art. 2) y posteriormente la Constitución italiana (art. 2 y art. 3), cuyas disposiciones se refieren a la persona y a los derechos fundamentales.

Si se observa este problema, desde esta perspectiva ¿Qué encontramos? Encontramos que el *status* como concepto se abandona para poner mayor relieve en la persona (esta diferencia terminológica es una diferencia no solamente conceptual sino de valores respecto al individuo) y en los derechos fundamentales, aquellos derechos inalienables, irremovibles que deben serles reconocidos a todos por ser personas. Si tuviéramos que considerar esa definición de *status* como la posición jurídica del individuo, sabemos que como persona cuenta con derechos fundamentales inalienables e irremovibles, por lo que todos tienen que reconocer, como también

su proclamación escrita, que posee fortaleza y consistencia particular porque contiene las leyes fundamentales. Podríamos madurar la convicción de que a estas alturas el camino, el recorrido, desde aquella función originaria de *status*, desde aquella limitación y diferenciación de los roles de las personas durante los siglos, ya ha sido completado y que por fin se ha obtenido este reconocimiento sobre cada uno de los derechos fundamentales más allá de las posibles diferencias, que por tantas razones, connotan aún la persona en el ámbito de la sociedad y de los grupos que componen una sociedad. Lamentablemente, ésta es una situación ideal, optativa (en el sentido que todos la deseamos) pero en realidad, aquellos enunciados registrados en los documentos constitucionales crean, en casi todos, gran dificultad en su cumplimiento y genera esfuerzo lograr mantener el contenido proyectual inicial. ¿Por qué? Porque es suficiente observar los informes que cada año publica Amnesty International, o los informes de la Agencia para los derechos humanos constituida hace unos años por la Unión Europea. Como también, si se lee la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, del Tribunal de justicia o la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, se observa que no sólo existen muchas disposiciones aún vigentes que distinguen, creando disformidad, diferencias insuperables entre personas, y cada día el terreno de los derechos fundamentales tiene que ser reconquistado porque no ha sido una conquista definitiva. Un ejemplo lo es también la tutela de los derechos fundamentales de la Corte constitucional italiana, partiendo - en la referencia - desde los derechos de libertad, los de identidad personal, entendida como el conjunto de valores en los que cree el individuo, siguiendo desde todas las sentencias de la Corte que por ejemplo ha vuelto a escribir el derecho de familia antes y después de la reforma de 1975. Continúan las diferencias que pueden encontrarse en el ámbito del tratamiento de los hijos, todo el problema relativo al nombre y al apellido, el problema referido a la disciplina de los grupos religiosos que han estipulado un acuerdo con el Estado

y de otros que no lo han logrado e incluso la cuestión del reflejo de la vida social respecto a estas categorías. La familia/las familias, las parejas que cohabitan, las parejas del mismo sexo, etc. Últimamente la Corte constitucional italiana se ha encargado del problema devolviéndola al legislador porque sobre las bases de las disposiciones de la Constitución, a menudo no es posible interpretar el matrimonio como muchos consideran, es decir, no más como una unión de personas de sexo diferente sino simplemente una unión, una cohabitación y la creencia en valores comunes en una relación de pareja.

Las últimas novedades y reflexiones, entonces, sobre el concepto de *status* en referencia a su historia y a su contexto post-moderno del proceso de integración del derecho europeo, indican, a nivel económico, una expansión de los *status*. Por ejemplo, en el contenido, en la simple función, tal vez demasiado simple del conjunto de derechos y de deberes que carga una persona y que representan su condición jurídica al interno de una sociedad. Además se le ha dado gran protagonismo a través de la creación de la categoría de consumidores. Antes eran una categoría económica y sociológica, ahora, en cambio, son una categoría jurídica prevista por la ley como sujeto que actúa fuera de la vida profesional y a los ahorristas, no solamente a través de las disposiciones que tutelan a los inversores sino también a través de la jurisprudencia. He aquí porque me refería a noción de *status* y a la de los derechos fundamentales que, de cualquier manera representa el *status*, y que la Corte constitucional dice que debe ser garantizada a todos, independientemente de su ciudadanía y por lo tanto de su pertenencia a un grupo, por lo que reconocida a los extranjeros, a los inmigrantes e incluso a aquellos que han entrado ilegítimamente en nuestro Estado. En la actualidad ¿Por qué se habla de fragilidad de los derechos humanos y por lo tanto de la transformación de *status*? Porque por un lado sentimos la necesidad de afirmar los derechos humanos cada día; y por otro porque las tecnologías han atropellado los *status* notablemente. Es suficiente observar la tecnología informática, como ha reducido

a la persona a un algoritmo. La «nueva antropología de la persona» es decir la manera en la que se la mira a través de su representación numérica que corresponde a modalidades de vida de las personas: el uso de la tarjeta de crédito, el uso del sistema sanitario, el uso del código fiscal, y así sucesivamente. Por otro lado la tecnología biomédica ha colisionado de nuevo el status, por el problema de los trasplantes, de la transexualidad, del uso de las células troncales, de las modificaciones del código genético. Incluso, lamentablemente, por la crisis económica que hoy caracteriza nuestra época. Se desprende que las normas críticas que garantizan los derechos deben actualmente ser evaluadas a través del costo económico que ellas imponen

al estado y por lo tanto, aun reconociendo la necesidad de protección de los derechos fundamentales, la evaluación que hoy en día el legislador tendrá que hacer es el costo que esta protección, que esta garantía puede dar a la colectividad. Pero esta reducción es una consideración solamente económica de los problemas. Podría acarrear encima la protección de los derechos fundamentales, lo que llevaría a nuestra sociedad hacia épocas en las cuales las diferencias, la disparidad en los tratos, la comprensión por categorías de individuos, de sujetos, de personas era la regla y no la excepción.

Guido Alpa

Status en el derecho de la Unión Europea

Bibliografía: ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993; BARRETT, *Family matters: European community law and third-country family members*, en *Common Market Law Review*, 40, 2003, pp. 369-421; LIVI, MACARIO, *Profili generali, I soggetti*, en LIPARI (coord.), *Diritto privato europeo*, Padova 1996, p. 113; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; PALAZZO, *Interesse legittimi e tutela dei diritti del privato*, en Vv.AA., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini (Perugia, 7 dicembre 2001)*, Torino, 2003, p. 23 ss.; CICU, *Il concetto di status*, en *Scritti minori di Antonio Cicu*, vol. 1, I, Milano, 1965; CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia-Roma, 2010; CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, en PALAZZO, SASSI (coord.), *Diritto privato del mercato*, Perugia-Roma, p. 57; MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, 1861, pp. 163-165; LEMMI, *Una nota sul concetto di status*, en CENDON (coord.), *Scritti in*

onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio, II, Milano, 1994, p. 673; FALZEA, *Capacità (teoria gen.)*, en *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 12; FRIEDMANN, *Some reflection on status and freedom*, en Vv.AA., *Concepts of jurisprudence. Essay in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222 ss.; GRAVESON, *Status in the Common Law*, Londra, 1953 (ed. 1982); PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en PALAZZO, PIERETTI (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Perugia-Roma, 2011, p. 71 ss.; RESCIGNO, *Capacità di diritto provato e discriminazione dei soggetti*, en Vv.AA., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t. 2, *Diritto Privato (M-Z)*, Milano, 1991, p. 819 ss.; SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, en A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117; STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge-New York, 1980, p. 85 ss.; WARD, *A critical introduction to European law*, Londra, 2003.

Las situaciones jurídicas de los ciudadanos europeos - y de las personas que no son ciudadanos de la Unión Europea pero que se encuentran en Europa - hoy en día se ven profundamente influenciados por el Derecho comunitario.

Este Derecho ha cambiado los status individuales con respecto a como los consideraba el derecho civil tradicional (el status de trabajador, el status de familiar, el de ciudadano, etc.).

El Derecho de la Unión ha atribuido nueva dignidad a los status definidos como «ocultos» o indirectos que fueron creados para perpetuar las discriminaciones - como el de homosexual o de conviviente.

Además, el derecho comunitario ha creado y sigue creando nuevos status, desconocidos por la teoría tradicional, como aquellos de carácter económico directamente relacionados con la creación del mercado interno, o los que vienen del mundo de la ética.

De hecho, aunque se podría pensar que la legislación de la Unión Europea está caracterizada por la atención centrada en la economía y en el derecho relacionado con su regulación, en realidad coloca a la persona en el centro del sistema legal comunitario y, sobre todo, es el destinatario de la legislación.

El legislador de la Unión Europea emana actos legislativos ordenándolos según el tipo de beneficiario, identificando conjuntos de eventos económicos en torno al cual se desarrolla la disciplina de todas sus actividades. Además, a través de la función desempeñada por el Tribunal de justicia y su actividad interpretativa, la Unión Europea está basada más en los derechos individuales que en la política o en la economía.

El reconocimiento por parte del Tribunal de justicia de los derechos individuales es el momento constitutivo del ordenamiento jurídico de la entonces Comunidad y hoy en día de la Unión⁽¹⁾.

En una primera fase las situaciones jurídicas subjetivas se referían a los individuos como

actores económicos. Sucesivamente los derechos reconocidos por el derecho comunitario se extendieron hacia áreas aún más amplias de la vida de los ciudadanos europeos, conectadas directamente o indirectamente con la creación del mercado interior y sobre todo con la aplicación de la libertad de movimiento.

Por lo tanto, la historia de la integración europea y del ordenamiento de la Unión se puede considerar como un proceso de identificación de derechos individuales y de los status, es decir de las condiciones previas para la atribución de derechos individuales.

Una destacada doctrina afirma que la situación jurídica subjetiva tiene un carácter episódico y transitorio.

Por el contrario, el status se refiere a la idea de una condición personal que está destinada a durar y que es la base de facultades y obligaciones que se relacionan con la persona, su vida, sus actividades.

Sin embargo, no todos están de acuerdo sobre la definición y la naturaleza jurídica de status. El debate, sobre todo italiano, se desarrolla esencialmente sobre dos interpretaciones alrededor del concepto de status, la teoría orgánica y la subjetiva.

El derecho comunitario constituye un punto de vista desde el cual se puede analizar el significado histórico de status.

El ordenamiento jurídico de la Unión europea establece disciplinas que se basan en distintas tipologías de destinatarios, teniendo en cuenta los aspectos económicos y personales.

Este proceso sirve para alcanzar las finalidades de la Unión, sobre todo para construir y reglamentar el mercado interno.

La Unión Europea para alcanzar sus objetivos, por un lado ha cambiado los status tradicionales, como el del trabajador o el familiar.

Por otro lado, la perspectiva europea impone que se considere el status con un enfoque orgánico (en Italia según A. Cicu), pero a un nivel europeo y no sólo nacional.

Para realizar sus finalidades, la Unión ha dado nueva dignidad a algunos status llamados «ocultos» (G. Alpa) o indirectos que

⁽¹⁾ Véase la nuestra voz «Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea», en este Diccionario Analítico.

históricamente han nacido para enfatizar la discriminación y para destacar la diversidad, como la pareja homosexual o los convivientes de hecho.

La jurisprudencia y el legislador europeo han ayudado a eliminar dichos status o les han atribuido una dignidad e identidad.

Además, la normativa comunitaria ha creado status nuevos, como en el caso de la noción de embrión en una reciente sentencia del Tribunal de justicia ⁽²⁾.

Otros status derivan de la creación y estructuración del mercado interior, como la condición de consumidor.

Para el ordenamiento de la Unión, cada persona es relevante por el hecho de que lleva a cabo una específica actividad o se encuentra en una situación particular, que tiene una conexión con el derecho comunitario.

Cabe destacar incluso la situación de aquellos que podríamos llamar «*derivative addressees of Community law*». Se trata de personas que son beneficiarias de la normativa comunitaria en la base de un enlace con otros sujetos, como, por ejemplo, los familiares de una persona que trabaja en un Estado miembro.

Por lo tanto, se puede hablar de la existencia de una situación jurídica unitaria como conjunto abierto de situaciones positivas o negativas en la cuales se encuentra una persona en las relaciones sociales. Esas situaciones son relevantes para el derecho comunitario, en cuanto generan derechos y obligaciones de carácter económico y personal.

La noción de status no puede identificarse con la de subjetividad jurídica, ni tampoco con la de capacidad jurídica: la segunda después de la Revolución Francesa no se encuentra condicionada al hecho de pertenecer a un Estado o comunidad.

Desde la perspectiva del derecho civil, la libre circulación prevista por el Derecho comunitario ha tenido como consecuencia el reconocimiento implícito de una subjetividad europea.

Se pueden utilizar como paradigma situaciones como la de trabajador o la de estudiante que adquiere un papel que es condición previa para el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por la Unión Europea. Para la creación y regulación del mercado interior, se han identificado a los sujetos que se mueven en ese mercado y luego se han reglamentado sus actividades. En particular se ha dedicado abundante legislación a aquellos sujetos que son parte débil en las relaciones contractuales de dicho mercado. Se ha previsto, por lo tanto, el status de carácter económico, el de consumidor, que no existía antes, como también se ha previsto la condición o status de quien se encuentra en una posición diferente, como el status de profesional.

El derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de justicia destacan el papel de las relaciones familiares desde el punto de vista de la libre circulación de los ciudadanos.

Hoy en día el derecho de circulación y residencia de los familiares de los ciudadanos europeos está regulado por la Directiva 2004/38/CE.

A los efectos de dicha Directiva el concepto de la familia debe incluir también a la pareja que haya celebrado una unión registrada, según la legislación de un Estado miembro.

El concepto de «unión registrada» puede incluir no sólo a las parejas constituidas por personas heterosexuales, sino también las constituidas por personas del mismo sexo, si así está establecido en un país miembro como, por ejemplo, España, Francia, Portugal, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido. La protección de la familia y de sus miembros en asuntos que no pertenecen a la Unión Europea sigue siendo disciplinada a nivel nacional.

Sin embargo, cuando los status familiares se convierten en un instrumento para el ejercicio de una situación jurídica fundamental garantizada por el derecho supranacional, como la libre circulación, entonces la norma de referencia es sólo comunitaria.

Cabe destacar que la noción de «familiar», relevante según Directiva de 2004/38/CE no

⁽²⁾ Tribunal de justicia, 18 de octubre de 2011, C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV.*, en *Rec.* 2011, p. I-9821.

es aplicable a un ciudadano de la Unión que no haya ejercitado nunca su propio derecho a la libre circulación, al haber estado siempre en un Estado Miembro del cual es ciudadano. Él, de hecho, no entra en el concepto de «beneficiario» según el art. 3, n. 1 de la Directiva 2004/38/CE, con el resultado de que esta disciplina no es aplicable⁽³⁾.

Después del Tratado de Maastricht, se ha extendido el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de un Estado miembro, a todos los ciudadanos europeos - no sólo para los trabajadores - independientemente de la realización de cualquier actividad de trabajo (art. 21 del TFUE).

Por lo tanto, cualquier persona que tiene la condición de ciudadano de un Estado miembro, y en consecuencia, la condición de ciudadano europeo, puede celebrar contratos y ejercitar toda situación jurídica en relación con dicho status en todos los Estados miembros de la Unión, y sin limitación alguna por razones de nacionalidad o por efecto de principios tradicionales como la reciprocidad⁽⁴⁾.

Entonces, el reconocimiento de la subjetividad jurídica en la Unión Europea, permite superar - por lo menos en cuanto a los derechos patrimoniales y en lo que se refiere a derechos patrimonialmente neutros⁽⁵⁾ - ciertas normas de derecho internacional privado o de derecho interno que a veces limitan la misma subjetividad jurídica en relación con el país de origen.

Este es el caso, en Italia, el art. 16 de las disposiciones preliminares del *Codice civile* (que establece el principio de reciprocidad) que a la luz del ordenamiento de la Unión Europea ya es, sin duda, aplicable a aquellos que tienen la condición de ciudadano europeo.

Los derechos que derivan de la ciudadanía

comunitaria han contribuido inevitablemente al proceso de integración europea, sea directamente (a través de las disposiciones de los Tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales), que indirectamente a través de la aplicación judicial de la libre circulación y al principio de no discriminación.

Especialmente la legislación comunitaria en materia de ciudadanía implica que el status de ciudadano nacional no es relevante sólo desde el punto de vista del derecho interno⁽⁶⁾.

Para el Tribunal de justicia el status de ciudadano europeo está destinado a convertirse en el status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros⁽⁷⁾, teniendo en cuenta que la situación jurídica de una persona no puede entrar en conflicto con la condición de ciudadano comunitario⁽⁸⁾.

Si la norma interna tuviera el efecto de privar a los ciudadanos del goce efectivo de los derechos relacionados con el status de ciudadano comunitario o, incluso que obstaculizara el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado miembro⁽⁹⁾, esta regla no debería ser aplicada⁽¹⁰⁾. Todo ciudadano de un Estado miembro

⁽⁶⁾ Tribunal de justicia, 14 de octubre de 2008, C-33/06, *Grunkin-Paul*, en Rec. 2008, p. I-7639.

⁽⁷⁾ Tribunal de justicia, 20 de septiembre de 2011, C-184/99, *Grzelczak*, en Rec. 2011, p. I-6193, punto 31; Id., 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast e R*, en Rec. 2002, p. I-7091, punto 82.

⁽⁸⁾ Tribunal de justicia, 11 de julio 2002, C-224/98, *D'Hoop*, en Rec. 2002, p. I-6191, punto 28; Id., 23 de abril de 2009, C-544/07, *Rüffler*, en Rec. 2009, p. I-3389, punto 62; Id., 21 de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, en Rec. 2011, p. I-6497.

⁽⁹⁾ Tribunal de justicia, 5 de mayo de 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*, en Rec. 2011, p. I-3375; Id., 2 de octubre de 2003, C-148/02, *García Avello*, en Rec. 2003, p. I-11613.

⁽¹⁰⁾ El Tribunal de justicia en la sentencia del 21 de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart véase Secretary of State for Work and Pensions*, cit., puntos 83 y 84 subraya que un ciudadano de la Unión tiene derecho a que se le reconozca en todos los Estados miembros el mismo tratamiento jurídico otorgado a los ciudadanos de tal Estado miembro que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho a la libre circulación que se le pudiera aplicar, en el Estado miembro del que es ciudadano, un tratamien-

⁽³⁾ Tribunal de justicia, 5 de mayo de 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, en Rec. 2011.

⁽⁴⁾ Véase la voz «Libre circulación de las personas (en la Unión Europea)», por R. Cippitani, en este Diccionario Analítico.

⁽⁵⁾ Véase la voz «Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)», por A. Sassi, en este Diccionario Analítico.

bro tiene, de hecho, el status de ciudadano de la Unión según el art. 20, n. 1, TFUE, que es una norma con aplicabilidad directa. Este status se puede oponer incluso en su Estado de pertenencia.

De esta situación deriva la necesidad de elaborar una definición unitaria de status subjetivo europeo, como se va argumentando desde hace unos años⁽¹¹⁾.

En efecto, debido al hecho de que el estado civil de la persona es considerado como condición previa para la atribución de una situación jurídica subjetiva reconocida por el derecho de la Unión - por ejemplo: hermano, esposa, marido, pareja, hijo de ciudadanos europeos, ciudadano europeo - no se puede pensar que el status de una persona pueda ser considerado de manera diferente en cada legislación nacional, para el goce de los mismos derechos.

De esta manera, se violaría el principio de igualdad de los ciudadanos europeos.

El principio de la unicidad tendría que aplicarse, por lo tanto, a los actos que se refieran al status civil, tal como se define en el Estado miembro de origen.

Esto es porque, del status depende la existencia y el goce de los beneficios previstos por el derecho de la Unión.

