

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Control Constitucional
y Arbitraje

4 | NUEVA ÉPOCA
Edición especial | 2011

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 4, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2011

Control Constitucional y Arbitraje

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

ESTUDIOS

Alfredo Bullard González <i>Procrastinación y palabra empeñada:</i> <i>La protección y el control constitucional del arbitraje regulatorio</i>	17
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Arbitraje y amparo</i>	37
César Guzmán- Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maravi <i>¿Armadura propia o armadura prestada?: La protección del arbitraje frente a la</i> <i>intervención de la justicia estatal</i>	55
Juan Luis Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez <i>Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio</i>	77
Sergio Tafur Sánchez <i>¿Apuesta el Perú por el arbitraje?: A propósito del control constitucional de las</i> <i>decisiones arbitrales</i>	95
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral</i>	111
Mario Pasco Cosmópolis <i>El arbitraje en material laboral y el amparo constitucional</i>	127
Gabriela Novoa Muñoz <i>Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del</i> <i>arbitraje en Chile</i>	143

Diana Marcos Francisco

<i>Algunos aspectos controvertidos en la jurisprudencia arbitral española: especial referencia a la independencia e imparcialidad y a la “indagación razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales</i>	169
--	-----

Lidia Moreno Blesa

<i>Algunas consideraciones sobre el arbitraje de consumo on line en España</i>	203
--	-----

Cristina Hermida del Llano

<i>El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización</i>	239
---	-----

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE*

STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011. Caso Maria Julia	273
---	-----

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)*

1) <i>STC 02005-2009-PA, de 22 de Octubre de 2009. Sobre la Pildora del día siguiente.</i> Por Óscar Díaz Muñoz	297
2) <i>STC 00926-2007-PA, de 09 de Diciembre de 2009. Identidad Sexual, Integridad Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y Procesos Disciplinarios en Instituciones Policiales.</i> Por Giancarlo Cresci Vassallo	305
3) <i>STC 04941-2008-PA, de 03 de Febrero de 2010. Pago de Comisiones por venta de boletos aéreos y Constitución Económica.</i> Por Susana Távara Espinoza	309
4) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de Abril de 2010. Comunidades Campesinas y Derecho al Honor.</i> Por Jose Rojas Bernal	313
5) <i>STC 03592-2007-PA, de 29 de Abril de 2010. Transporte Público Interprovincial. Las Personas Jurídicas como Titulares de Derechos Fundamentales.</i> Por Clementina Rodríguez Fuentes	319
6) <i>STC 04657-2008-PA, de 09 de Junio de 2010. Ejecución de la Sentencia Constitucional.</i> Por Jose Rojas Bernal	323
7) <i>STC 05181-2009-PA, de 30 de Junio de 2010. Caso Elsa Canchaya.</i> Por Jorge León Vásquez	327

8) <i>STC 06316-2008-PA, de 30 de Junio de 2010. Derecho a la consulta y pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.</i> Por Johan León Florián	331
9) <i>STC 05427-2009-PC, de 23 de Agosto de 2010. La inconstitucionalidad por omisión y el deber de reglamentar el derecho a la consulta.</i> Por Johan León Florián	339
10) <i>STC 04749-2009-PA, de 24 de Agosto de 2011. La protección constitucional de las personas con VIH/SIDA.</i> Por Jaime de la Puente Parodi	345

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Armin von Bogdandy

El paradigma del pluralismo normativo.

<i>Una nueva perspectiva de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales</i>	353
---	-----

Mariela Morales Antoniazzi

La no reelección como garantía de la democracia

<i>¿Reconstrucción vs. Desconstitucionalización?</i>	375
--	-----

Martha C. Paz

El derecho al olvido. La influencia del tiempo en la determinación de un asunto noticioso que ya no es públicamente relevante. La doctrina de la

<i>Corte Constitucional Colombiana.</i>	403
---	-----

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández

<i>Derecho de Amparo</i>	415
--------------------------------	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	421
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	423
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	425

EL PARADIGMA DEL PLURALISMO NORMATIVO. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES*

ARMIN VON BOGDANDY**

SUMARIO: I. *La cuestión y tres tesis.* II. *Sustituir monismo y dualismo por un pluralismo jurídico.* III. *La dimensión constitucional del efecto directo en la configuración pluralista.* IV. *Efecto directo como una cuestión constitucional: la OMC como ejemplo.* V. *La última palabra.*

El desarrollo espectacular de las últimas dos décadas tanto del derecho internacional como de las normas constitucionales estatales sobre el derecho internacional llama a revisar un tema jurídico clásico: la relación entre am-

* Este trabajo surgió en el año 2007 con el objeto de ser presentado en las jornadas organizadas por el *International Journal of Constitutional Law* sobre la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno. La versión original fue publicada en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3/4 (2008), pp. 397-413. Las disposiciones del derecho de la Unión Europea se citan conforme a las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009). Traducción de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas. El autor agradece el valioso apoyo brindado para la conclusión de este texto por Mariela Morales Antoniazzi y Valentin Pfisterer.

** Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Profesor de Derecho Público de la Universidad Goethe de Francfort/Main. Presidente del Tribunal Europeo de Energía nuclear (auspiciado por la OCDE). Miembro del Consejo alemán para la Ciencia entre 2005-2008. Premio de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandenburg por sus destacados logros científicos en el ámbito del derecho y de la economía (Fundación Commerzbank 2008). Profesor de la Cátedra de Derecho Global en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York en 2005 y 2009. Invitado para la sesión inaugural del Instituto Straus para Estudios Avanzados del Derecho y la Justicia, Universidad de Nueva York, Año Académico 2009/2010. Miembro del Comité Científico de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2008-2013).

bos. Esta relación es objeto de un debate doctrinal clásico y gira en torno a los conceptos antagónicos de *monismo* y *dualismo*. Como ocurre a menudo con las construcciones jurídicas, estos conceptos canonizados no se cuestionan suficientemente. Sin embargo, para avanzar en el desarrollo de un nuevo derecho público que responda a las circunstancias y las expectativas normativas del siglo XXI, resulta imprescindible reconfigurar esta relación y abordar estas construcciones doctrinales desde una perspectiva crítica. Al fin y al cabo, los conceptos son el instrumento cognitivo más importante de la ciencia jurídica; cuando son inadecuados, la disciplina no puede aportar conocimientos útiles. El principal objetivo de esta contribución es demostrar que los conceptos monismo y dualismo ya no son útiles como conceptos básicos y ofrecer conceptos teóricos y doctrinales alternativos.

Este artículo parte desde una crítica del monismo porque analiza si el concepto y metáfora de la «pirámide jurídica» como representación estructural de las relaciones entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos jurídicos internos debe ser deconstruida en razón del desarrollo arriba mencionado. En un nivel teórico se sostiene que la pirámide es un concepto vinculado al monismo kelseniano que ha perdido su utilidad, sea en la versión de la primacía absoluta del derecho internacional sea en la versión de la primacía absoluta del derecho constitucional. Debería sustituirse por una teoría del pluralismo jurídico. En un plano doctrinal se afirma que la doctrina del efecto directo de las normas internacionales debería ser reconstruida y concebida como el resultante de un balance entre diversos principios constitucionales. Una tercera tesis hace referencia a los juicios de valor implícitos en la cuestión, y sostiene que, al menos en los sistemas democráticos, la respuesta habría de buscarse en el seno de los propios procesos constitucionales internos, de conformidad con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas comunidades constitucionales. Dado el estado del derecho internacional, es preferible tener la facultad de limitar dentro del ordenamiento jurídico interno el efecto de aquellas normas y actos jurídicos internacionales que colisionen notoria y gravemente con principios constitucionales.

I. LA CUESTIÓN Y TRES TESIS

Este trabajo desarrolla tres tesis distintas. La primera tesis es de naturaleza conceptual, e incluso teórica: la “pirámide” es un concepto relacionado con el monismo kelseniano que conlleva en sus dos versiones una concepción trasnuchada de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. El monismo es fundamentalmente una noción moribunda que debería descansar en paz; en este sentido doy una respuesta afirmativa: la pirámide debería ser

deconstruida. Al mismo tiempo, el dualismo también debería ser superado y sustituido por una teoría del pluralismo jurídico. Ésta da un aparato conceptual más adecuado tanto en el plano analítico como en el plano normativo para concebir la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, y los vínculos entre las Constituciones nacionales y los fenómenos jurídicos internacionales, en particular. En lugar de una «pirámide», un concepto teórico general más adecuado podría ser el de «acoplamiento».

La segunda tesis desarrolla la primera en términos doctrinales. El acoplamiento puede llevarse a cabo a través de las instituciones políticas y judiciales. Respecto a estas últimas, existen dos doctrinas principales para lograr el acoplamiento: la doctrina del efecto directo, o del carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) del derecho internacional, y la doctrina de la interpretación conforme (la llamada doctrina “Charming Betsy”)^[1]. A mi juicio, ambas son a menudo erróneamente consideradas doctrinas técnicas, en lugar de doctrinas constitucionales. Mi tesis es que una y otra deben ser reconstruidas y concebidas como el resultante de un balance entre principios constitucionales tales como la cooperación y la integración internacional por una parte, el gobierno democrático o la subsidiariedad por la otra. Para responder a la cuestión planteada, entonces, afirmarí lo siguiente: la deconstrucción de la pirámide debería acompañarse de una nueva construcción de estas dos doctrinas a la luz de su función constitucional. Esta respuesta se ilustrará mediante el debate sobre el efecto directo y el supuesto carácter constitucional del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a la luz del derecho constitucional de la Unión Europea (UE).