La noción unitaria de status ya se ha hecho operativa en normas de derecho derivado como las que se aplican a los funcionarios de la Unión Europea⁽¹²⁾.

En este ámbito, se puede encontrar, por ejemplo, la noción autónoma de familia.

La reflexión sobre el concepto de status en el derecho comunitario abre la posibilidad de un análisis más amplio sobre la noción de status, si bien limitado en estas pocas páginas.

to menos favorable del que sería adjudicatario si no hubiera beneficiado de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación.

⁽¹¹⁾ Conclusiones del Abogado General Pergola con respecto al caso C-336/94 Dafeki, en *Rec.* 1994, p. I-6761.

⁽¹²⁾ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El derecho comunitario proporciona elementos que refuerzan la función del status, que en los últimos años se había hecho menos importante e incierto.

Sin embargo, el rasgo común entre los diferentes tipos de status en las diversas épocas son los caracteres que identifican la posición de una persona en la sociedad.

Estos caracteres ya no sirven para distinguir a la persona desde una perspectiva negativa. Las características de noción comunitaria de status podrían incluirse en la definición orgánica, dada su conexión con la ciudadanía y la familia como entidades colectivas de las cuales la persona forma parte de manera necesaria.

Todo esto fortalece y confirma la teoría orgánica de status, poniéndola en un nivel supranacional que antes no tenía.

De hecho, hoy en día la teoría orgánica de status ya no tiene que ser considerada como perteneciente a una dimensión nacional, sino supranacional, teniendo en cuenta la importancia jurídica del proceso de integración europea.

Cabe señalar que la familia es uno de los status de referencia de la teoría orgánica, de primaria importancia incluso en el derecho comunitario.

Este sistema destaca el problema de la identificación del genotipo «familia» al cual se tiene que hacer referencia.

El ordenamiento de la Unión, no obstante se refiera a los ordenamientos jurídicos internos, en realidad reconoce como familias incluso relaciones que no son consideradas como tales en muchos derechos nacionales. Entonces, en el ordenamiento jurídico comunitario se están desarrollando nociones autónomas de «familia» o de «familiares».

Al mismo tiempo, desde el punto de vista del derecho nacional, está perdiendo valor la idea, de que la familia es un centro de imputación de intereses diferentes según los miembros que la componen.

Otra noción de status utilizada normalmente por la teoría orgánica es el concepto de ciudadanía.

Si a la familia, por las razones expuestas, ya no se le puede aplicar la concepción orgáni-

ca, la única colectividad de referencia sería la ciudadanía.

Sin embargo, el concepto de ciudadanía comunitario nació en 1992, a pesar de que las características del sistema jurídico comunitario autónomo se fueron esbozando desde 1963.

En este largo período de tiempo, la condición necesaria para la participación en la entidad colectiva europea era la de trabajador, no la de ciudadano.

Está claro que no es central la relación orgánica sino el dato que la condición relevante para el ordenamiento jurídico sea el nacimiento de un contrato, o sea el de una relación de trabajo.

En una famosa obra, Henry Maine señala que la transición de la Edad Media a la realidad actual se caracteriza por un cambio de status basados en las relaciones no dinámicas de dependencia entre las personas. Esas eran relaciones estáticas porque establecidas por el mismo orden social medieval y como tal eran difíciles de cambiar.

En cambio las relaciones que nacen en época moderna se basan en contratos limitados en el tiempo, y que las partes quedan libres para estipular.

En la realidad contemporánea, la referencia al contrato como momento de formación de el status ya no es suficiente para explicarlo y comprenderlo plenamente en su dimensión supranacional.

De hecho, la referencia al sistema jurídico comunitario refuerza la idea de status como momento de síntesis entre derecho privado y derecho público, donde, según los diferentes sectores, hay un mayor o menor grado de autodeterminación del individuo dentro de áreas determinadas por un interés público.

Trazar la presencia de este último es crucial para entender la función de status en la realidad contemporánea y no dejar que se limite a una dimensión subjetiva, que tiende a expandirlo más allá de su función característica.

El ordenamiento de la Unión Europea apoya la idea de que el concepto de status describe el mutable equilibrio entre la libertad de la voluntad y la libertad de movimiento, por un

lado, que es esencialmente materia de derecho privado y los objetivos sociales del estado de bienestar, que se expresan en términos de derecho público.

La misma selección de status dentro del derecho comunitario destaca la tendencia emergente en el *welfare state* por el cual el status ya no es sinónimo de privilegio, ni instrumento de la igualdad formal, como lo han considerado los ordenamientos jurídicos desde la Revolución Francesa. Como se opina: «El principio de la igualdad nace (...) a partir de las cenizas de la condición política y filosófica de los status personales de época medieval y moderna, y en una relación de oposición abierta y desacuerdo total».

La llegada del Estado de bienestar ha obligado a la creación de normas que sirven a la promoción y a la protección de las personas vulnerables, a través de la demarcación de las particularidades, pero no de una manera discriminatoria.

La evolución de la sociedad y de los sistemas jurídicos conduce al reconocimiento de status como compromiso para eliminar los obstáculos y poner en práctica el principio de igualdad (no formal sino) substancial.

La noción de status, condición previa para el disfrute de los derechos individuales dentro de la Unión, confirma que es el interés público el motor principal de su identificación. Ese interés puede cambiar, cambiando los sistemas jurídicos de referencia. De ahí la dificultad de su definición.

En el derecho comunitario el interés público se identifica en los fines perseguidos por la Unión. La condición de la persona está reglamentada para alcanzar los objetivos establecidos en los arts. 2 y 3 TUE y para construir el mercado interno. Entonces en el sistema de la Unión Europea, el número de status no es infinito y dilatado como en la interpretación subjetivista, sino limitado a las condiciones previas de las personas, funcionales para el logro de sus objetivos, de manera que no estén en conflicto con la promoción del Estado de bienestar.

Sucesiones transfronterizas «mortis causae»

Bibliografía: ABARCA JUNCO, *Derecho internacional privado*, vol. 2, *Derecho civil internacional*, Madrid, 2004; CALVO CARAVACA et al., *Derecho internacional privado*, vol. 2, 8ª ed., Granada, 2007; GONZÁLEZ MARTÍN, *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, Parte especial, *Derecho civil internacional*, México, 2008, p. 676 ss.; PEREZNIETO CASTRO, SILVA SILVA, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Oxford-México, 2007.

1. Introducción. El derecho de propiedad no es regulado de la misma manera en los diferentes países, y por lo tanto dicha situación se convierte en uno de los aspectos que pueden dificultar la integración tanto económica como jurídica. Uno de los aspectos relacionados con dicho derecho es el relativo a las sucesiones *mortis causae*, es decir, la transmisión del patrimonio de una persona a otras por motivo de su muerte.

2. Concepto. Las sucesiones transfronterizas *mortis causae* son aquellas que presentan uno o varios puntos de conexión con diferentes sistemas jurídicos, y en consecuencia, pueden producir efectos jurídicos en varios países. En efecto, dicha conexión puede darse por diferentes causas: ubicación de los bienes en diferentes países, la nacionalidad o domicilio tanto del *de cuius* como de los posibles herederos, lugar de otorgamiento o de ejecución del testamento⁽¹⁾; dicha conexión transfronteriza se presenta tanto si la sucesión es testamentaria como intestada.

3. Problemática. A) Tribunal competente. El primer problema a resolver respecto de las sucesiones transfronterizas consistente en determinar el tribunal competente para conocer y substanciar el procedimiento sucesorio⁽²⁾.

Salvo el caso de la Unión Europea⁽³⁾, no existe ninguna convención o tratado que regule el tema de la competencia en materia sucesoria, razón por la cual existe la posibilidad de que se generen conflictos de jurisdicción internacionales, en virtud de que cada estado tiene plena soberanía para regular la competencia sin un principio generalmente aceptado en el plano internacional al respecto. Cabría la interrogante de que si una persona podría o no señalar en un testamento una estipulación en donde señalara un tribunal competente para conocer de sus sucesión, cuestión que si está permitida por la legislación de la Unión Europea, sin embargo, con relación al resto de los países consideramos que dicha cláusula no podrá surtir sus efectos siempre, por tratarse de un procedimiento universal que puede involucrar a terceros y por su carácter de orden público.

Varios son los puntos de referencia que utilizan los diferentes países para atribuir competencia a los tribunales en materia sucesoria, en ocasiones son supletorias y en otras excluyentes: lugar de domicilio o nacionalidad del *de cuius*, lugar de ubicación de la mayoría de los bienes, lugar de la muerte, lugar del principal asiento de sus negocios. La situación anterior puede traer como consecuencia que existan varias procedimientos o juicios sucesorios sobre una misma persona en dos o más países con el riesgo de resoluciones divergentes o contradictorias, así como la complejidad en la ejecución de las sentencias que en cada país se lleguen a dictar, sobre todo porque uno de los requisitos comúnmente aceptados para ejecutar una sentencia extranjera es que el juez que haya dictado la misma hubiese asumido competencia de manera correcta.

⁽¹⁾ Ver RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, Parte especial, *Derecho civil internacional*, México, 2008, p. 376.

⁽²⁾ Aunque existe sistemas jurídicos en los que algunos procedimientos sucesorios pueden ser vía extra-

judicial, por ejemplo en México pueden realizarse a través de un Notario Público.

⁽³⁾ El Reg. (UE) n. 650/2012 establece como la regla general de competencia la residencia habitual del autor de la sucesión.

B) Derecho aplicable. 1) Procedimiento: En principio la ley procesal aplicable mediante el cual se va a dar trámite al procedimiento sucesorio será la ley del foro que haya asumido competencia. 2) Otras cuestiones: Por su carácter universal, las sucesiones se encuentran involucradas con un número importante de puntos controvertidos, respecto de las cuales y para cada uno de ellos hay que determinar el derecho aplicable en el caso de sucesiones transfronterizas.

Dentro de dichos temas, podemos mencionar en primer lugar la diferencia que existe en los sistemas de libre disposición - en donde el *de cuius* puede disponer totalmente de su patrimonio en la forma y términos que desee - y los de disposición limitada (v. gr. la existencia de legítimas, testamentos inoficiosos, prohibición de ciertas condiciones, etc.); al respecto podemos señalar que generalmente la ley aplicable es la norma sustantiva del lugar en donde se está tramitando la sucesión por ser considerada en muchos casos de orden público.

En segundo término, podemos decir que hay sistemas jurídicos en donde la ley aplicable a todos los aspectos de la sucesión es la del foro, otros en donde siguen el mismo principio salvo la forma del testamento, y finalmente existen los menos, que establecen de manera diferencia el derecho aplicable para cada aspecto. *a.* Capacidad para testar, generalmente se establecen dos posibilidades en cuanto al derecho aplicable: *i)* el del lugar de residencia habitual o domicilio, *ii)* el de la nacionalidad. *b.* Capacidad para heredar y derechos sucesorios, por regla general se rige por la ley del foro y si el futuro heredero o legatario es extranjero, en ocasiones de establece el requisito de reciprocidad. *c.* Forma de testamento, en este caso la regla aceptada es la del lugar en donde se haya otorgado. *d.* Con relación a las cláusulas o estipulaciones de los testamentos, pactos sucesorios, sucesiones contractuales, derechos reales, obligaciones en contra de la masa hereditarias, donaciones, legados, fideicomisos, tutela, etc., la norma aplicable generalmente es la del lugar en donde vayan a surtir efectos o ejecutarse.

C) Orden Público. La figura del orden público en materia de sucesiones transfronterizas tiene una gran relevancia, en virtud que las sucesiones son un tema que rebasa los límites del ámbito privado, en virtud de la posibilidad que existe en muchos países de que el estado, ante la falta de herederos, pueda adquirir la masa hereditaria⁽⁴⁾. Asimismo, por la diferencia entre los sistemas jurídicos, existen en muchos casos el riesgo de alterar la estructura fundamental en la que cada estado regula las sucesiones, máxime que está obligado a dar certeza y seguridad tanto al *de cuius* como a los posibles herederos o legatarios en la transmisión del patrimonio de una persona por causa de su muerte, así como a terceros, tales como acreedores meramente patrimoniales como de otra clase (acreedores alimentarios, fisco, trabajadores); sin embargo, dicha figura debe ser aplicada de manera restrictiva, toda vez que la regla general es el reconocer las situaciones válidamente creadas a la luz de otro derecho, así como los efectos que de ellas se desprendan.

En efecto, se debe procurar respetar al máximo la voluntad del *de cuius*, sin que implique la alteración de elementos substanciales del estado receptor, con el fin de dar tranquilidad a la persona respecto del destino de sus bienes después de su muerte, buscando el respeto al derecho de propiedad.

4. Tratados internacionales y Unión Europea.

En materia de sucesiones transfronterizas el desarrollo internacional había sido muy limitado, y hasta el 2012 se habían elaborado cuatro convenciones: *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado:* *i)* Convenio sobre conflicto de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias de 1961. *ii)* Convenio sobre la Administración Internacional de Sucesiones de 1973. *iii)* Convenio sobre Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1989. *UNIDROIT* Convenio que establece una ley uniforme sobre la forma de un testamento

⁽⁴⁾ Hay que recordar el caso Fargo en Francia, y el nacimiento de la figura del reenvío.

internacional de 1973. Unión Europea. Un avance substancial ha significado la expedición el 4 de julio del 2012 del Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, estableciéndose como el derecho comunitario de la materia al que los sistemas jurídicos de sus miembros deberán ajustarse.

En dicho reglamento se regulan aspectos como competencia, normas conflictuales para determinar el derecho aplicable respecto de capacidad para suceder, causas y momento de apertura de sucesión, determinación de beneficiarios, responsabilidad, libre

disposición legítimas y demás restricciones, partición de herencia, pactos sucesorios, validez formal de la disposición testamentaria, normas relativas al nombramiento y facultades para los administradores, conmorencia, derechos reales, sucesión vacante, reenvío, orden público, así como reconocimiento y ejecución de resolución y sentencia extranjeras, y el certificado sucesorio europeo para que los heredero, legatarios o administradores puedan acreditar su calidad ante cualquier autoridad de la Unión. Si bien no se ha logrado un derecho uniforme en cuanto a lo sustantivo, servirá de base la uniformidad de las normas conflictuales de los diferentes países miembros.

Manuel Alejandro Munive Páez

Sufragio

Bibliografía: FAJARDO MÉNDEZ, *Manual de derecho electoral*, Bogotá, D.C., 2003; FIGUEROA JIMÉNEZ, *Derecho, elecciones y democracia en Colombia*, Bogotá, D.C., 1997; OLANO GARCÍA, *Constitución política de Colombia - Concordada*, 8ª ed., Bogotá, D.C., 2011; OLANO VALDERRAMA, OLANO GARCÍA, *Derecho constitucional general e instituciones políticas. Estado social de derecho*, 3ª ed., Bogotá, D.C., 2000.

1. El derecho al sufragio. El derecho al sufragio constituye para el ciudadano un derecho público subjetivo; pero su eficacia está condicionada por el concurso de las manifestaciones de voluntad de los componentes del cuerpo electoral, que de todos modos es un agregado comunitario. Desde luego, no es necesaria la fijación de un mínimo de votantes para que se tenga como inequívoca la escogencia que haga en determinado momento dicho órgano del Estado. Quienes

votan eligen, aun cuando el número de abstencionista alcance proporciones en verdad impresionantes.

El derecho del electorado activo proviene de la capacidad electoral, la cual consiste en el poder concedido por la ley a los ciudadanos y desde luego garantizado por ella, de inscribirse en un colegio electoral con el fin de participar en la función del sufragio, ya sea para elegir presidente de la república o a los integrantes de los llamados cuerpos representativos.

En muchos países, el voto es considerado como un derecho y deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votan secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrece seguridad, las cuales serán distri-

buidas oficialmente. La organización electoral suministra igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley puede implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos, en muchos casos a través del denominado voto electrónico.

El derecho al sufragio como tal, generalmente se encuentra desarrollado en cada una de las constituciones federales o nacionales y, de modo particular en los sistemas estatales o estatales, muchas veces, a través de leyes estatutarias de los mecanismos de participación ciudadana.

2. La capacidad electoral. Para el ejercicio del sufragio, la capacidad electoral depende de los requisitos que para tal efecto señale la ley, siendo criterios principales para su determinación, la nacionalidad y la edad.

Particularmente, los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, jueces de paz y en su oportunidad, a los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que cada Constitución señale.

En los sistemas en los cuales se eligen gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato; es lo que se conoce como el «voto programático», que puede dar lugar a la revocatoria del mandato, reconocido también por las constituciones como mecanismos de participación popular.

En desarrollo del derecho al sufragio, se entiende por «voto programático» el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir alcaldes y gobernadores, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura. Por su parte, las faltas absolutas o tempo-

rales de los elegidos, serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

Son faltas absolutas: Además de las establecidas por la ley; las que se causan por: Muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva Corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente.

Son faltas temporales las causadas por: La suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración [que no podrá ser inferior a tres (3) meses]; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor.

Los casos de incapacidad, calamidad doméstica y licencias no remuneradas, deberán ser aprobados por la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, Senado o Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Municipal y Junta Administradora Local.

3. Pérdida del derecho a votar. Todos los ciudadanos que llenen los dos requisitos aludidos anteriormente (que tengan mayoría de edad para efectos del sufragio) son electores, a menos que se hallen colocados en ciertas situaciones que conllevan la pérdida de ese derecho, destacándose en todo caso las siguientes: los *interdictos* por enfermedad mental, es decir, los individuos que han sido declarados como tales por la autoridad competente en razón de alteraciones sufridas en su capacidad de entender o de querer; los *condenados* a la pérdida de los derechos políticos como pena accesoria de una sanción más grave como la de presidio o prisión, caso en el cual la interdicción de derechos y funciones públicas se impone por el tiempo igual al de la pena principal, como ocurre en Colombia; y los sujetos que *adquieran carta de naturaleza* en otra nación, que renuncien a la nacionalidad colombiana; ese es el gran compromiso de permitir un espacio partici-

pativo y de construcción de un alto nivel de interrelación de los diferentes actores sociales, responsables y activos en el proceso de edificación de la democracia en todos los escalones de la sociedad civil.

4. Atributos esenciales del sufragio. Para que el sufragio se pueda considerar como la expresión auténtica de la voluntad popular debe ser.

1) *Universal (de todos los ciudadanos)*. Esto no quiere decir que la universalidad del sufragio sea absoluta. En todos los países tanto la Constitución como las leyes respectivas exige un mínimo de condiciones necesarias para que los miembros del cuerpo electoral puedan votar, como las referentes a la nacionalidad y a la edad ya mencionadas, lo mismo que a ciertos requisitos morales de los electores.

Lo no aceptado ni aceptable, en manera alguna, es que el ejercicio del voto pueda estar subordinado a factores raciales, culturales, religiosos, económicos o sociales, ni mucho menos la diferencia de sexo. El estar exento de tales condicionamientos es lo que permite hablar de la universalidad del sufragio.

Referente al voto de los militares, las opiniones son contrapuestas. Buen número de tratadistas conceptúan que si se les concede el derecho del voto a los militares se corre el riesgo de que intenten jugar un rol intenso en la actividad política hasta el punto de poner en peligro al gobierno civil, o por lo menos de afectar la indispensable disciplina castrense.

Para otros autores ese derecho es imperativo y al serle negado a los miembros de las fuerzas armadas prácticamente se les está desconociendo su calidad de ciudadanos, tesis que se aceptó en la República Bolivariana de Venezuela por parte de su Presidente, el Coronel Hugo Chávez.

En realidad una u otra posición depende del concepto existente en torno a los tipos de Estado. En las democracias clásicas predomina la tendencia a sustraer a los militares del ejercicio del sufragio, en tanto que les es concedido, sin restricción específica alguna, en las llamadas democracias populares.

2) *Igual*. Esta condición se refiere no solo a que todos los ciudadanos deben votar, sino a que el sufragio de cada uno de ellos tiene el mismo valor. De ahí el apotegma de que los votos se cuentan, no se pesan. La igualdad del voto excluye por lo alto las figuras del voto plúrimo (atribuciones para que un sujeto pueda depositar varios votos en una sola urna) lo mismo que del voto múltiple (posibilidad de que el elector pueda votar en más de una circunscripción electoral).

3) *Secreto*. Este requisito tiene como finalidad sustraer al elector de las coacciones, los temores reverenciales y las represalias. Autores tan insignes como Stuart Mill y Montesquieu se pronunciaron en su tiempo a favor del voto público, no secreto, aduciendo como razón la de que permitiría a las personas cultas y autorizadas dar ejemplo valiosísimo a los vacilantes en torno a la responsabilidad que implica el acto de poder votar. Sin embargo esta tendencia fue superada en tal forma que hoy todos los Estados han acogido la tesis del voto secreto para preservar la libertad de los electores, sobre todo de quienes se encuentran en condiciones de dependencia jerárquica, económica o social en relación a otros sujetos.

4) *Personal*. Se dice que el voto es personal cuando el elector ejerce el derecho del sufragio por sí mismo, excluyendo el voto por correspondencia o por otro medio que implique la figura del mandato.

El carácter personal del voto también es incompatible con el llamado voto familiar, cuya esencia era la de que el jefe del hogar podía sufragar en cada elección tantas veces cuantos descendientes estuvieran a su cargo, conforme a la fórmula «una vida, un voto».

5) *Facultativo*. El voto facultativo corresponde a un sistema que deja libre a cada elector para sufragar por el candidato o candidatos de su preferencia o para abstenerse de ejercer ese derecho.

La libertad del voto consiste, pues, en que no haya presión de ninguna naturaleza sobre el elector, ya sea física, económica o moral, y también en que la decisión de sufragar se deje a la conciencia y responsabilidad de cada cual. Sobre todo en cuadros de obre-

ros no sindicalizados se les oye decir a muchos con pesadumbre no exenta de actitud: «*nosotros votamos por el pan*», dejando entrever la existencia oculta de presiones de carácter económico. Sin embargo, es preciso distinguir las presiones propiamente dichas de la simple propaganda política, cuya esencia está conformada por las técnicas cada día más sofisticadas y costosas de la publicidad hablada y escrita.

En numerosos países latinoamericanos, la abstención electoral ha alcanzado cifras alarmantes, dejando entrever o un crudo escepticismo político o una desdeñosa indiferencia cuya causa más profunda es la falta de integración real de los ciudadanos dentro del marco institucional del Estado, esto es, la ausencia prohijada de la democracia gobernante.

Para combatir la abstención, por ejemplo, el Congreso de Colombia dos leyes que establecen que la participación mediante el voto en la vida política, cívica y comunitaria se considera una actitud positiva de apoyo a las instituciones democráticas, y como tal será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades.

Así es como para todo ciudadano que ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados, gozará de una serie de beneficios que las citadas leyes consagran.

5. Ciudadanos excluidos del cuerpo electoral. En particular pueden ser excluidos del registro electoral, conforme a la legislación de diferentes países, quienes se encuentren en cualquiera de las situaciones siguientes: a) Los civilmente incapaces, es decir los interdictos e inhabilitados por enfermedad de la mente; b) Los militares; c) Los condenados a penas aflictivas de presidio o prisión hasta el día de su rehabilitación en el ejercicio de los derechos políticos; d) Los que hayan adquirido carta de naturaleza en otro país y no hayan realizado rehabilitación de la ciudadanía y de la nacionalidad.

6. Clases de elecciones. La Constitución determina, tres clases de elecciones, cuya fecha separada de realización corresponde fijar a la ley para el uso colombiano: a) Para presidente y vicepresidente de la república. b) Para miembros del Congreso (Senadores y Representantes). c) Para autoridades departamentales y municipales (gobernadores, diputados, alcaldes y concejales).

Éste marco obedece a propósitos democráticos, aunque ha sido criticada la gran frecuencia de elecciones por los costos que estas implican para el país debido a su frecuencia.

Muchas veces, la elección del Presidente y Vicepresidente no podrá coincidir con otra elección. La de Congreso se hará en fecha separada de la elección de autoridades departamentales y municipales.

Generalmente, para las elecciones, debe aplicarse un sistema de Lista Única, de acuerdo con el número de partidos y movimientos políticos existentes y de cargos a proveer y ciertos porcentajes que modificarán la asignación por requerirse del umbral y la cifra repartidora mínima.

7. Circunscripciones electorales. En los grandes Estados modernos, sobre todo para la elección de los miembros de cuerpos colegiados, es muy cercano a lo imposible lograr que voten todos los ciudadanos en una sola circunscripción electoral que vendría a confundirse con el territorio nacional.

Al contrario, el territorio de cada país, para asuntos electorales, se divide en varias circunscripciones de este carácter con el fin de facilitar, ordenar y controlar la función del sufragio y, también, para que todas las regiones obtengan la debida representación en los diversos cuerpos colegiados estatuidos por la ley superior correspondiente.

Los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados tienden a buscar el sistema que garantice, en cada circunscripción, la proporcionalidad más rigurosa entre el número de curules por proveer y el número de electores inscritos.

Para obtener la debida proporcionalidad entre el número de curules por proveer y la po-

blación de las circunscripciones, existen dos métodos principales: **1)** El primer método consiste en dividir artificialmente el territorio del país para efectos de la función electoral. La operación es muy sencilla: se estructura cierto número de circunscripciones aproximadamente con el mismo número de electores para que puedan elegir (cada una) el mismo número de representantes o diputados. A primera vista este método tiene la ventaja de su sencillez, pero tiene serios inconvenientes. El partido que la lleva a cabo por regla general es el que está en el poder, y, en tales circunstancias, su interés de aliento más vivo es mantener y consolidar la posición mayoritaria que ha conquistado a costa de duras batallas. Por lo demás, el funcionamiento concreto de estas circunscripciones ficticias y pasajeras, en la mayoría de los casos, está colmado de dificultades de distinto género, no siendo de menor importancia la referente al aumento o disminución impredecibles del volumen de sus habitantes, partiendo de una determinada fecha comicial a otra. **2)** Un método distinto consiste en hacer coincidir las circunscripciones electorales con las divisiones de carácter administrativo, en torno a distritos y departamentos, como ocurre - verbigracia - en las repúblicas francesa, colombiana y española. Este método tiende a eliminar los riesgos de divisiones arbitrarias, así como las dificultades que se advierten en su funcionamiento, aunque no siempre coinciden la población real y el número de representantes o diputados de cada una de las circunscripciones. De todos modos la respuesta a los problemas que se dejan reseñados adquiere particular importancia según el tipo de escrutinio que se adopte, ya sea el uninominal o el escrutinio de lista. **3)** El escrutinio uninominal. Se basa en que el elector no vota sino por un solo nombre, en razón a que la circunscripción electoral en la cual está inscrito elige únicamente un representante o diputado. En Francia, por ejemplo, hay circunscripciones de distrito, de modo que el escrutinio uninominal también puede ser de distrito.

Los defensores del escrutinio uninominal presentan estos argumentos.

I. Permite que los electores participen más directamente en la escogencia de sus representantes, lo que entraña una elección más consciente y diáfana. Por cuanto el distrito corresponde a una circunscripción reducida, el elector tiene oportunidad de conocer personalmente a cada candidato, lo cual no ocurre en el marco de un departamento en donde es casi imposible que cada elector se forme una idea clara de los candidatos de todas y cada una de las listas.

El torneo comicial es menos costoso en una decisión de distrito que en la de un departamento. El escrutinio uninominal por distritos protege la soberanía individual del elector contra la absorción de las asociaciones políticas, con el escrutinio por departamentos solo tienen posibilidad de ser elegidos quienes figuran en la lista de un gran partido político, lo cual determina el completo predominio del partido sobre el representante o diputado hasta el punto que este se considera más del partido que del elector.

II. El escrutinio de lista. Tiene esta la característica esencial de que el elector vota por varios nombres en razón a que en su circunscripción electoral se eligen varios representantes o diputados. En Francia bajo la IV República se optó por el escrutinio de lista, en tanto que en la V se prefirió el sistema del escrutinio uninominal.

Los partidarios del escrutinio de lista defienden tal procedimiento aduciendo las siguientes razones: El escrutinio uninominal lo es de personas y no de ideas. El elector vota por un candidato no propiamente en razón de su programa sino por algunos atributos personales que lo distinguen.

Se vota por zutano teniendo en cuenta sus apellidos, porque lo distinguen algunos títulos profesionales; porque tiene alguna notoriedad local; porque es dueño de considerables bienes de fortuna; porque se ha convertido o está próximo a convertirse en cacique regional. Si el escrutinio uninominal impide la dictadura del partido político, es impotente contra la dictadura personal del representante o diputado.

Por otra parte el distrito - en razón de tener un marco estrecho - facilita las presio-

nes de la administración sobre los electores. Además el escrutinio uninominal restringe el horizonte político del elector a los límites del distrito. De ahí que el insigne orador galo - Gambetta - dijera en su tiempo al enjuiciar tal sistema, que no era otra cosa que «un espejo roto en el que Francia no podría reconocer su verdadera imagen»⁽¹⁾.

Se arguye también que el escrutinio uninominal quebranta la proporcionalidad de la representación entre las diferentes circunscripciones electorales, puesto que en cada una de ellas - cualesquiera que sea su población - no se puede elegir sino un solo representante o diputado.

En cambio el escrutinio de lista permite variar, al menos dentro de ciertos límites, el número de representantes o diputados en consonancia con el volumen de la población correspondiente.

Otro argumento de peso contra el escrutinio uninominal es el de que las fuerzas políticas minoritarias en cada distrito quedan sin representación parlamentaria, pese a que la igualdad democrática exige que todos los grupos de alguna significación estén representados en los cuerpos colegiados, no solo el que tiene la mayoría sino también las agrupaciones políticas minoritarias. Esta exigencia democrática se puede atender con éxito a través del escrutinio de listas por departamentos.

8. Sistemas para asignación de curules. Para la adjudicación de listas, encontramos varios sistemas, que aquí se explican.

A. *Sistema mayoritario*. Ese sistema funciona mediante dos métodos principales: a) Mayoritario puro. Se aplica cuidadosamente en Gran Bretaña. Este método consiste sencillamente en que triunfa el candidato que en la respectiva circunscripción uninominal alcance la mayoría relativa. b) Mayoritario con nuevo escrutinio en la segunda votación. Este método es el escogido por la V república francesa y consiste en lo siguiente: para

ser elegido un candidato que aspira a la representación popular es necesario que en la primera votación alcance la mayoría absoluta (mitad más uno) de los electores inscritos en los registros de la respectiva circunscripción electoral. Si este requisito no se alcanza en la primera votación, a los quince días se procede a una segunda vuelta comicial, pero en torno únicamente a los dos candidatos que en la justa electoral precedente hayan alcanzado el mayor número de sufragios. En el segundo escrutinio obtendrá la victoria el candidato que obtenga la simple mayoría relativa.

B. *Sistema de la representación proporcional*. Este sistema se propone asegurar a las diversas corrientes políticas un número de curules que correspondan con la mayor exactitud a su fuerza numérica.

El sistema consiste en la votación por listas concurrentes que presentan los diversos grupos de electores (ordinariamente los partidos públicos) con el fin que en cada circunscripción, los candidatos sean elegidos en proporción a los votos que obtenga cada lista.

La asignación proporcional de las curules para cada lista se puede llevar a cabo mediante dos métodos principales.

1) *Método D'Hondt o del divisor común*. Su mecanismo es el siguiente: el total de los votos obtenidos por cada lista se divide sucesivamente por uno, por dos, por tres, por cuatro, por cinco, etc., hasta la concurrencia del número de curules que se deban proveer, y luego se escogen dentro de los cuocientes así obtenidos, los que representen cifras más altas y en igual número al de los representantes o diputados por elegir, colocándolos en gradación descendente, es decir, que a cada lista se le asignarán tantas curules cuantos sean los cuocientes que a aquellas correspondan en dicha operación gradual.

El último cuociente será el divisor común, con base en el cual es fácil efectuar la prueba.

Veamos un ejemplo. En el Municipio de Villa de Leyva, se elegirán ocho concejales y hay inscritas seis (6) listas con voto preferente. El día de elecciones, cada una de las listas obtuvo la siguiente votación: *Partido Tigre*,

⁽¹⁾ OLANO VALDERRAMA, OLANO GARCÍA, *Derecho constitucional general e instituciones políticas. Estado social de derecho*, 3ª ed., Bogotá, D.C., 2000, p. 315.

491 votos; *Partido Cerdo*, 317 votos; *Partido Buitre*, 808 votos; *Partido Burro*, 312 votos; *Partido Zorro*, 1800 votos; *Partido Víbora*, 1688 votos = votos por listas: 5416; votos en blanco 286; votos nulos 69; total votos: 5771; tarjetas no marcadas 46.

En primer lugar se calculan los votos válidos = votos por listas + votos en blanco.

Ej: $5416 + 286 = 5702$ votos válidos.

Después se calcula el cociente y con base en éste se calcula el Umbral, así: votos válidos dividido por puestos a proveer y luego todo dividido en dos.

Ej: $5702 / 8$ curules = 713 votos es el cociente y, $713 / 2 = 357$ votos es el umbral.

En tercer lugar se ordena la votación de cada partido en orden descendente con base en la matriz 1.

En cuarto lugar se encuentra cual es la cifra repartidora, teniendo en cuenta que son ocho las curules a proveer. Esto se obtiene dividiendo el número de votos de cada lista por uno, dos, etc., hasta ocho, que es el número de curules a proveer. La octava cifra más alta hallada en la división, será la cifra repartidora, que para nuestro ejemplo es 450.

Finalmente, de acuerdo con la cifra repartidora obtenida, se sabrá cuántas curules le corresponde a cada partido dividiendo el número de sus votos por la cifra repartidora:

Partido Zorro $1800 / 450 = 4$ curules

Partido Víbora $1688 / 450 = 3,75$ curules

Partido Buitre $808 / 450 = 1,79$ curules

Entonces, las curules se asignarán así: Partido Zorro, 4; Partido Víbora, 3 y Partido Buitre, 1.

2) *Método del cociente electoral*. Al emplearse este método, la operación consiste en lo siguiente: el total de los votos válidos obtenidos por todas las listas (cifra global de sufragios en cada circunscripción) se divide por el número de curules que se van a pro-

veer, obteniéndose así el cociente electoral. Conocido este, se elegirán tantos senadores, representantes, diputados o concejales por cada lista según las veces que el cociente electoral entre en la cifra de votos obtenida por cada una de ellas.

Si el juego del cociente electoral no alcanza a cubrir el número de curules que es necesario proveer por cada circunscripción, se tendrán en cuenta los residuos mayores hasta cubrir la totalidad de aquellas.

Ejemplo: Se trata de adjudicar 2 curules de senadores entre las listas A, B y C, por la circunscripción electoral especial indígena. La lista A obtuvo 150.000 votos; la lista B, 90.000 votos y la lista C, 70.000 votos. De acuerdo con el método del cociente electoral ¿cuántos representantes sacó cada una de las listas? Sumando la totalidad de los sufragios emitidos, estos alcanzarían a 310.000 votos. Dividiendo esta cifra por 2 que en el ejemplo indicado es el número de curules por proveer, se tendría el cociente electoral, o sea 155.000. Luego se divide el número de votos que obtuvo cada lista por el cociente mencionado y así se sabrá el número de representantes que le corresponde a cada una de las listas.

El cociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer, es como se le ha definido en Colombia y, además, si se tratara de la elección de solo dos individuos, el cociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer, más uno. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos, en orden descendente.

Matriz 1

Nombre del partido	1	2	3	4	5	6	7	8
Zorro	1800	900	600	450	360	300	257,1	225
Víbora	1688	844	562,6	422	337,6	281,3	241,1	211
Buitre	808	404	269,3	202	161,6	134,6	115,4	101
Tigre	491	245,5	163,6	122,8	98,2	81,8	70,1	61,4
Cerdo	317	158,5	105,7	79,3	63,4	52,8	45,3	39,6
Burro	312	156	104	78	62,4	52	44,6	39

Por su parte, el doctor Álvaro Enrique Figueroa Jiménez en su obra *Derecho, Elecciones y Democracia en Colombia* ⁽²⁾, distingue en las distintas legislaciones electorales tres tipos de cuocientes, a saber: El cuociente por circunscripción: o cuociente propiamente dicho, que es el resultado de dividir el número de votos emitidos por el número de escaños por llenar. En él, cada lista obtiene tantos escaños como veces contiene el número de sufragios que ha recibido el cuociente; El cuociente fijo: o número uniforme que es el número de votos, fijado de antemano para el conjunto del territorio, y que cada lista debe reunir para tener derecho a una curul en la circunscripción que se presenta. Le serán atribuidos tantos escaños como veces contenga este número la suma de sufragios de la lista; El cuociente nacional: que es el resultado de la división del conjunto de los votos emitidos en todas las circunscripciones, por el conjunto de curules que hay que elegir. El cuociente así obtenido se utiliza como número uniforme. Este sistema permite que el número de curules o mandatos obtenidos por cada partido, sea proporcional al favor que ha encontrado en los electores del país entero; El sistema mixto; El sistema mixto intenta conciliar los dos que fueron enunciados anteriormente, tratando de armonizar, de un lado, la representación de las grandes corrientes políticas que agitan en un momento dado la vida del país; de otro, un mayor acercamiento de los electores en relación con los elegidos, y, por último una independencia más real de estos frente al partido con el cual están comprometidos. Dos son los métodos principales ideados para tal fin. El método Hare, o del voto transferible (adoptado en Irlanda y en algunos Estados de Norteamérica) cuyo mecanismo es el siguiente: el elector sufraga a favor de determinado candidato (voto principal) pero puede expresar una inclinación adicional por otro u otros candidatos voto auxiliar). Este sistema de Hare o del cuociente natural, llamado así en honor de Thomas Hare,

quien en su libro *«La Maquinaria de la Representación»*, publicado en 1857, propuso su utilización conjuntamente con el sistema del voto único transferible, presenta el problema que, a consecuencia de que la votación efectiva de las distintas listas en muy raras ocasiones es un múltiplo exacto del cuociente, casi siempre su aplicación deja votos sobrantes y residuos y puestos o curules sin distribuir, dando origen a desequilibrios en la igualdad de los elegidos frente al caudal de la población que representan.

El método Geyerhahn, que requiere a su vez, que el país se divida en circunscripciones uninominales para cubrir con el sistema mayoritario la mitad de las curules que se deben proveer. Para la asignación de la otra mitad se adopta el sistema de la representación proporcional, con el fin de que a cada lista le correspondan tantas curules cuantas veces quepa el cuociente electoral en cada una de ellas.

Para efectos de la representación proporcional aludida, el país se considera como una sola circunscripción que coincide con la extensión total de su territorio. Este sistema ha sido utilizado en Alemania.

9. Causas comunes de inelegibilidad. Por regla general rige el principio de que el ciudadano que reúna las condiciones para ser elector puede también ser elegido. Sin embargo, fuera de las causas de incapacidad ya examinadas a propósito de los electores, existen otras especiales en relación con los candidatos a ser ungidos por el voto según la representación popular a la cual aspiren. Como es natural, tales causas varían según la legislación de los diferentes países; pero desde un punto de vista doctrinal, estas se pueden agrupar en las siguientes: a. Causas que determinan incapacidad. Son las que provienen de la falta de aquellas condiciones psicofísicas y morales de la persona, necesarias para el desempeño de la función pública, pues lo mismo que para el electorado activo, en relación con el pasivo (los elegibles) se requieren la ciudadanía, un mínimo de edad, no haber perdido los derechos políticos a consecuencia de lo prescrito

⁽²⁾ FIGUEROA JIMÉNEZ, *Derecho, elecciones y democracia en Colombia*, Bogotá, D. C., 1997.

en la Ley, ni padecer enfermedad que altere gravemente las facultades de entender o de querer. No tendría capacidad para ser elegido, quien careciera de algunos de los requisitos enunciados anteriormente. b. Causas de inelegibilidad para ciertos cargos. Estas pueden provenir del hecho de ocupar el candidato ciertos cargos públicos o de estar comprometido en actividades contrapuestas a los intereses generales de la comunidad, entre ellas: a) Quien estuviere cumpliendo la

pena de interdicción de derechos y de funciones públicas, bien sea en forma principal o accesoria. b) Quien haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado. c) Quien hubiere perdido su investidura como Congresista (Senador de la República o Representante a la Cámara). d) Quién hubiese sido revocado en su mandato como alcalde o gobernador.

Hernán Alejandro Olano García

Sustracción internacional parental de menores

Bibliografía: 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. 51; ALBORNOZ, GONZÁLEZ MARTÍN, *Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries*, en *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 44, Issue 2, Winter/Spring 2013; BEAUMONT, McEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, Oxford, 1999; 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*, USA, February 2011, p. 1214; DOMINGUEZ, *The Role of Latino Culture in Mediation of Family Disputes*, en *Journal of Legal Advocacy & Practice*, 1, USA, 1999, pp. 154-171; ESTIN, *Sharing Governance: Family Law in Congress and the States*, 18 Cornell J.L. & Pub. Pol'Y 267, 2009; 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, n. 1, January 2010, pp. 71 ss.; FORCADA MIRANDA, *Capítulo Décimo Tercero, Derecho del niño a ser oído*, en TENORIO, TAGLE (COORD.) *La restitución internacional de la niñez. Enfoque iberoamericano, doctrinario y jurisprudencial*, Porrúa, México, 2011, pp. 246-265; GONZÁLEZ MARTÍN, *Familia*

internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata, Porrúa-UNAM, México, 2009; GONZÁLEZ MARTÍN, *Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y mexicano*, en OPERTTI BADAN, FERNÁNDEZ ARROYO, PARRA-ARANGUREN, MORENO RODRÍGUEZ, BASEDOW (coord.), *Derecho internacional privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo*, Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt, Asunción, Paraguay, CEDEP-ASADIP, Biblioteca de derecho de la globalización, 2010, pp. 615-646; GONZÁLEZ MARTÍN, *Compatibilidad de las convenciones interamericanas y universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis*, OAS, Washington, D.C., 2011; GONZÁLEZ MARTÍN, *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; GONZÁLEZ MARTÍN, *Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística*, en CARBONELL, CARBONELL, GONZÁLEZ MARTÍN, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, 2012; GONZÁLEZ MARTÍN, *Sustracción interna-*

cional parental de menores y mediación, en *Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio*, Homenaje a Haydée Barrios, Caracas, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Apoyo de DGAPA (2012-2013), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2013; HATFIELD, KUCINSKI, *Growth Spurt Hits International Law Related to Children*, en *Maryland Bar Journal*, 2012, p. 44 (véase, asimismo, www.globa-linitiative.org); KUCINSKI, *Culture in International Parental Kidnapping Mediation*, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, University School of Law, USA, 9, 2009, p. 556; KUCINSKI, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, en *Journal of Dispute Resolution*, USA, 2010, p. 297; KUCINSKI, *Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases*, en *American Journal of Family Law*, vol. 26, num. 2, Summer 2012, p. 83; PAWLOWSKI, *Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child Custody Disputes*, en *Family Court Review*, USA, April, 2007, p. 305; MATSUNO, NEALLANI, *Family Mediation, Distance Mediation, Intercultural Mediation - What does any of this have to do with Maintenance Enforcement? A Discussion Paper*, en *Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Heidelberg, 5-8 March, 2013; PÉREZ, *Explanatory Report, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, III Actes et Documents de la Quarzième Session*, 426 (1980), p. 458; PÉREZ MANRIQUE, *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, n. 56, p. 23 ss.; REYNOLDS, *International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected Under the Child Abduction Convention*, en *Fam. Ct. Rev.*, 44 2006, pp. 464-466; 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; SCHUZ, 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*, USA, 23, 2012, pp. 65-131; VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, vol. 7, Hart Publishing, UK, 2011, pp. 11-12; WALSHAND, SAVARD, *International Child Abduction and the Hague Convention*, en *Barry Law Rev.* 29, 2006, p. 32; 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.

1. Premisa. La sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores - sustracción internacional parental de menores - tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber, 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. En donde destacamos, de manera práctica, dos cuestiones: a) 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. b) Convenciones, como expresamos, que provienen de diferentes ámbitos - universal y regional, respectivamente - en donde destaca la cobertura y, por ende, 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 Internacional de Menores tiene una importante y clara *cláusula de compatibilidad* entre ella y la Convención de La Haya de 1980 sobre sustracción *in comento*, en su art. 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 cuestiones prácticas, para su enseñanza y aprendizaje, nosotros, en esta ocasión, decidimos centrarnos y citar en su análisis a 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.

2. El Convenio de La Haya. El *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (en adelante 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.

3. Punto de partida. 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 (padre/madre sustractor/a) - también se puede dar la circunstancia de que sean sustractores los abuelos, tíos, etc. - quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (padre/madre sustraído/a) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el art. 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 art. 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.

4. Ámbito de aplicación material. De acuerdo al art. 1 de la Convención de La Haya de 1980 hay que: a) Asegurar la restitución inmediata - al lugar de su última residencia habitual - de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los Estados contratantes. b) 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). Dicho Interés Superior del Menor no está expresamente incorporado en la Convención de La Haya de 1980 pero sí en sus objetivos y preámbulo y éste fue determinado así bajo la idea de evitar que se recurra a él como forma de evadir las restituciones. 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, y si llegara a proceder alguna de las excepciones determinadas en la propia Convención (arts. 12 y 13 principalmente), probadas por el sustractor, se debe denegar la restitución a fin de proteger el mencionado ISM.

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, 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» (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).

Igualmente, y acorde con 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.

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 señala tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989.

5. 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 nexos 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.

6. 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 www.hcch.net en la sesión sustracción internacional.

7. Ámbito de aplicación temporal. El art. 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.

8. Sistema de cooperación. 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 art. 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 regulación 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 art. 10 convencional estipula,

«La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes 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 o restitución 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 alternativo de solución de controversias, tal y como reforzaremos en la parte final de la presente voz.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el art. 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.

9. Procedimiento. 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 donde 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 y en el segundo caso - Estado requerido - el procedimiento versaría en torno a la procedencia de la restitución o no. Abocándonos en el procedimiento a seguir en un país donde un menor o menores se en-

cuentran trasladados o retenidos de manera ilícita, por ejemplo México, tendríamos que discernir entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial mexicano.

En relación al procedimiento administrativo, el solicitante inicia el proceso completando un formulario tipo, art. 8 de la Convención de La Haya de 1980, ante la Autoridad Central correspondiente y en donde no es necesario un procedimiento judicial previo.

En relación al procedimiento judicial se debe distinguir: a) Solicitud; b) Auto admisorio de la solicitud: b.1. revisión de la legitimación del solicitante, es decir, verificar que quien solicita la restitución se encuentra en el ejercicio de la patria potestad o que detenta la guarda o custodia o tiene decretado en su favor algún régimen de visitas por el país requirente, art. 1 del Convenio de La Haya de 1980; b.2. la presentación de la solicitud de restitución ante el Tribunal competente del país donde se encuentre el menor, tiene como efecto interrumpir la excepción prevista en el art. 12 del Convenio de La Haya de 1980, al establecer un año como la fecha límite para la iniciación de los procedimientos de solicitud de restitución; de hecho, dicho art. 12 «determina que si transcurre menos de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita y la fecha de iniciación del procedimiento, la Autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. Como excepción se establece que aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, ordenará, asimismo, la restitución del menor salvo que quede demostrado que éste ha quedado integrado en su nuevo medio»; b.3. el juez dictará auto admitiendo a trámite la solicitud y podrá girar oficio al organismo encargado de la asistencia o protección de menores en el país concreto, en México se puede dirigir al DIF-Nacional, igualmente se puede girar oficio a la agencia ministerial, al sustractor - quien contará con un término de 8 días para deducir sus derechos y puede ofrecer las pruebas pertinentes para justificar sus excepciones, art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, entre otras cuestiones; c) Notificación;

respetando las garantías constitucionales de audiencia y debido proceso; d) Contestación a la solicitud, así 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 arts. 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 (arts. 11 y 12 de la Convención Interamericana de 1989) 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; 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 (art. 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); e) Audiencia. Se procurará, en todo momento, la restitución voluntaria del menor - solución amigable -, tal y como se establece en el mencionado art. 7, inciso c, en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 1980; f) Resolución. Esta se dictará, de preferencia, en la audiencia - también se verá la conveniencia que se encuentre presente el menor sujeto de la restitución - si procede la restitución se solicita que se faciliten los trámites administrativos necesarios para efectuar la restitución del menor sin peligro;

situaciones que se ven ante la Secretaría o Ministerio de Relaciones Exteriores, Instituto u Oficina de Migración, etc.

10. Restitución del menor. Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo al art. 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».

11. Decisión y términos. Por último, destacamos dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de esta voz que se asemeja, quizás, más a un recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que.

A. En ningún caso el juez ante el que se tramita o solicita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el art. 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 art. 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, art. 5, inciso b) y art. 21 de la Convención de La Haya de 1980.

B. 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 (art. 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expedituz que con-

llevan 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.

12. Promoción de acuerdos o resoluciones amigables. 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 pacífica 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, que entendida en el contexto de la Convención de La Haya de 1980, es 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 de La Haya de 1980 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.

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 - arts. 7 y 10 del Convenio de La Haya de 1980.

De esta manera, para finalizar debemos 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 criminales con una potencial sanción criminal - incluso pena privativa de libertad para uno de los padres -, 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 alternativo 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 puedan 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 uno 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 otra parte, 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.

Nuria González Martín

Tortura

Bibliografía: CULLEN, *Defining torture in international law: a critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights*, 2008, en *California Western International Law journal*, 34, 2004, p. 38.

1. La prohibición de la tortura en el derecho internacional. La prohibición de la tortura y de tratamientos o penas crueles, inhumanas o degradantes, es un principio que se inscribe en el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos como expresión directa de una de las obligaciones inviolables y vinculantes que pertenecen, principalmente al Estado en cuanto ejerce su jurisdicción sobre la persona.

A nivel internacional, la prohibición de la tortura encuentra su fundamento principal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de la ONU en Nueva York en diciembre de 1948, que - estrictamente - dice: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (art. 5). A pesar de que la DUDH no es un instrumento jurídicamente vinculante, ella es la piedra angular sobre la cual se basan las convenciones sucesivas, que en cambio tienen carácter vinculante.

En el Derecho internacional y regional son varias las convenciones que consagran la prohibición de la tortura. En particular, cabe recordar: el art. 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966; el art. 5 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre de 1969; el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura 1987; el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. A estos acuerdos se suman los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que, regulando las normas aplicables en situaciones de conflicto armado, establecen también la prohibición de la tortura.

2. La prohibición de la tortura según el principio de *juscogens*. Todos los Convenios antes mencionados establecen en términos absolutos una prohibición de toda forma de tortura, de pena o de tratamiento inhumano o degradante. Este aspecto incontrovertible subraya el carácter fundamental de la prohibición de la tortura como uno de los derechos fundamentales de la persona, por lo que pertenece a la categoría de los llamados derechos absolutos o inderogables. Por lo tanto, al contrario de lo que pasa con otros derechos reconocidos en las mismas convenciones antes mencionadas, la prohibición de la tortura no puede de ninguna manera y por ningún motivo ser objeto de excepciones por parte de los Estados contratantes, o ser limitada temporalmente, aunque fuera justificada por situaciones de emergencia como los conflictos armados .

En este contexto, el veto de la prohibición de la tortura es una codificación de una norma de *juscogens* y de una norma de derecho internacional consuetudinario y, como tal, es válida para todos los Estados de la comunidad internacional sin tener en cuenta las disposiciones expresadas en el derecho convencional. El carácter imperativo de la prohibición de la tortura se ha confirmado no sólo por la doctrina, sino también por las decisiones de los tribunales internacionales.

En particular, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Furundzija declaró lo siguiente: «*It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute rights, which can never be derogated from, not even in time of emergency (...). This is linked to the fact that the prohibition of torture is a peremptory norm or jus cogens*»⁽¹⁾.

El mismo principio ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que

⁽¹⁾ *Prosecutor v. Furundzija*, ICTY Case n. IT-95-17/1, Trial Chamber Judgment, párrafo 144.

ha opinado que: «*Within the Convention system it has long been recognized that the right under Article 3 not to be subject to torture or to inhumane or degrading treatment or punishment enshrines one of the fundamental values of democratic society. It is an absolute right, permitting of no exception on any circumstances*»⁽²⁾.

Por lo tanto, la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes es uno de los principios fundamentales en la sociedad moderna, siendo un derecho que pertenece a todas las personas cuyo aplicación es considerada por la comunidad internacional como una violación de uno de los principios más básicos del respeto a la vida y a la dignidad humana.

3. La definición de tortura y los elementos que la constituyen. A pesar de que las convenciones internacionales más importantes sobre derechos humanos establecen la prohibición absoluta de someter a una persona a tortura o tratos inhumanos o degradantes, la única convención que contiene una definición de tortura es la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (CNUCT), que en su art. 1 establece que: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

Los términos utilizados en esta definición se han adquirido de una frase análoga contenida en la Declaración de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1975 a la que alude el Convenio CNUCT.

La definición se ha utilizado en varias ocasiones sea por los Tribunales penales internacionales, que por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH»), que, en las propias sentencias confirman su carácter de instrumento jurídico, a partir del cual se tratan las causas de delito de tortura.

A partir de la definición, es posible identificar cuatro elementos que constituyen el delito de tortura en el contexto internacional, que se pueden ejemplificar a continuación: **a. Gravedad de los tratamientos o penas.** Según el derecho internacional, un acto u omisión es capaz de configurar el delito de tortura sólo si se produce un cierto grado de dolor o sufrimiento físico o mental. La necesidad de la gravedad como elemento constitutivo es confirmado por la jurisprudencia del TPIY⁽³⁾, y por el TEDH, así como por el Comentario general de la Comisión de Derechos Humanos n. 20⁽⁴⁾. El elemento de gravedad generalmente se interpreta como característica peculiar y distintiva del delito de tortura que se aplica por igual a otras violaciones similares, inhumanas o degradantes. **b. La intención del acto que se puede cometer a través de acciones u omisiones.** La intencionalidad es una característica distintiva de la definición de tortura. Se deduce que, para que un acto pueda sea calificado como tortura, se requiere la presencia del elemento subjetivo de la intención, que es la intención deliberada, con conciencia y voluntad, de parte del delincuente para infligir dolor o sufrimiento a la persona sometida a tortura. **c. El objetivo (el fin) de conducta puesto en marcha.** A partir de la intencionalidad, se deduce que la tortura debe ser impuesta con el fin de lograr un objetivo específico, como por ejemplo la obtención de información. El término que

⁽²⁾ *Al-Adsani v. United Kingdom*, App. n. 35763/97, 34 Eur. H.R. Rep. 11, párrafo 29.

⁽³⁾ *Prosecutor v. Delacic et al.*, ICTY Case n. IT-96-21-T, Trial Chamber Judgment, párrafo 468.

⁽⁴⁾ United Nations Human Rights Committee General Comment 20, U.N. CCPR, 44th session, párrafo 5.

se utiliza en el texto Inglés de la Convención «*forsuchpurposes as*» indica inequívocamente que los fines previstos en la Convención no tiene valor exhaustivo, pero sólo son válidos como ejemplos. Esta hipótesis fue confirmada por el TPIY que, en el caso *Celebic*, declaró que: «*The examples given do not constitute an exhaustive list, and should be regarded as merely representative*»⁽⁵⁾. **d. El hecho de que el acto (u omisión) sea realizado por oficiales del Estado:** En consonancia con la definición literal de tortura contenida en la CNUCT, la acción u omisión que constituye el delito en cuestión puede ser cometida por instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público o de una persona que actúe como tal. El requisito de la participación de un agente del Estado impone - de hecho - una restricción muy fuerte de la definición de tortura. Sin embargo, sobre el tema intervino nuevamente el TPIY, que indica que esta restricción es: «*inconsistent with the application of individual criminal responsibility for international crimes found in international humanitarian law and international criminal law*»⁽⁶⁾.

Por lo tanto, esos cuatro criterios integran los elementos del delito de tortura como se lo define en el art. 1 de la CNUCT. Sin embargo, para comprender su verdadero significado y su aplicación práctica, es necesario hacer referencia al contenido y evolución de las decisiones emitidas por los tribunales / comisiones que se han pronunciado sobre casos de tortura. Especialmente, se hace referencia a las sentencias del TEDH, que se pronunció varias veces sobre dicho asunto.

4. Definición de la tortura a la luz de la jurisprudencia del TEDH. 4.1. Umbral mínimo de gravedad. En los últimos 50 años, la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del TEDH ha representado el punto de referencia para los juristas y comentaristas para entender el contenido

y la aplicación práctica del crimen internacional de tortura no sólo en el contexto regional europeo, sino también a nivel mundial.

Punto de referencia es el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que establece que «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

En esta norma se identifican tres tipos de actos prohibidos por la Convención o sea la tortura, los tratos inhumanos y los degradantes. Para la identificación de las circunstancias en las cuales se puede configurar el delito de tortura, la jurisprudencia del TEDH ha tratado de diferenciar los tres tipos de conductas antes mencionados teniendo como base la adopción de parámetros normativos empíricos.

Estableciendo estos parámetros, el TEDH ha recurrido al mecanismo legal del llamado «umbral mínimo de gravedad».

Este enfoque ha permitido no sólo diferenciar las tres conductas diferentes, sino también determinar las circunstancias en las cuales el delito de tortura puede configurarse. De hecho, el TEDH ha establecido que: **1.** El umbral mínimo de gravedad constituye una característica del delito menos grave, es decir el de trato degradante. **2.** El umbral inferior intermedio constituye el delito de trato inhumano. **3.** El umbral medio superior establece el delito de tortura.

Con el fin de identificar el nivel mínimo de gravedad el TEDH ha declarado, en el famoso caso *Irlanda vs. Reino Unido*⁽⁷⁾, que su determinación es relativa ya que depende principalmente de la apreciación de las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos sobre la salud física y mental, y en algunos casos también de otros elementos, como el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima (parámetros confirmados en el caso *Soering vs Reino Unido*)⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ *Prosecutor v. Delacic et al.*, ICTY Case No. IT-98-30/1, Trial Chamber Judgment, párrafo 119.

⁽⁶⁾ *Prosecutor v. Vovoka et al.*, ICTY, Case No. IT-98-30/1, Trial Chamber Judgment, párrafo 139.

⁽⁷⁾ *Ireland v. United Kingdom*, App. n. 5310/71, 2 Eur. H.R. Rep. 25, párrafo 162 (1980).

⁽⁸⁾ *Soering v. United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, Series A n. 161, párrafo 100.

4.2. *Definición.* Los tres conductas prohibidas por el art. 3 de la Convención se consideran como distintas, pero relacionados entre sí. Esta hipótesis ha sido fijado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el famoso caso *Greco*⁽⁹⁾: «*It is plain that three may be treatment to which all these description apply, for all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading*».

Para entender mejor, sin embargo, qué tipo de conducta puede calificarse como tortura a la luz de la jurisprudencia del TEDH, es necesario identificar los cuatro elementos constitutivos del art. 3 de la Convención que se enumeran a continuación: Tortura; Deshumanización; Degradación; Maltrato.

4.3. *Tortura.* El TEDH declaró que la intención de los redactores de la Convención (es decir, en términos de interpretación auténtica), cuando utiliza sea la palabra tortura que la expresión «tratos inhumanos o degradantes», es precisamente para señalar la distinción entre la conducta subyacente. En particular, y en relación con el delito de tortura, el TEDH en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, ha destacado que la intención de los legisladores en la Convención era la de atribuir una prohibición específica a los tratamientos inhumanos que causan sufrimientos graves y crueles. En esa ocasión la Corte se ha referido expresamente al art. 1 de la Resolución 3452 (XXX), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, que había establecido que: «*Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*».

Pues bien, aunque la Corte no proporcionó una definición de tortura, con esa sentencia hizo referencia *obrelationem* a la definición contenida en la Convención Internacional contra la Tortura, en cuyo texto se alude a «*severe pain or suffering*» e «*intentionally inflicted*».

De esto se deduce, por lo tanto, que es posible decir que para el TEDH, los tres elementos esenciales que constituyen el delito de

tortura son los siguientes: 1. Aquellas acciones que pueden producir dolor o sufrimiento a nivel mental o físico grave (intensidad); 2. La intención de infligir dolor o sufrimiento; 3. El haber actuado con el fin de lograr un resultado específico para obtener información (propósito).

A continuación una breve explicación de estos elementos. a) Intensidad. Con referencia a este elemento, el Tribunal sostuvo que la distinción entre la tortura y otros malos tratos debe fundarse sobre la base de la diferencia de intensidad. La gravedad o intensidad se puede medir en función de los factores antes mencionados, es decir la duración, los efectos físicos y mentales, los métodos de ejecución, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. El problema de la intensidad se ha desarrollado en dos casos que representan, en este contexto, dos hitos que nos ayudan a entender el enfoque adoptado por el Tribunal. El primer caso fue presentado por Grecia (el caso *Griego*)⁽¹⁰⁾ a la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1969. En este caso, la Comisión estableció que el uso de electro-shock, las amenazas de muerte, los golpes fuertes constituían tortura y malos tratos. En el segundo caso, *Irlanda vs. Reino Unido*⁽¹¹⁾, la Comisión (con decisión por unanimidad) ha dictaminado que el uso de técnicas tales como la obligación de estar de pie durante varias horas, uso de capuchas, sumisión forzada al ruido, privación de sueño, comida y agua constituían práctica de malos tratos y tortura. Sin embargo, el TEDH, decidiendo sobre el mismo caso, llegó a una conclusión diferente (con una decisión por mayoría). De hecho, ha clasificado estas conductas como tratos inhumanos, pero no como torturas, indicando que estas técnicas eran por cierto muy denigrantes, capaz de despertar en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad con el fin de romper su resistencia física y moral, y de hecho habían causado sufrimientos físicos y mentales intensos, como también agudos trastornos psiquiátricos durante los interro-

⁽¹⁰⁾ *Idem, Greek case.*

⁽¹¹⁾ *Idem, Ireland v. United Kingdom case.*

⁽⁹⁾ *Greek case*, 5 November 1969, YB XII, p. 501.

gatorios. Sin embargo, aquellas acciones no podían ser consideradas como torturas, ya que no causante de la intensidad especial y crueldad necesarias. b) Intención. Como puede observarse, la definición de tortura utilizada por el Tribunal implica que la conducta sea intencional en contraposición a los establecidos para el tratamiento inhumano⁽¹²⁾. El Tribunal se ha pronunciado sobre el asunto en el caso *Aksoy vs. Turquía*, afirmando que: «*this treatment* (un grande número de golpes causado por la policía contra el Señor Aksoy) *could only have been deliberate ly inflicted*». Más recientemente, en el caso *Dikme contra Turquía*⁽¹³⁾, el Tribunal confirmó este principio, reiterando que la conducta debe realizarse con la intención. c) Propósito. El Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el objetivo es uno de los elementos de la definición de tortura adoptada por las Naciones Unidas en la CNUCT. En la jurisprudencia *Dikme* el Tribunal ha reiterado este principio, lo que confirma que los malos tratos se habían efectuado con el fin de extraer u obtener información o una confesión de los delitos de los cuales el Señor *Dikme* era acusado.

4.4. Inhumanos o degradantes. Sobre la base de la adopción del principio del umbral mínimo, el Tribunal como consecuencia ha tratado de dar un contenido a las otras dos conductas enumeradas en el art. 3, o sea «tratos inhumanos y degradación». En particular, el trato inhumano se define como el tratamiento o castigo que por su naturaleza causa voluntariamente sufrimientos mentales o físicos graves, y por lo tanto no se puede justificar, pero que por el grado de intensidad (umbral inferior intermedio) no puede, sin embargo, ser calificado como tortura. Con respecto al trato degradante, este es el tratamiento que tiene el propósito de humillar a la persona de una manera extremadamente vil en frente a otras personas o para empujarle a actuar en contra de su voluntad.

5. Conclusiones. El delito de tortura tal como elaborado por el TEDH requiere un nivel extremo de la intensidad del dolor y el sufrimiento, para ser calificado como tal. Esta evaluación debe hacerse sobre la base de un enfoque empírico basado en la evaluación de las circunstancias del caso y la evaluación objetiva y subjetiva de la víctima del delito.

Este enfoque fue criticado por los comentaristas y por las asociaciones de defensa de los derechos humanos⁽¹⁴⁾ debido a que el razonamiento del Tribunal se ha traducido en el hecho de que sólo pocos casos terminaron con una sentencia de incumplimiento del art. 3, por conductas calificadas como tortura.

El análisis de la práctica internacional en el ámbito de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, muestra cómo el límite del umbral mínimo de gravedad extraída de la jurisprudencia del TEDH tiende a ser, en cambio, más bajo con respecto al que se deduce de la exégesis de otros instrumentos internacionales y sobre todo con respecto al enfoque adoptado por la Comisión de Derechos Humanos del hombre de las Naciones Unidas en el informe general n. 20 sobre la aplicación e interpretación del art. 7 de la Convención sobre los Derechos Civiles y Políticos⁽¹⁵⁾.

El debate sobre el tema sigue abierto y merece un examen más detallado a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las decisiones adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas con el fin de identificar un enfoque más uniforme capaz de proteger mejor a las víctimas de tortura.

Luana Scarcella

⁽¹²⁾ *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December, 1996, ECHR 1996-VI, vol. 26, párrafo 64.

⁽¹³⁾ *Dikme v. Turkey*, App. n. 20869/92, 11 July 2000.

⁽¹⁴⁾ Vid. CULLEN, *Defining torture in international law: a critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights*, 2008, en *California Western International Law Journal*, 34, 2004, p. 38.

⁽¹⁵⁾ United Nation Human Rights Committee General Comment n. 20, Article 7, U.N. CCRP 44th Sess., 1992.

Trabajo

Bibliografía: BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate* (vatican.va, 2009), ubicable en <http://www.vatican.va>.; BUTTIGLIONE, *La persona y la familia*, trad. por Esquivias, Madrid, 1999; DONATI, *Il lavoro che emerge. Prospettive del lavoro come relazione sociale in una economia dopo-moderna*, Torino, 2001; ESCRIVÁ DE BALAGUER, *Camino* [1a. (1939)] (Rialp, 26.I 2011), ubicable en <http://www.escrivaobras.org/>; FERREIRO, ALCÁZAR, *Gobierno de personas en la empresa*, U Lima, 2001; GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, 1996; JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, Castelgandolfo, vatican.va, 1981; MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001; ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 1992, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura*, *Scripta Theologica* XXXIII, n. 1, 2001, pp. 161-182; ZUBIRI, *Sobre el hombre*, Madrid, 1986.

En 1919 la mayor parte de los países occidentales firmaron la Declaración de Filadelfia, que constituye la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en la que se reconoce que «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social» (Preámbulo). Y que ésta sólo se conseguirá cuando los regímenes de trabajo sean realmente humanos en todos los países, porque si en alguno no lo fuera, «esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores» (sic).

Sin embargo, hubo de esperarse hasta 1948 (Declaración de los derechos del hombre) para que madurase en el mundo occidental la conciencia de que el trabajo debe ejercerse en libertad e igualdad de condiciones. A partir de esa fecha, la mayoría de constituciones occidentales reconoció el trabajo como un derecho-deber fundamental de sus

ciudadanos⁽¹⁾.

En los últimos decenios se ha insistido más en los derechos del trabajador que en sus deberes, probablemente por la concepción de respeto a la dignidad heredera del pensamiento moderno, que la reduce a la autonomía de la voluntad.⁽²⁾ Lo cual puede explicar por qué en el siglo XXI el trabajo sea proclamado, tanto en la Constitución Europea como en la Carta Andina para la protección y promoción de los derechos humanos, como una libertad fundamental, que debe ser ejercida en condiciones de igualdad y de protección social, garantizándose a la vez el necesario descanso remunerado y la conciliación de la vida familiar con la profesional, así como la inclusión social de los colectivos históricamente marginados, pero sin hacer mención al deber de trabajar.

La importancia del trabajo para la vida humana es objeto de estudio no sólo para economistas y juristas sino - también - para los teólogos y sociólogos, entre otros⁽³⁾. Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego

(1) Por todas, citamos una europea y una americana. La Constitución española en su art. 35.1 establece: Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». Y la peruana en el art. 22: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

(2) Cfr. ut supra nuestra voz «Respeto a la dignidad humana», en este Diccionario Analítico.

(3) El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del Hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo XX. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. Cfr. por todos JUAN PABLO II, *Laborem exercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981); ESCRIVÁ DE BALAGUER, *Camino* [1a. (1939)] (Rialp, 26.I 2011); ubicable en <http://www.escrivaobras.org/>.

sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas. La retribución que se obtiene al realizar un trabajo no convierte al trabajador en un mercenario ni al trabajo en una mercancía⁽⁴⁾. El trabajo es, más bien, 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. De allí la importancia que el trabajo no sea regulado únicamente por las leyes de la oferta y demanda del mercado, ya que éste sólo satisface necesidades solventables.

El trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad. Más aún, *por el trabajo la persona se construye a sí misma*. El ser humano cuando trabaja, no sólo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos⁽⁵⁾. El trabajo permite adaptar el universo a las propias necesidades, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer la teleología de la naturaleza, es decir, que está ordenada a unos fines propios y, consecuentemente, queda en evidencia su carácter normativo para el ser y el obrar humanos⁽⁶⁾. Ésta es una de las funciones más nobles del trabajo: permitir comprender el

sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia y la de los demás. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende al experimentar - en el desarrollo de esa actividad - su propia dignidad⁽⁷⁾. De allí la importancia de la adecuada regulación jurídica no sólo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal abierto a la solidaridad, a diferencia del animal, que actúa en función de sus necesidades. De hecho, «ninguna abeja trabaja formalmente para las demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardor de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja sólo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros»⁽⁸⁾.

Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales: sólo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio, también incumbe a las personas discapacitadas, aunque para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que va acompañada del deber del Estado y de los particulares de crear las condiciones que permitan su plena inserción social, sin discriminación. Así lo reconoce expresamente la Carta Andina para la protección y promoción de los derechos humanos (art. 49) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 26).

Por otro lado, el derecho del trabajador a ser

⁽⁴⁾ Cfr. Constitución OIT, 1919, art. I.

⁽⁵⁾ La primera vez que una persona entregó a otra una rosa, en señal de afecto o admiración, modificó la función natural de esa flor, enriqueció al mundo y a las personas y dio origen a la cultura. Cfr. RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura*, *Scripta Theologica* XXXIII, n. 1, 2001, pp. 161-182.

⁽⁶⁾ Sobre esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, 1996.

⁽⁷⁾ BUTTIGLIONE, *La persona y la familia*, trad. Esquivias, Madrid, 1999, p. 168 ss. Esa dignidad permite trascender lo individual y contingente y alcanzar, por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva, remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

⁽⁸⁾ ZUBIRI, *Sobre el hombre*, Madrid, 1986, pp. 251-252.

tratado con la consideración debida a su dignidad (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. II.31.1) no significa una puerta abierta para la inflación de sus derechos, que haría inviable la empresa y llevaría a la decadencia social. Acertadamente se ha dicho que «la dignidad del ser humano no consiste en que cada uno de nosotros exija sus derechos y todo le parezca poco para afirmar su personalidad, sino, sobre todo, en que asuma sus deberes como persona y como ciudadano y se exija a sí mismo un cumplimiento permanente. Los derechos deben ser los canales institucionales que permitan la realización de los deberes»⁽⁹⁾.

A la vez, el mercado, «al hacerse global, ha estimulado, sobre todo en países ricos, la búsqueda de áreas en las que emplazar la producción a bajo coste con el fin de reducir los precios de muchos bienes, aumentar el poder de adquisición y acelerar por tanto el índice de crecimiento, centrado en un mayor consumo en el propio mercado interior»⁽¹⁰⁾. Se han multiplicado las formas de competencia entre los Estados para atraer las inversiones de empresas extranjeras, que lleva a adoptar una fiscalidad favorable y a desregular el régimen de trabajo para facilitar el despido y fortalecer el poder de dirección del empresario. Estos procesos han logrado reducir las redes de seguridad social 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»⁽¹¹⁾.

Cada época histórica concibe el trabajo según su código cultural. En la economía rural encontramos al *siervo*, que se convierte en el *operario*, en la economía industrial: ambos se caracterizan por la subordinación y el poder de mando de quien contrata los servicios. La modernidad, en cambio, ha generalizado el sentido profesional de la vida, pero

parece haber olvidado el sentido cultural del trabajo. A la vez, nos presenta una nueva figura: la del *trabajador como sujeto civil*, es decir, como sujeto activo en una sociedad de tipo relacional, caracterizada por una economía de la información y del servicio⁽¹²⁾.

Las nuevas tendencias en el gobierno de personas en las organizaciones se orientan al fortalecimiento de las relaciones personales. Para lograrlo, se motiva a los trabajadores para que se adhieran a los objetivos y valores de la organización, participando de una *moral de equipo* y de una *cultura de empresa*. De este modo, no sólo se reconcilia lo económico con lo social, sino que se da primacía a los aspectos auténticamente humanos de las relaciones que origina el contrato de trabajo⁽¹³⁾.

Estas exigencias laborales deben ser objeto de una sana crítica, para no retroceder hacia antiguos servilismos o caer en sectarismos fanáticos⁽¹⁴⁾. También, es requisito indispensable, para conseguir esta unidad organizacional, que el empresario refuerce su compromiso a favor de los trabajadores, «respetando un código ético que va más allá de las estrictas obligaciones jurídicas», que puede concretarse en el deber de acentuar «su actuar de buena fe, proporcionando mejor información a los trabajadores, delegando más sus funciones, estableciendo progra-

(12) DONATI, *Il lavoro che emerge. Prospettive del lavoro come relazione sociale in una economia dopomoderna*, Torino, 2001, pp. 222-223.

(13) Sobre la motivación del trabajador y su influencia en los resultados económicos de la empresa ver FERREIRO, ALCÁZAR, *Gobierno de personas en la empresa*, Lima, 2001. En el mismo sentido opina, aportando otros datos especializados, MONTROYA MELGAR, *La buena fe en el derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, Madrid, p. 24.

(14) «No vayamos a ir sin darnos cuenta a lavados de cerebro en donde resulte que se trabaje en el convencimiento tan íntimo como falso de que lo que se manda, a quien se le manda, es siempre lo justo y lo conveniente». ALONSO OLEA, *La empresa desde el punto de vista social*, en *La Empresa*, Madrid, 1962, pp. 197-198 citado por MONTROYA MELGAR, *La buena fe en el derecho del trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, cit., p. 33.

(9) ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 1992, 1ª ed., Madrid, 1997, pp. 185-186.

(10) BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate* (vatican.va, 2009); ubicable en <http://www.vatican.va/>.

(11) *Idem*.

mas de participación en los beneficios y en la gestión»⁽¹⁵⁾.

Finalmente, el trabajador, si bien puede llegar a identificarse con los objetivos de la organización en la que trabaja, no pierde por

ello sus propios intereses ni fines. Se integra voluntariamente en la empresa para alcanzar su propio proyecto personal. La misión de la empresa, por tanto, no se agota en su función económica, sino en la de salvaguardar la dignidad del hombre que trabaja en ella.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Ídem*, p. 29, y la bibliografía citada a pie de página.

Luz Pacheco Zerga

Trabajo irregular (sumergido, clandestino)

Bibliografía: CAMINO FRIAS (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social análisis de las reformas legislativas*, Valladolid, 2013; FERNÁNDEZ ORRICO, *Doble acción frente al empleo sumergido: el proceso de regularización y el establecimiento de medidas disuasorias a la ocupación irregular de trabajadores (RDL 5/2011, de 29 de abril)*, en *Estudios financieros. Rev. de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, n. 339, 2011, pp. 5-32; LLORENTE CACHORRO, *Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social en el contexto del Programa Nacional de Reformas para los años 2012-2013*, en *Rev. del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 100, 2012 (Ejemplar dedicado a: *Reforma laboral de 2012*), pp. 29-46; MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, «Medidas» y cambios legislativos para la regularización y el control del «empleo sumergido»: el RD Ley 5/2011, en *Derecho de los negocios*, año n. 22, n. 249, 2011, pp. 65-69; SEMPERE NAVARRO, *El empleo sumergido y su regularización: alcance del RD Ley 5/2011*, en *Rev. Aranzadi Doctrinal*, n. 3, 2011, pp. 63-83; SEMPERE NAVARRO, *El trabajo sumergido*, en DE LA VILLA GIL (dir.), *El Trabajo*, Libro dedicado al Dr. Rivero Lamas, Madrid, 2011, pp. 361-380; TOROLLO GONZÁLEZ, *La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo*, en *Civitas. Rev. española de derecho del trabajo*, n. 158, 2013, pp. 221-242.

1. Cuestiones generales. El «trabajo sumergido» forma parte de la «economía

informal» o irregular, equivalente a las actividades que eluden el pago de impuestos y cotizaciones; a veces se habla de «trabajo negro», «trabajo clandestino» y otros modismos o locuciones coloquiales para identificarlo.

Desde una contemplación jurídico-formal, puede considerarse como sumergida la actividad desempeñada con incumplimiento de los deberes básicos de documentación (o pública identificación), afiliación y cotización a la Seguridad Social y tributación a la Hacienda Pública. Pero esa idea básica admite matices, restricciones, ampliaciones y excepciones. Además, las definiciones sociológicas o económicas al uso incluyen elementos ajenos a los ordenamientos y no diferencian entre ausencia de reglas, incumplimiento de las mismas, actividades intrínsecamente ilegales y trabajos escondidos, etc.

2. Causas. Los factores que inciden directamente en el trabajo sumergido o no declarado varían en función de los territorios, sectores de actividad o épocas, aunque siempre aparecen varios, soliendo citarse los siguientes: a) A veces las cargas fiscales y sociales son desproporcionadas atendiendo al coste final del producto elaborado, buscando en su ignorancia el modo más grosero de hacerles frente; b) La competencia frente a las im-

portaciones de productos manufacturados en países donde los costes sociales resultan notoriamente más bajos, especialmente tras la desaparición de las protecciones arancelarias; c) La magnitud de los gastos generales que soportan ciertas estructuras productivas anquilosadas les incita a ocultar una parte de su actividad, para de ese modo disminuir la repercusión de esos costes; d) En alguna ocasión se apunta a la lentitud de los procedimientos administrativos a la hora de validar autorizar o acreditar, personas o procedimientos, bienes muebles o inmuebles, de modo que la actividad sumergida surge como contrapeso a la burocratización; e) Tampoco cabe descartar la inadaptación de la legislación a las nuevas formas de trabajo como una de las concausas, sin que ello signifique complacencia o conformidad con tal argumento; f) Ciertas pujantes realidades de economía sumergida indican que la misma campa a sus anchas cuando contamos con estructuras industriales locales basadas en una multitud de pequeñas empresas; g) La baja competitividad de empresas de sectores en declive con fuerte intensidad de mano de obra poco cualificada; h) Ciertamente posee asimismo la aceptación cultural de la economía sumergida en determinados territorios o ámbitos geográficos y funcionales; i) La rentabilidad social de esa forma de operar, cuyos inconvenientes son en buena parte contrarrestados por la generosa cobertura que el sistema ofrece (Fondo de Garantía Salarial, sistema de Seguridad Social); j) La ausencia de una decidida voluntad de la Administración y de los agentes sociales para erradicar tal tipo de prácticas; k) La onerosidad de determinadas exigencias (formales o materiales) desde la perspectiva de la Seguridad Social o el sistema impositivo, bien sea ello una realidad o una percepción subjetiva; l) La marginalidad o ilegalidad de ciertas actividades (prostitución, tráfico de anabolizantes, etc.); m) La necesidad de ocultar ciertas actividades, por resultar incompatibles con determinadas prestaciones sociales o generar obligaciones alternativas (abono de alimentos, cancelación de deudas, etc.) que se desea soslayar.

Las motivaciones del trabajo sumergido son infinitas, pero la razón más poderosa es sin duda la económica, pues el ahorro de costes, ya sean laborales (salariales o no), de Seguridad Social, fiscales, etc., queda fuera de discusión. Raramente se apunta hacia la imposibilidad de atender determinadas necesidades cumpliendo todos los trámites administrativos, al menos es extraño que así suceda cuando ya se han informatizado y automatizado en su práctica totalidad.

Cuestión distinta es que la aplicación de los mecanismos de represión del fraude signifique un mayor coste cuando aquél se detecta, pero no cabe duda de que, a corto plazo y de manera inmediata la ocultación del trabajo produce beneficios para quien lo propicia. No puede desconocerse, además, que algunos operadores clandestinos son difícilmente sancionables por su ausencia de estabilidad institucional, de patrimonio regularizado o por la propia dificultad de identificar al verdadero empleador (así, en calzado, marroquinería, juguetería, etc.).

3. Consecuencias. Desde la perspectiva pública, es obvio que las economías nacionales sufren un deterioro muy significativo como consecuencia de que no afloran todos aquellos trabajos que deben ser objeto de supervisión, tutela y control. Y ello, en un sentido que no sólo comprende la ausencia de ingresos (fiscales, de cotización, etc.) sino también el exceso de gastos derivado del aprovechamiento irregular de los recursos públicos (fraude en desempleo o en otras formas de protección social). Las economías de otros países (si el término de comparación son los Estados) padecen las consecuencias de este fenómeno en forma de *dumping* social, lo que agrava el problema a escala global. Desde una perspectiva más concreta, tampoco debe despreciarse la ausencia de derechos (salud laboral, horarios, vacaciones) que frecuentemente comporta este tipo de actividad. Para un jurista, este *lado oculto* de las actividades productivas debe constituir no solo el presupuesto o desencadenante para que se apliquen normas represivas o de responsabilidad, sino también un fenómeno

inquietante que viene a cuestionar la propia imperatividad de las normas laborales.

La solución pasa, por tanto, por establecer sistemas eficaces y coordinados (a nivel nacional e internacional) de detección, prevención y, en su caso, represión, sin olvidar que el enfoque que interesa no es sólo el de los poderes públicos sino también el de la garantía de los derechos de los trabajadores, la defensa de la competencia desleal (por referencia a los empleadores que sí cumplen), la procura de los recursos precisos para el sistema de protección social o el triunfo del propio Estado de Derecho.

4. Concepto de la OIT. Lo refiere a toda actividad económica realizada por el trabajador y una unidad económica que - por la ley o en la práctica - no está cubierta, o está insuficientemente cubierta por un régimen de protección formal. De acuerdo con esta definición, tanto el trabajo no declarado cuanto el declarado pero excluido del ámbito de aplicación de la legislación laboral (como, en algunos países, el trabajo doméstico o el agrícola) quedaría comprendido en aquélla. Este concepto presenta dos inconvenientes importantes: el primero, que pretende estandarizar una protección laboral de mínimos a todos los trabajadores en sentido amplio, lo cual es loable en sí mismo pero incompatible con el respeto de la noción de trabajador en las legislaciones nacionales; en segundo lugar, una definición tan amplia permite incluir trabajos que propiamente no son clandestinos sino más bien irregulares, mal encuadrados o bien no disfrutan plenamente de sus derechos laborales, lo cual supone adentrarse en cuestiones jurídicas llamadas a ser resueltas con arreglo a las previsiones de cada ordenamiento estatal.

5. Acción normativa de la OIT. El Convenio n. 81 de la OIT, sobre la Inspección del Trabajo, hace un llamamiento para proteger las condiciones laborales de todos los trabajadores, incluidos los llamados «vulnerables» (art. 3).

El Convenio n. 150, sobre la Administración del Trabajo, recomienda en su art. 7 extender

las funciones de la Administración Laboral (incluida la Inspección de Trabajo) a grupos de trabajadores que no son empleados según la ley nacional, es decir, trabajadores informales, entre los cuales se encuentran trabajadores por cuenta propia dedicados a actividades catalogadas de subsistencia, vendedores callejeros, limpiabotas, recogedores de basura, chatarreros y traperos, trabajadores domésticos remunerados empleados por los hogares, trabajadores a domicilio, trabajadores de fábricas explotadoras a los que se hace pasar por trabajadores asalariados en cadenas de producción, trabajadores independientes de microempresas que funcionan en solitario, con trabajadores familiares o algunas veces con aprendices o trabajadores asalariados, etc.

Para la OIT, estos trabajadores, además de estar «desregulados», presentan una característica común: su elevada vulnerabilidad, lo cual exige dotarlos de una protección esencial o mínima. No se trata de que estos grupos de trabajadores carezcan de normas que rijan sus relaciones. En realidad, como señala el citado informe de 2002, «las personas que participan en actividades informales tienen su propia “economía política”, es decir, sus propias normas, acuerdos, instituciones y estructuras informales o grupales respecto, por ejemplo, del cumplimiento de las obligaciones. La cuestión es que se ignora en qué están basadas estas reglas o normas informales, si se respetan o no y cómo los derechos fundamentales de los trabajadores».

Consciente de la complejidad y dificultad del fenómeno, la OIT diseñó una estrategia integrada y global para lograr el llamado «trabajo decente» en el cual, gradualmente, se debería, en lo inmediato, «dar prioridad a reducir los déficit de trabajo decente en la economía informal, sobre todo garantizando que en las leyes se reconozca y se otorguen derechos, protección jurídica y social y representación y voz a los que se encuentran actualmente en la economía informal». A corto y medio plazo, se debe «permitir a los que se encuentran actualmente en la economía informal que inicien una transición a lo largo del espacio continuo de la economía y al mis-

mo tiempo garantizar que quienes buscan un primer empleo y los empresarios potenciales puedan integrarse en la parte más formal, protegida y decente de dicho espacio». Puesto que es necesario atajar las causas profundas (y no sólo las manifestaciones negativas) de la actividad informal, las medidas a adoptar no pueden ser exclusivamente represivas. Es necesario actuar a través de la concienciación y la prevención de conductas abusivas fomentando o incentivando la inclusión de todos los trabajadores en el sistema a través de medidas laborales o extralaborales (incentivos, bonificaciones, etc.).

6. Concepto de la UE. En un entorno jurídico más cercano y no tan amplio, cuenta con gran aceptación la definición ofrecida en la Comunicación de la Comisión de 7 abril 1998 sobre el trabajo no declarado: «cualquier actividad retribuida que es legal en cuanto a su naturaleza pero que no se declara a las autoridades públicas». De este modo, se excluyen las actividades delictivas (trabajos prohibidos) y el trabajo cuya declaración no es obligatoria (trabajos marginales).

La OCDE propone una definición similar: trabajo «que a pesar de no ser ilegal en sí, no ha sido declarado ante una o más autoridades administrativas».

El diagnóstico de la situación se explica a la perfección en los Considerandos (letras A-R) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de octubre de 2008, sobre la intensificación de la lucha contra el trabajo no declarado (2008/2035 [INI]): el trabajo no declarado es un fenómeno complejo, que sigue aumentando en varios Estados miembros y en el que influyen factores económicos, sociales, institucionales, normativos y culturales. Este trabajo es un obstáculo y pone en peligro la sostenibilidad financiera del modelo social europeo; es responsable de las distorsiones de la competencia en el mercado interior porque crea una competencia desleal con relación a otros Estados miembros y empresas. Es el principal factor subyacente del dumping social. Provoca una mayor erosión de los derechos de los trabajadores. Los

sectores más afectados por el trabajo no declarado son los que tienen gran intensidad de mano de obra, tales como la agricultura, la construcción, los servicios domésticos, la hostelería y la restauración que se caracterizan por la precariedad del empleo y unas condiciones salariales desfavorables. Se ve favorecido por la reorganización industrial en cadenas de subcontratación, lo que determina un aumento del número de trabajadores por cuenta propia, a veces no declarados. Los niveles elevados de desempleo, pobreza y empleo temporal y precario favorecen aún más el trabajo no declarado. Existe un vínculo entre la inmigración clandestina y el trabajo no declarado. Los inmigrantes, o al menos los que se encuentran en situación ilegal, son más vulnerables y propensos a convertirse en trabajadores no declarados. Los ciudadanos de terceros países empleados ilegalmente son especialmente vulnerables puesto que pueden ser devueltos a su país de origen si son detenidos. Muchos Estados miembros se enfrentan a una escasez crónica de trabajadores capaces y dispuestos a realizar determinados trabajos a menudo no cualificados, por ejemplo en el sector de la agricultura y de la horticultura, servicio doméstico, etc. Los trabajos sumergidos socavan la financiación y distribución de la protección social y de los servicios públicos, limitando además la capacidad de los Estados miembros de ampliar los servicios sociales. Los trabajadores no declarados carecen de seguridad social y de seguros de enfermedad y accidente, por lo que están expuestos a importantes riesgos y pérdidas económicas. En el trabajo no declarado no es posible comprobar si se respetan los niveles necesarios de seguridad y salud en el trabajo. Para luchar eficazmente contra el trabajo clandestino e ilegal es necesario fortalecer los mecanismos de vigilancia y sanción mediante la intervención coordinada de los servicios de la inspección del trabajo, las autoridades fiscales y los interlocutores sociales.

En cuanto a las líneas de reforma (comunitarias y nacionales), es lógico que se procure conciliar el afloramiento del trabajo sumergido con su persecución o la defensa de los

derechos de quienes están afectados por el mismo. Veamos algunas de las actuaciones propuestas.

a) Estudio por los Estados miembros de la mejora de los incentivos para el trabajo declarado: aumento de la base de los ingresos exentos de impuestos (trabajador); reducción de los costes no salariales asociados al empleo legal (empresas).- Se trata de cuestiones delicadas, puesto que afectan al equilibrio de gastos e ingresos y están muy condicionadas por la realidad de cada país. Los Estados miembros deben reducir el atractivo económico del trabajo no declarado y velar por que sus sistemas de fiscalidad y protección social sean lo más simples, transparentes y accesibles posible.

b) Reformas en la línea de reducir la carga de la fiscalidad laboral.- La idea que subyace es la de que no compense lo eludido con las consecuencias de que se descubra la anomalía, pero vuelve a resultar contradictoria con el deseo de mantener unos aparatos de protección y desarrollo social costosos, que en buena medida han de financiarse con las cotizaciones o esos impuestos asociados a la prestación de actividad laboral. Toda reforma de las políticas económicas y de los sistemas fiscales y de protección social en los Estados miembros por parte de los Estados miembros debe estar integrada y ha de atender a las causas clave del trabajo no declarado.

c) Diseño de una estrategia global que cubra los aspectos relativos al seguimiento y control de este tipo de trabajo, al marco económico e institucional y al desarrollo sectorial y territorial e implica una acción concertada a diferentes niveles y la participación de todas las partes interesadas (autoridades públicas, interlocutores sociales, empresas y trabajadores). Aquí coinciden todas las tomas de posición ante el trabajo sumergido; la compleja organización territorial (como en España) y la inevitable diversidad ideológica de los gobiernos no debiera constituir un obstáculo al respecto.

d) Realización de estudios que analicen los factores macroeconómicos decisivos y la relación entre los mercados, los modelos de producción y la difusión del trabajo no

declarado. El mejor conocimiento de la realidad que se desea evitar constituye lógica premisa para la adopción de las medidas a adoptar; pero lo cierto es que los estudios existen y la actuación parece desenvolverse en otro plano.

e) Necesidad de reforzar los medios y las acciones puestos en marcha por las diferentes autoridades nacionales responsables de los ámbitos laboral, de Seguridad Social y fiscal, así como la necesidad de una mayor coordinación y un mejor intercambio de información entre ellas. Los interlocutores sociales desempeñan un papel importante en la lucha contra el trabajo no declarado, que debe potenciarse.

f) Definición común a todos los Estados miembros del trabajo sumergido. Así se eliminarían las incertidumbres relativas a las estadísticas de detección de este fenómeno. El problema no es, ni mucho menos, específico del trabajo informal, pero no por ello puede considerarse inocuo.

g) Trabajo no declarado y trabajo irregular. En principio, las medidas introducidas para combatir el trabajo no declarado permitirán detectar irregularidades en las relaciones del trabajo declarado basadas en contratos legales; pero también se piensa muchas veces que la Unión Europea debería desempeñar un papel más importante a la hora de promover una mayor y mejor cooperación y coordinación entre los Inspectores de Trabajo nacionales.

h) Trabajo no declarado y género. La perspectiva de género tampoco está ausente de estas consideraciones. Las mujeres desarrollan mayoritariamente los trabajos informales del servicio doméstico, la hostelería, la restauración y la asistencia sanitaria, caracterizados por un menor nivel salarial, de cualificación y de seguridad en el trabajo, así como por una protección social peor o nula, lo que las sitúa muy a menudo en una posición particularmente vulnerable.

i) Dimensión sectorial del fenómeno. La Comisión debe elaborar políticas que contemplen tanto medidas generales como medidas sectoriales para combatir el trabajo no declarado, con la plena participación de los

interlocutores sociales y con especial referencia a los sectores más afectados, tales como la hostelería y la restauración, la agricultura, el servicio doméstico y la construcción.

j) Dimensión familiar del fenómeno. La Comisión ha de proponer a los Estados miembros un estatuto marco para los cónyuges u otros miembros de la familia que ayudan en las empresas familiares, que garantice su afiliación obligatoria a la seguridad social. Eso confirma la ya apuntada conexión entre trabajos en empresas familiares y elusión de ciertas normas; e funcionamiento de la familia constituye de por sí una empresa familiar y debería examinarse el reconocimiento del trabajo familiar atípico y su integración en un sistema de protección social.

k) Acuerdos entre los Estados. Los acuerdos bilaterales y trilaterales celebrados entre Estados miembros y entre interlocutores sociales son eficaces y deben fomentarse.

l) Afloramiento del trabajo sumergido y represión del mismo. Una cuestión crucial en la lucha contra el trabajo sumergido alude a la prioridad entre conseguir que aflore o reprimir las infracciones. La Unión Europea también desea conciliar ambas vías: **1.** Los Estados miembros deben prever incentivos para la transformación del trabajo no declarado en empleo regular. En este sentido, los contratos atípicos pueden en este contexto servir para, por un lado, reducir el trabajo no declarado y, por otro, aumentar la estabilidad del empleo. **2.** Los Estados miembros deben establecer sanciones severas para los empresarios incumplidores, utilizando métodos innovadores, basados en indicadores y criterios específicos para los diferentes sectores empresariales, con objeto de luchar contra el trabajo no declarado. **3.** Una política exclusivamente represiva, si no va acompañada de una mejor coordinación entre los Estados miembros, podría concentrar el trabajo no declarado en los Estados miembros menos estructurados y en las economías menos reguladas. **4.** Hay que aplicar

la Decisión marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa al reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias con el fin de que se paguen con independencia del lugar de residencia. **5.** Las relaciones entre las inspecciones nacionales de trabajo deben estrecharse. **6.** Los Estados miembros deben combinar las acciones preventivas y las sanciones para transformar el trabajo no declarado en trabajo regular. **7.** Trabas administrativas y trabajo sumergido. Puesto que las trabas administrativas se identifican como una de las causas (aunque no principales) para la existencia de trabajos sumergidos, es lógico postular que exista un sistema real de libre circulación, especialmente con los nacionales de los nuevos Estados miembros, para lo cual es importante agilizar los trámites para el reconocimiento de las cualificaciones profesionales. **8.** Dimensión sociológica del fenómeno: la tolerancia social. Teniendo en cuenta que las actitudes culturales de tolerancia, indiferencia o complicidad, frente al fenómeno en cuestión dificultan mucho su erradicación, conviene prestar atención a esa faceta sociológica y realizar campañas divulgativas. **9.** Implicación de terceras empresas. Las empresas contratistas han de ser consideradas co-responsables de las irregularidades fiscales y en materia de cotizaciones de las empresas subcontratistas cuando entre las mismas exista un acuerdo directo de subcontratación. **10.** Compromiso de todas las autoridades públicas. Se recomienda la celebración de acuerdos a nivel regional, nacional y local que ofrezcan una respuesta progresiva y sectorial al trabajo ilegal. **11.** Trabajo sumergido e inmigración. La lucha contra el trabajo no declarado requiere un planteamiento de amplias miras que debe tener en cuenta las necesidades de salvaguarda y promoción de los derechos de los trabajadores inmigrantes.

Antonio Vicente Sempere Navarro

Tutela del Medio Ambiente (Roma, Europa, América Latina)

Bibliografía: ACUÑA SOLÓRZANO, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 25, 2008; ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Madrid, 2002; BURDESE, *Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano*, en *Riv. dir. civ.*, 35, 1989, II; CARRASCO GARCÍA, *Atmósfera, espacio radioeléctrico, flora silvestre, ecosistemas: ¿Res communes omnium?, ¿Dominio público? Perspectiva actual de las categorías jurídicas romanas*, en *Rev. general de derecho romano*, 14, 2010; CASOLINO, *L'ambiente nel diritto comunitario: nuovi strumenti extragiudiziali di tutela giuridica*, en SCHIPANI (cur.), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005; CORRIERO, *Garanzie reali e personali in funzione di tutela ambientale*, en *Rass. dir. civ.*, 1, 2012; CROSETTI, FERRARA, FRACCHIA, OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008; DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990; DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, en *Diritto e processo nella esperienza romana*. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, Napoli, 1994; DI PORTO, *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un «modello»*, en *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999; DI PORTO, *Interdictos populares y protección de las «res in usu publico»*. *Lineas de una investigación*, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, 17, 2004; FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»*, en *Labeo* 45, 1999; FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010; FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003; FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, en *Index*, 34, 2006; FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva*, en *Index*, 35, 2007; FIORENTINI, *Equilibri e variazioni ambientali nella prospet-*

tiva della tutela processuale romana, en HERMON (dir.), *Société et climats dans l'empire romain. Pour une perspective historique et systémique de la gestion des ressources en eau dans l'Empire romain*, Napoli, 2009; FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2010; FISCHER, *Unweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen, 1996; FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, en *Riv. quadr. dir. ambiente*, 0, 2010; GEREZ KRAEMER, *El derecho de aguas en Roma*, Madrid, 2008; GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 5, 2012; GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'Anno Accademico 1962-63*, Roma, 1963; LEME MACHADO, *La déclaration de Lima du 16 mai 2008 et les perspectives d'un partenariat renforcé entre l'Union européenne et le Mercosur*, en *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011; LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e de iure condendo*, en *Diritto@Storia*, 3, 2004; LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, en *Index*, 34, 2006; MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990; MADDALENA, *L'ambiente, prolegomeni per una sua tutela giuridica*, en *Foro amm. TAR*, f. 4, 2007; MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della Repubblica italiana*, en *Giur. cost.* 56, 2011, 3; MASUPELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009; MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; MIGLIETTA, *voce Azione popolare*, en *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli, 2009; MONACO, *Sensibilità ambientali nel diritto romano, tra prerogative dei singoli e bisogni della collettività*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 5, 2012; NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, en *Studi in onore di Tito Carnicini*, III, Milano, 1984; PALMA, *Le «curae» pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli, 1980; RUIZ PINO, ALBURQUERQUE, *Algunas notas referentes a la experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales*, en *Rev. general de derecho romano*, 13, 2009; RUSSO, *Democrazia eu-*

ropea e democrazia sudamericana a confronto, en FOIS (cur.), *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011; SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, en GAROFALO (cur.), «Actio in rem» e «actio in personam». In ricordo di M. Talamanca, I, Padova, 2011; SANNA, *L'azione popolare come strumento di tutela dei «beni pubblici»: alcune riflessioni tra «bene pubblico» ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e «res publicae» nel sistema giuridico romano*, en *Diritto@Storia*, 5, 2006; SANNA, *voz Ambiente - parte giuridica*, en *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli, 2009; SANTALUCIA, *Osservazioni sulla giustizia penale nei municipia*, en *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009; SCEVOLA, «Utilitas publica» (2 voll.) I. *Emerione nel pensiero greco e romano*. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012; SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: «invenzione» di un modello?*, en SANTUCCI, SIMONATI, CORTESE (cur.), *L'acqua e il diritto*. Atti del convegno Trento 2 febbraio 2011, Trento, 2011; SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni*, en SCHIPANI (cur.), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005; SCOVAZZI, *Il diritto all'acqua nella Dichiarazione di Lima e nel diritto internazionale*, en FOIS (cur.), *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011; SITEK, *Legal protection of the natural environment in the pre-classical and classical roman law*, en ZABLOCKA, KRZYŃOWEK, URBANIK, SLUZIEWSKA (ed.), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts a W. Wolodkiewicz*, II, Varsovie, 2000; SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009; SOLIDORO MARUOTTI, *Il civis e le acque*, en *Index*, 39, 2011; STARACE, *Aristone e i fumi della «taberna casearia»*. *Brevi spunti per una rilettura di D.8.5.8.5*, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi La bruna*, VIII, Napoli, 2007; TRISCIUGLIO, «Sarta tecta, ultratributa, opus publicum faciendum locare». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998; TRISCIUGLIO, *Consideraciones generales sobre la tutela de las res publicae y de sus usos en la experiencia romana*, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, GEREZ KRAEMER, MALAVE OSUNA (coed.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Madrid, 2011; VALLOCCHIA, *Lex Metilia fullonibus dicta. Studi su una legge e una categoria produttiva*, en SERRAO (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000; VALLOCCHIA, «Aqua

publica» e «aqua profluens», en *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012; VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1)*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 6, 2013; VALLS, *La defensa del ambiente en el Mercosur: la acción popular*, en SCHIPANI (cur.), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005; WACKE, *Umweltschutz im römischen Recht?*, en *Orbis Iuris Romani*, 7, 2002; WACKE, *Protection of the Environment in Roman Law?*, en *Roman Legal Tradition*, 1, 2002; ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003; ZHIMIN, *Riflessioni sull'azione popolare da una prospettiva comparativa*, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007; ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, en *Diritto pubblico*, 11, 2005; ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999; ZOZ, *Idee vecchie e nuove in tema di acque pubbliche interne*, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007.

1. Introducción. En la experiencia romana no se puede encontrar una conciencia ecológica similar a la moderna⁽¹⁾, pero no hay duda de que la cultura de la antigua Roma pagana se caracterizaba por un profundo respeto del ser humano por la naturaleza - por lo menos por los integrantes de la misma (bosques, fuentes) dedicados a los dioses - que representaba el espacio en el cual se manifestaba la voluntad de los mismos⁽²⁾. Por lo

(1) Sobre la conciencia ecológica como conquista reciente véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, p. 4 ss.; para una crítica a recientes lecturas de las fuentes romanas desde una perspectiva excesivamente ecologista véase FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?* I. *La contaminazione delle acque*, en *Index*, 34, 2006, p. 356 ss.; *Id.*, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?* II. *La tutela boschiva*, en *Index*, 35, 2007, p. 328 ss.

(2) Véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 114 ss. Es muy interesante que los Augures, intérpretes de los signos divinos presentes en los fenómenos naturales, eran considerados como «reforzadores» de la salud del pueblo: véase MONACO, *Sensibilità ambientali nel diritto romano, tra prerogative dei singoli e bisogni della collettività*, en *Teoria*

tanto, el medio ambiente⁽³⁾ no constituye un bien inmaterial, un valor que se debe proteger en sí mismo⁽⁴⁾.

Sin embargo, lo que interesa aquí, es la salud de las personas, garantizadas por la *salubritas* de los lugares frecuentados⁽⁵⁾ y de los elementos vitales, que es objeto de diferentes formas de protección.

Por otra parte, parece que los Romanos eran plenamente conscientes de los riesgos para la salud a causa de la contaminación de los elementos naturales básicos, como el aire y el agua. La medicina antigua creía que miasmas deletéreos habrían podido causar epidemias⁽⁶⁾ y esta creencia es quizás la base de

e storia del diritto privato, 5, 2012, p. 6 ss. Es muy difundida la opinión según la cual, la llegada del cristianismo haya puesto la naturaleza al servicio del ser humano, según una visión antropocéntrica que ya se encuentra en Aristóteles; para una crítica a esa tesis véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 29 ss.

⁽³⁾ El término «ambiente» (en español, como en italiano) deriva del verbo latino «*ambire*», que significa «dar vuelta»: véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 5.

⁽⁴⁾ A diferencia de lo que pasa ahora en el derecho europeo: véase, entre los demás, CASOLINO, *L'ambiente nel diritto comunitario: nuovi strumenti extragiudiziari di tutela giuridica*, en SCHIPANI (coord.), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, p. 629 ss.; CROSETTI, FERRARA, FRACCHIA, OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, p. 5 ss.; crítica la inclusión del medio ambiente entre los bienes inmateriales MADDALENA, *L'ambiente, prolegomeni per una sua tutela giuridica*, en *Foro amm.* TAR, f. 4, 2007, p. 1503, que considera más correcto el encuadramiento en la categoría concreta de la *universitas facti*.

⁽⁵⁾ Una referencia explícita a la *salubritas* de las ciudades se puede leer en D.43.23.1.2 (Ulp. 71 *ad ed.*); véase *infra*, § 2; en D.50.16.86 (Cels. 5 *dig.*) la *salubritas* se considera como una de las cualidades del terreno. Sobre los sentidos de «*salubritas*» véase WACKER, *Umweltschutz im römischen Recht?*, en *Orbis Iuris Romani*, 7, 2002, p. 136 ss.; LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, en *Index*, 34, 2006, p. 401, y nota 2.

⁽⁶⁾ Véase sobre el tema FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, p. 263, y nota 178; FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?* I. *La contaminazione delle acque*, cit., p. 382. A menudo las imisiones nocivas en el aire venían de lugares de producción como las

las opiniones de los juristas que reconocen el uso de interdictos - véase más adelante - para la defensa de la salubridad del aire, así como la base de aquellas disposiciones urbanísticas de la antigüedad tardía tendientes a separar, en las ciudades, la zona industrial de la zona residencial⁽⁷⁾. Además, los peligros de la contaminación del agua potable son advertidos por Vitruvio cuando recomienda el uso de tubos de arcilla en lugar de las tuberías de plomo, mientras que Plinio el Viejo pone de relieve la nocividad del agua recogida en cisternas⁽⁸⁾.

2. Protección mixta, pública y privada, en la edad republicana e imperial. En la época republicana en las ciudades (Roma y *municipia*) los magistrados tenían el cargo de

tabernae casariae o las *fornaces plumbi*: véase DI PORTO, *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un «modello»*, en *Societas-Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, 1999, p. 46.

⁽⁷⁾ Por lo que se refiere a los hornos de cal, C.Th. 14.6.5 (a. 419 d.C.); LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, cit., p. 404. Con referencia a los edictos del *praefectus praetorio*, recopilados por el arquitecto Juliano de Ascalón, véase NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, en *Studi in onore di Tito Carnicini*, III, Milano, 1984, p. 764 ss.

⁽⁸⁾ Con respecto a las fuentes, DI PORTO, *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un «modello»*, cit., p. 47; FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., p. 226, y nota 114; SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 58 ss. Entre las principales causas de polución de las aguas (y de los terrenos) existían las actividades de las *fullonicae*, empresas que se ocupaban de limpiar y teñir las ropas; según la tesis de VALLOCCHIA, *Lex Metilia fullonibus dicta. Studi su una legge e una categoria produttiva*, en SERRAO (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, p. 375 ss., esa actividad fue dirigida hasta un mejor respeto del medio ambiente por la oscura *lex Metilia fullonibus dicta*, que tiene una fecha entre el 220 y el 217 a.C., que habría impuesto a los *fullones* que echaran los líquidos en cloacas o pozos negros. Más en general sobre las causas de alteración del medio ambiente en el mundo antiguo véase SANNA, *voz Ambiente - parte giuridica*, en *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli, 2009, p. 399 ss.; MONACO, *Sensibilità ambientali nel diritto romano, tra prerogative dei singoli e bisogni della collettività*, cit., p. 1 ss.

garantizar, a través de actividades de supervisión e inspección, o por medio de órdenes de intervenciones materiales, la salubridad de los lugares públicos más frecuentados⁽⁹⁾, volviendo efectivas incluso aquellas prohibiciones que parecen atribuibles, aunque no exclusivamente, a razones de salud e higiene⁽¹⁰⁾. Seneca, por ejemplo, nos recuerda que en Roma los ediles tenían la tarea de verificar las condiciones higiénicas y la salubridad de la temperatura en los baños públicos⁽¹¹⁾. El servicio de mantenimiento y custodia de los acueductos y cloacas era atribuido a contratistas privados, bajo el control de los magistrados⁽¹²⁾. Este servicio tenía como fin, incluso, el de prevenir casos de contaminación (o de solucionarlos), y un medio eficaz de disuasión probablemente era la amenaza de multas en dinero contra los que contaminaban las aguas; dicha amenaza era contenida en varias disposiciones adecuadamente publicitadas⁽¹³⁾. Se trata de medidas que

ponen la experiencia jurídica romana, como se ha señalado recientemente⁽¹⁴⁾, en los orígenes del principio - hoy establecido en el derecho europeo (Directiva 35/2004/CE), y también adoptado por los países latinoamericanos pertenecientes al Mercosur (Acuerdo Marco sobre medio ambiente del Mercosur 2001, cap. I, art. 3, letra f) - según el cual «quien contamina paga»⁽¹⁵⁾.

Junto con las medidas de protección de la *salubritas* en el derecho público, donde un papel clave lo tiene la iniciativa de los magistrados republicanos y (a partir de Augusto) de los *curatores* imperiales⁽¹⁶⁾ - medidas que, incluso más adelante en el tiempo, asumirán las formas de represión penal para los ilícitos particularmente perjudiciales para la salud pública⁽¹⁷⁾ - se establecen, en el período con-

⁽⁹⁾ Con respecto al ámbito municipal véase, con indicación de las fuentes, LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, cit., p. 407 ss.

⁽¹⁰⁾ Se puede hacer referencia, por ejemplo, a la prohibición - establecida a partir de las XII Tablas y abrogada más tarde por León VI el Sabio (Nov. 53, ed. Noailles-Dain, 204 s.) de enterrar o cremar los cadáveres dentro de las ciudades; véase FISCHER, *Unweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen, 1996, p. 109; ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003, p. 16 ss.; en ese ámbito es muy probable que los magistrados tenían incluso el poder de aplicar sanciones: véase LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, cit., p. 402.

⁽¹¹⁾ Véase Sen., *Ep. ad Luc.* 11.86.10: «Sed, di boni, quam iuvat illa balinea intrare obscura et gregali tectorio inducta, quae scires Catonem tibi aedilem aut Fabium Maximum aut ex Cornelis aliquem manu sua temperasse! Nam hoc quoque nobilissimi aediles fungebantur officio intrandi ea loca quae populum receptabant exigendique munditias et utilem ac salubrem temperaturam».

⁽¹²⁾ Véase TRISCIUOGGIO, «Sarta tecta, ulrotributa, opus publicum faciendum locare». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, p. 27 ss.

⁽¹³⁾ Una *lex* del final de la edad republicana - FISCHER, *Unweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., p. 7 - sancionaba con una multa de

10.000 sesteracios el *oletare* (ensuciar) *dolo malo* el agua de una fuente pública (Front., *de aq.* 97.5-6); véase F. VALLOCCHIA, «Aqua publica» e «aqua profluens», en *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012, sub 3.1, nota 15. Según una *lex rivi incerta* (FIRA III, 224 s.), inscrita en un epigrafe y por lo tanto presumiblemente expuesta al público, el *miscere spurcitiam* (orinar, defecar) en un río comportaba la aplicación de una multa a favor del arca del templo de Júpiter y del delator; véase SANTALUCIA, *Osservazioni sulla giustizia penale nei municipia*, en *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 351.

⁽¹⁴⁾ Véase SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 67.

⁽¹⁵⁾ Sobre ese tema véase, *ex multis*, CROSETTI, FERRARA, FRACCHIA, OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 47 ss.; la parte del Acuerdo Marco del Mercosur 2001 citado establece, entre las líneas de acción para que se logren los objetivos previstos, el «fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión»; véase a propósito LEME MACHADO, *La déclaration de Lima du 16 mai 2008 et les perspectives d'un partenariat renforcé entre l'Union européenne et le Mercosur dans le domaine de l'environnement*, en FOIS (cur.), *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011, p. 190 ss.

⁽¹⁶⁾ Véase, para el agua y los acueductos, SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 66; SANNA, voz *Ambiente - parte giuridica*, cit., p. 403.

⁽¹⁷⁾ A propósito de la contaminación del agua, véase D.47.11.1.1 (Paul. 5 sent.), con las notas de TRISCIUOGGIO, *Consideraciones generales sobre la tutela de las res publicae y de sus usos en la experiencia romana*, en FERNÁNDEZ DE BUIJÁN, GEREZ KRAEMER, MALAVÉ OSUNA

siderado aquí, otros medios de protección, disciplinados por el edicto del pretor, que benefician sobre todo a dos tipos de sujetos: el *vicinus* y el *civis* interesados en el goce normal de los lugares públicos (*res publicae*) *in publico usu*.

Por lo que se refiere al *vicinus*, él podía obtener del pretor un interdicto *de cloacis privatis* (de prohibición)⁽¹⁸⁾, que era una orden dirigida al propietario de una cloaca para que interrumpiera inmediatamente aquellos actos de oposición que impedían al *vicinus* su actividad (realizada *in alieno* en lugar del propietario negligente) de limpieza y de reconstrucción de la cloaca. Aquí es de particular importancia el hecho de que Ulpiano (al inicio del siglo III d.C.), al comentar la cláusula del edicto, considera la «*salubritas civitatum*» (concretización de la *utilitas publica* también mencionada), como la finalidad del interdicto, recordando que una falta de manutención de las cloacas puede volver «*pestilens*» el «*caelum*»⁽¹⁹⁾. En la misma *ratio* [«(...) *cum publicae salutis et securitatis intersit* (...) *cloacas* (...) *purgari* (...)»] se basa la opinión de Ulpiano, cuando opina que el propietario de una cloaca no

puede hacer uso de la *operis novi nuntiatio* contra el vecino, que sobre dicha cloaca realiza obras de *refectio* o de *purgatio*⁽²⁰⁾. Las mismas obras de restauración y limpieza *in alieno*, sin embargo con respecto a *fontes* y *rivi*, están protegidas por correspondientes interdictos de prohibición, que se basan verosíblemente incluso en razones de salud e higiene⁽²¹⁾. Las mismas razones que probablemente inducen Labeón, en la época de Augusto, a admitir la posibilidad de solicitar al pretor el *interdictum quod vi aut clam* de carácter restitutorio, para cuando un vecino haya volcado sustancias, contaminando las aguas del pozo⁽²²⁾. Por otra parte, las inmisiones molestas y consideradas como nocivas para la salud podían ser interrumpidas a través de la *actio negatoria servitutis*, como previsto en una célebre opinión del jurista Aristón (siglo I d.C.), expresada en relación a un caso ocurrido en el municipio de Minturno (*Minturnae*), donde el propietario de un piso superior (*Cerellius Vitalis*) se quejaba de molestias que provenían de los humos generados por una fábrica de quesos

(coed.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Madrid, 2011, p. 158 ss.; además, NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, cit., p. 758 s.; ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, cit., p. 19 ss.; FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, cit., p. 358.

⁽¹⁸⁾ Pero el edicto, probablemente, preveía incluso un interdicto restitutorio: véase DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, p. 119. Se debate sobre la naturaleza, administrativa o judicial, de los interdictos en general: véase FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giurídica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., p. 270 ss.

⁽¹⁹⁾ Véase D.43.23.1.2 e 7 (Ulp. 71 *ad ed.*); PALMA, *Le «curae» pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane*, Napoli, 1980, p. 28 ss.; FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giurídica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., p. 263 s.; MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009, p. 171; FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010, p. 5 ss.; SCEVOLA, *Utilitas publica*, vol. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, p. 134 ss.

⁽²⁰⁾ Véase D.39.1.5.11 (Ulp. 52 *ad ed.*); FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'«operis novi nuntiatio»*, en Labeo 45, 1999, p. 44 ss.; FIORENTINI, *Equilibri e variazioni ambientali nella prospettiva della tutela processuale romana*, en HERMON (dir.), *Société et climats dans l'empire romain. Pour une perspective historique et systématique de la gestion des ressources en eau dans l'Empire romain*, Napoli, 2009, p. 82 s.; SCEVOLA, *Utilitas publica*, vol. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, cit., p. 142 ss.

⁽²¹⁾ Sobre los interdictos *de fonte* y *de rivis* (canales naturales o artificiales: véase GEREZ KRAEMER, *El derecho de aguas en Roma*, Madrid, 2008, p. 131 s.) que datan al siglo I a.C., véase D.43.21.1.pr. (Ulp. 70 *ad ed.*); D.43.22.1.6 (Ulp. 70 *ad ed.*); DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, cit., p. 91 s.; SANNA, *voz Ambiente - parte giurídica*, cit., p. 406 s.; MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, cit., p. 149 ss.; FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, cit., p. 15 ss., en part. p. 18, a propósito de D.43.21.4 (Ven. 1 *interd.*).

⁽²²⁾ Véase D.43.24.11.pr. (Ulp. 71 *ad ed.*); DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, cit., p. 3 ss.; ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, cit., p. 29 ss.; FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, cit., p. 19 ss.

(*taberna casiaria*), dada por el municipio en concesión pública⁽²³⁾. Y, para cerrar con este rápido análisis, aún se puede recordar la opinión jurisprudencial mayoritaria que admitía la *actio aquae pluviae arcendae*, en el caso de que la implantación de una *fullonica*⁽²⁴⁾ hubiera introducido agua contaminada en el terreno del vecino⁽²⁵⁾.

Con respecto a esas formas específicas de protección - donde la función principal es la defensa del goce de un inmueble, en el contexto de las relaciones de vecindad, asegurada sobre todo por medidas de urgencia del pretor, y sólo como un efecto secundario se pone remedio a un problema más general de carácter medioambiental - sería posible una similitud con el moderno «derecho privado del medio ambiente», donde también la protección del mismo se configura como un efecto indirecto del uso de las medidas de protección de derecho privado⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Véase D.8.5.8.5 (Ulp. 71 *ad ed.*): «Aristo Cere-llio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit (...). Dicit igitur Aristoteum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere»; WACKE, *Umweltschutz im römischen Recht?*, cit., p. 115 s.; STARACE, *Aristone e i fumi della «taberna casearia»*. Brevi spunti per una rilettura di D.8.5.8.5, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna VIII*, Napoli, 2007, p. 5403 ss.; FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?* II. *La tutela boschiva*, cit., p. 342 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 96 ss.

⁽²⁴⁾ Sobre las *fullonicae* véase *supra*, nota 8; además VALLOCCHIA, *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1)*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 6, 2013, p. 33 ss.

⁽²⁵⁾ Véase D.39.3.3.pr. (Ulp. 53 *ad ed.*); DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, cit., p. 56 ss.; SITEK, *Legal protection of the natural environment in the pre-classical and classical roman law*, en ZABLOCKA, KRZYŃOWEK, URBANIK, SLUZEWSKA (ed.), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts a W. Wolodkiewicz*, II, Varsovie, 2000, p. 868 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 64 ss.

⁽²⁶⁾ Véase a tal propósito, recientemente, CORRIERO, *Garanzie reali e personali in funzione di tutela am-*

Por otro lado, la experiencia romana, al menos hasta la época clásica, revela una cierta riqueza de soluciones, especialmente cuando la agresión al medio ambiente se localiza en espacios públicos de uso colectivo, y a cada *civis* se le asigna un papel esencial en la preservación de la *salubritas*. La evidencia más clara en este sentido la proporciona Nerva padre (en la primera edad imperial), que, con una muy creativa interpretación del edicto pretorio, opinaba que se habría podido usar el interdicto de prohibición «*ne quid in loco publico vel in itinere fiat*», en el caso de que el *locus publicus* se hubiera convertido en «*pestilentiosus*» (con el riesgo de epidemias), por la mera presencia de olores («*solo odore*») considerados como nocivos para la salud⁽²⁷⁾. Por este medio, cualquier ciudadano habría podido entonces solicitar el cese de las actividades que envenenaban el aire en un espacio público y que perjudicaban la salud colectiva; el interdicto, en otras palabras, era popular⁽²⁸⁾. Por lo tanto, frente

biennale, en *Rassegna di diritto civile*, 1, 2012, p. 43, y bibliografía citada en nota 1; para la utilización de los arts. 844 y 2043 del código civil italiano para defender el medio ambiente véase también BURDESE, *Tutela privatistica dell'ambiente e diritto romano*, en *Riv. dir. civ.*, 35, 1989, II, p. 505 ss.; además, SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 128 ss.

⁽²⁷⁾ Véase D.43.8.2.29 (Ulp. 68 *ad ed.*); DI PORTO, *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, cit., p. 141 ss.; ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Madrid, 2002, p. 136 ss.; RUIZ PINO, ALBURQUERQUE, *Algunas notas referentes a la experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales*, en *Rev. general de derecho romano*, 13, 2009, p. 10 ss.; SANNA, *voz Ambiente - parte giuridica*, cit., p. 410 ss.

⁽²⁸⁾ Véase DI PORTO, *Interdictos populares y protección de las «res in usu publico»*. Líneas de una investigación, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, 17, 2004, p. 308 ss.; según FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, en *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2010, p. 48 ss., sin embargo, era popular sólo el interdicto para la protección de las *viae* y de los *itinera publica*. Sobre el tema de los interdictos populares véase recientemente ZHIMIN, *Riflessioni sull'azione popolare da una prospettiva comparativa*, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna VIII*, Napoli, 2007, p. 6067 ss.; ACUÑA SOLÓRZANO, *Los interdictos populares*

a la *cognitio* pretoria, contra el autor de la actividad perjudicial para la salud pública se recurría al *quivis de populo*, que no intervenía como representante de un ente público (o, desde el punto de vista romano, del *populus romanus*), sino como detentor de un interés personal y difuso⁽²⁹⁾ a la *salubritas*; y por esta razón se ha opinado correctamente que tal remedio, ya que favorece intereses de los *cives* (entendidos como miembros de una comunidad organizada, y no como individuos o como sujetos de un relación de alguna manera estructurada con los organismos públicos) se colocaba fuera de la tradicional dicotomía derecho privado-derecho público⁽³⁰⁾.

3. La decadencia del medio popular. La participación del ciudadano, actor en los procedimientos populares, en la defensa de las *res publicae in publico usu* (y de la *salubritas* colectiva) era de hecho coherente con la ideología republicana en general favorable a fomentar una mayor participación en la gestión de los asuntos públicos. No es de extrañar, pues, que con la llegada de la edad imperial y con la compresión de los espacios de poder del pueblo, las acciones populares hayan comenzado a conocer un largo período de decadencia, con el resultado de que el ciudadano, entonces convertido en un súbdito, por las amenazas ambientales a la salud

sólo hubiera podido confiar en la decisión administrativa de un funcionario público⁽³¹⁾. Inicia con el «cambio de dirección» imperial una larga fase histórica en la cual las acciones populares en general, siendo contrarias a las ideologías autoritarias, se descuidan sustancialmente en los ordenamientos jurídicos europeos y en las reflexiones doctrinales. Tendrá que esperarse hasta la segunda mitad del siglo XIX para asistir a un redescubrimiento de esas acciones favorecido por el pensamiento liberal⁽³²⁾, en una época en la cual la Pandectística, tan condicionada por conceptos como «estado» y «derecho subjetivo», considera la acción popular incompatible con sus propios esquemas⁽³³⁾.

4. Conceptos y modelos de protección romanos para la integración entre Europa y América Latina en el derecho del medio ambiente. El aire y el agua, que consideramos ahora como bienes ambientales a consecuencia de la toma de conciencia de que son recursos escasos desde el punto de vista cualitativo y no cuantitativo, estaban incluidos por el jurista Marciano (al inicio del siglo III d.C.) en la categoría de las *res communes omnium*, es decir entre las cosas que pertenecen a todos los hombres

como instrumento de tutela a las *res in usu publico* en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 25, 2008, p. 58 ss.

⁽²⁹⁾ Ya mencionó los «derechos difusos» Vittorio Scialoja: véase DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, en *Diritto e processo nella esperienza romana*. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, Napoli, 1994, p. 492 ss.; SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, en GAROFALO (cur.), *«Actio in rem» e «actio in personam»*. In ricordo di M. Talamanca I, Padova, 2011, p. 725; GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 5, 2012, p. 25.

⁽³⁰⁾ Véase FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, cit., p. 29 ss.; SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, cit., p. 746 ss.

⁽³¹⁾ Sobre el tránsito del modelo republicano al modelo imperial, con la reducción gradual del alcance de los interdictos populares, véase DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., p. 514 ss.; lo. *La gestione dei rifiuti a Roma fra tarda repubblica e primo impero. Linee di un «modello»*, cit., p. 63 y sucesiva; además, ACUÑA SOLÓRZANO, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente*, cit., p. 68; para la tarda edad imperial, véase LÓPEZ GÁLVEZ, *Actividades perjudiciales para la salubridad del aire de los espacios públicos en el derecho romano*, cit., p. 404.

⁽³²⁾ Véase MIGLIETTA, voz *Azione popolare*, en *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, I, Napoli, 2009, p. 702 ss.; SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, cit., p. 716 ss., espec. p. 731 s. (que hace referencia al célebre elogio de las acciones populares romanas de Jhering).

⁽³³⁾ Véase DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, cit., p. 501 ss.; SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, cit., p. 730 ss., y p. 738 ss.

por derecho natural⁽³⁴⁾.

La urgencia en nuestros días para que se proporcione una protección adecuada y suficiente para el medio ambiente ha llevado a un redescubrimiento de la teoría de Marciano⁽³⁵⁾, considerada interesante, ya que reconoce una titularidad «global» (de los «*omnes*») sobre los bienes vitales, es decir independientemente de cualquier ciudadanía, con respecto a un derecho no impuesto directamente por las organizaciones públicas, sino preexistente y que se refiere a toda la humanidad. Cuando las Conferencias internacionales, a propósito del agua, hablan de «derecho humano fundamental», de

«bien común de la humanidad», de «bien común global», se piensa inevitablemente en Marciano⁽³⁶⁾.

Se ha argumentado, sin embargo, que la disciplina desarrollada por los Romanos con respecto a las *res communes omnium*, suponiendo que esas fueran ilimitadas, no parece la más adecuada hoy en día para plantear una eficaz tutela jurídica de los bienes ambientales, ya que establece una libre apropiación por parte de cada ser humano con el único límite de la igualdad de derecho de apropiación de otras personas, abriendo de esta manera el camino para una explotación de los bienes ambientales por cierto no coherente con el principio de desarrollo sostenible⁽³⁷⁾.

Por lo tanto, la atención hacia los modelos romanos ha cambiado dirección y se ha dirigido hacia otra clase de *res* (que ya hemos visto involucradas en los problemas medioambientales) y al tipo de protección referido a ellas: las *res publicae in publico usu* y las acciones (mejor dicho, los inter-

⁽³⁴⁾ D.1.8.2 (Marc. 3 *inst.*): «*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*»; véase también I.2.1.1. Sobre la categoría identificada por Marciano y sobre su controvertida relevancia jurídica véase, *ex multis*, MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, p. 74 ss.; Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, p. 34 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., p. 105 ss.; CARRASCO GARCÍA, *Atmósfera, espacio radioeléctrico, flora silvestre, ecosistemas: ¿Res communes omnium?, ¿Dominio público? Perspectiva actual de las categorías jurídicas romanas*, en *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, p. 15 ss.; FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, cit., p. 42 ss.; en particular sobre la referencia al *ius naturale*, vd. LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistemática e de iure condendo*, en *Diritto@Storia*, 3, 2004, 2.d. Véase también, entre los administrativistas, GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'Anno Accademico 1962-63*, Roma, 1963, p. 37 ss.

⁽³⁵⁾ No sólo con referencia a los bienes medioambientales: para la inclusión del espacio radioeléctrico en la categoría de las *res communes omnium* (con efectos prácticos en el derecho tributario español), véase CARRASCO GARCÍA, *Atmósfera, espacio radioeléctrico, flora silvestre, ecosistemas: ¿Res communes omnium?, ¿Dominio público? Perspectiva actual de las categorías jurídicas romanas*, cit., p. 8, p. 14 nota 32; además, más ampliamente FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, cit., p. 40 ss. Incluso en las decisiones de los jueces italianos dicha categoría ha sido valorizada: el tribunal administrativo regional del Veneto (TAR Veneto, 18 de diciembre de 2007, n. 4029) ha expresamente calificado como *res communis omnium* el «bien» medio ambiente.

⁽³⁶⁾ Véase SOLIDORO MARUOTTI, *Il civis e le acque*, en *Index*, 39, 2011, p. 244 ss.; además, ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, en *Diritto pubblico*, 11, 2005, p. 130 ss. Sobre las fuentes de derecho internacional donde se reconoce un derecho «humano» al agua, véase recientemente SCOVAZZI, *Il diritto all'acqua nella Dichiarazione di Lima e nel diritto internazionale*, en FOIS (cur.), *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011, p. 169 ss.; el autor (p. 176 s.) destaca que recientemente (2006) la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha opinado que la falta de acceso al agua, se debe considerar como una violación del derecho humano a la vida, protegido por el art. 4, párrafo 1, de la Convención americana sobre los derechos humanos de San José de Costa Rica.

⁽³⁷⁾ Véase FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, cit., p. 67; SOLIDORO MARUOTTI, *Il civis e le acque*, cit., p. 248 ss., 272 ss.; véase también MADDALENA, *L'ambiente, prolegomeni per una sua tutela giurídica*, cit., p. 1505. Sobre el principio de desarrollo sostenible, receptivo de un pacto intergeneracional para la protección de la especie humana, en el ámbito del derecho italiano y europeo véase recientemente (con especial atención a la relación de este principio con la protección del medio ambiente) FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, en *Riv. quadr. dir. ambiente*, 0, 2010, p. 13 ss.

dictos) populares⁽³⁸⁾. Lo público, abierto al uso colectivo, no dispone de una dimensión universal de la titularidad típica de las *res communes omnium*, sin embargo puede ser tutelado de mejor manera, en estrictos ámbitos de ciudadanía, gracias a instrumentos procesales que tienen su fuerza en la legitimación activa difusa. Y podemos decir con seguridad que siguen la línea de continuidad de la tradición jurídica romana (especialmente republicana) todas aquellas propuestas, no sólo del mundo académico, finalizadas a reforzar la participación democrática en la gestión de los «bienes comunes» (incluyendo el «medio ambiente»)⁽³⁹⁾. Esas propuestas se dirigen hacia la identificación de los titulares de los bienes comunes, no en el Estado-persona, sino en los ciudadanos (o en el Estado-comunidad), y en consecuencia de-sean incrementar el uso de la acción popular (de la cual, por cierto, aún deben ser profundizados los mecanismos de incentivación)⁽⁴⁰⁾.

Las propuestas presentadas en el ámbito italiano y europeo, a las cuales hemos hecho referencia rápidamente, una vez aceptadas, facilitarían enormemente la integración entre Europa y América Latina, la cual en ciertas medidas es mucho más avanzada que la primera, si consideramos el espacio reservado a la acción popular por los códigos civiles elaborados bajo la influencia del pensamiento de Andrés Bello⁽⁴¹⁾. Por otra parte, la mayor participación democrática en el ámbito de la protección del medio ambiente ya está profundamente erradicada en el espíritu del Tratado de Lisboa (art. 11) y Brasilia (art. 18)⁽⁴²⁾, y esto facilita, sin duda, un proceso de armonización entre los países de la Unión Europea y los países adherentes al UNASUR.

Andrea Triscioglio

⁽³⁸⁾ Véase a propósito Zoz, *Idee vecchie e nuove in tema di acque pubbliche interne*, en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007, p. 6110; incluso, SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: «invenzione» di un modello?*, en SANTUCCI, SIMONATI, CORTESE (cur.), *L'acqua e il diritto*. Atti del convegno Trento 2 febbraio 2011, Trento, 2011, p. 175.

⁽³⁹⁾ Sobre esta categoría de bienes, que tendría que superar la rígida, y ya insuficiente, dicotomía entre propiedad pública y propiedad privada, véase recientemente, con referencia al ordenamiento jurídico italiano, MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della Repubblica italiana*, en *Giur. cost.*, 56, 2011.3, p. 2613 ss.; más en general MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, *passim*.

⁽⁴⁰⁾ Véase MADDALENA, *L'ambiente, prolegomeni per una sua tutela giuridica*, cit., p. 1506 y sucesivas; se puede encontrar un análisis de la historia de la acción popular en la reciente legislación italiana en relación al tema del medio ambiente en SANNA, *L'azione popolare come strumento di tutela dei «beni pubblici»: alcune riflessioni tra «bene pubblico» ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e «res publicae» nel sistema giuridico romano*, en *Diritto@Storia*, 5, 2006, III.c; *Id.*, voz *Ambiente - parte giuridica*, cit., p. 430 ss., donde se destaca (p. 434 ss.) un retorno a los principios de derecho romano, por lo que se refiere a la titularidad y a la protección del medio ambiente; además véase SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e «class actions»*, cit., p. 765 ss.

⁽⁴¹⁾ Véase el código civil chileno, art. 948 (con una detallada disciplina del *praemium litis* otorgado al actor); ZHIMIN, *Riflessioni sull'azione popolare da una prospettiva comparativa*, cit., p. 6071 ss.; MIGLIETTA, voz *Azione popolare*, cit., p. 704 ss., y nota 51; sobre los otros códigos latinoamericanos inspirados por el grande jurista de origen venezolano, con referencia a los artículos que aquí interesan, véase ACUÑA SOLÓRZANO, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente*, cit., p. 71 ss. En Brasil la acción popular está prevista a nivel constitucional (véase el art. 5.73): además, ZHIMIN, *Riflessioni sull'azione popolare da una prospettiva comparativa*, cit., p. 6072. Para la utilización de la acción popular en América Latina véase también, con particular atención a Argentina, VALLS, *La defensa del ambiente en el Mercosur: la acción popular*, en SCHIPANI (a cura), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, p. 585 ss.; incluso *Id.*, *Riconoscimento del sistema giuridico latino-americano e sue implicazioni*, *ivi*, p. 726 ss.

⁽⁴²⁾ Véase Russo, *Democrazia europea e democrazia sudamericana a confronto*, en FOIS (cur.), *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra l'Unione europea e il Mercosur*, Napoli, 2011, espec. p. 258 ss.

Tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes

Bibliografía: BERNAL, *La tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes en México*, en *Derecho y proceso. Law Yearbook of the Università degli Studi di Perugia*, 2013, pp. 5-40; GONZÁLEZ PÉREZ, *El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México*, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, n. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 99-122.

El sistema no jurisdiccional de protección de derechos fundamentales surgió en México en 1990 con la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Esencia propia de este tipo de organismos de tutela no jurisdiccional, es la vigilancia de los actos de las autoridades administrativas a través de procedimientos sumarios y extraordinarios de salvaguarda de derechos que se constituyen en un medio alternativo de solución de controversias en plazos más breves.

Los organismos no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos tienen como fin controlar las actividades del Estado y, en particular, de su actividad administrativa, mediante procedimientos ágiles, flexibles, sin formalismos excesivos, que garanticen la tutela y protección de los derechos fundamentales.

En México, fue en el año 2006 cuando se estableció un «ombudsman» especializado en la materia tributaria, mediante la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (LOPDC), publicada el 4 de septiembre de 2006, en cuya Exposición de Motivos se destacó la necesidad de contar en nuestro país con un

ombudsman fiscal, similar a los existentes en los países anglosajones, que defendiera a los contribuyentes contra arbitrariedades o excesos de las autoridades fiscales federales. La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, como organismo autónomo, lleva a cabo su función en un campo mucho más amplio de tutela y protección no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes; se asume como un verdadero defensor de aquéllos a través de la instauración de procedimientos extraordinarios y breves de salvaguarda de derechos que se inician y tramitan con motivo de las quejas presentadas por los contribuyentes. Constituye su característica más importante el ser por antonomasia el medio no jurisdiccional de protección de los derechos humanos. De estos procedimientos pueden llegar a derivar recomendaciones públicas no vinculatorias a las autoridades fiscales federales.

Así, la tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes consiste en un procedimiento paraprocesal que se crea como instrumento alternativo a los procedimientos jurisdiccionales tradicionales, con el objeto de contribuir al acceso a la justicia y, por lo tanto, evitar la dilación en la impartición de ésta, coadyuvando así a la solución de los conflictos derivados de violaciones a los derechos humanos del sujeto pasivo de la relación tributaria, y que es tramitado por un organismo autónomo.

Diana Rosalía Bernal Ladrón de Guevara



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2013, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e Affidamento*, 2013, p. 298.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... conparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El Derecho en la Sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