La tercera tesis conlleva un juicio de valor sobre los distintos ordenamientos normativos. Frente a la pregunta de cómo relacionar el derecho internacional y el derecho constitucional interno, mi tesis es que la respuesta debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales. Sostengo que, teniendo en cuenta el actual grado de desarrollo del derecho internacional, debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de establecer dentro del orden jurídico interno límites legales a los efectos de una norma o de un acto de derecho internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales. Este enfoque es también útil para el desarrollo del derecho internacional, ya que lo exonera del estricto

[1] En *Murray v. The Schooner Charming Betsy* 6 u.s. (2 Cranch) 64 (1804), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas. En otras palabras, la ley estadounidense no debe ser interpretada de manera que colisione con el derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo. Véase *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* 114 (1987).

cumplimiento de una serie de requisitos que no siempre está en condiciones de cumplir. Examinando la cuestión de la deconstrucción de la pirámide desde esta perspectiva, mi respuesta sería que la Constitución del Estado mantiene un papel, no absoluto como en el modelo monista estatal, pero sí fundamental. Ésta es también la razón por la que la decisión del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el asunto *Yusuf* no fue convincente^[2].

El presente trabajo desarrollará estas tesis detalladamente. En aras de la claridad, debe tenerse en cuenta que este texto concibe el régimen de la Unión Europea como un ordenamiento jurídico doméstico o interno. Existen muchas razones para ello, dado que la UE se sustenta en principios “constitucionales”^[3] y que su sistema político es esencialmente unitario, estructurado en torno a su territorio y a sus ciudadanos, y con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Todo ello —en suma, una unidad federal—, no puede encontrarse fuera de la Unión^[4].

II. SUSTITUIR MONISMO Y DUALISMO POR UN PLURALISMO JURÍDICO

La relación entre las normas del derecho internacional y las de los ordenamientos jurídicos internos aún es entendida en función de conceptos desarrollados hace cien años: el monismo y el dualismo^[5]. Estos conceptos representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, a tono con el desarrollo general de las ciencias del siglo XIX. Estos conceptos

[2] Sentencia del TPI de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf v. Consejo* (T-306/01, Rec. 2005, II-3533). En esta Sentencia el Tribunal de Primera Instancia rechazó establecer límites al régimen de sanciones decidido por el Consejo de Seguridad, que pretendía prevalecer sobre la normativa de la Comunidad Europea, a pesar de los muchos conflictos que generaba con los derechos fundamentales.

[3] Art. 2 del Tratado de la Unión Europea (DOUE 2010/C83/01, 30 de marzo de 2010).

[4] Véase Joseph H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, en: idem, *The Constitution of Europe*, 1999, pp. 221, 295-298; Stefan Oeter, *Federalism and Democracy*, en: Armin von Bogdandy y Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., 2010, pp. 55-82; Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation*, ibidem, pp. 169 y ss.

[5] Para conocer las contribuciones iniciales al dualismo véase Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; idem, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil des Cours*, vol 1, 1923, p. 77; Dionisio Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 1928, pp. 50-51; Lassa Oppenheim, *International Law – A Treatise*, 1937, p. 20. Para conocer las exposiciones más relevantes sobre el monismo, véase, por ejemplo, William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, p. 67; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*,

revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”. Como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido en gran medida olvidado. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el desarrollo espectacular del derecho internacional, y sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales^[6]. Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto^[7].

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional^[8], pero desde una perspectiva científica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o «deconstruirse». La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.

No obstante, una vez superada esta dicotomía, es el dualismo el que marca el camino a seguir. Una explicación teórica convincente sobre cómo recons-

1934, pp. 129-154; idem, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, pp. 30-51; Georges Scelle, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31-32; Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, pp. 34-42. Para una visión general, véase Christine Amrhein-Hofmann, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003.

[6] Véase Anne Peters, *The Globalization of State Constitutions*, en: Andre Nollkaemper y Janne E. Nijman (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, pp. 260-266, 293-305, para una visión panorámica de las reacciones de las Constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas; Tom Ginsburg, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*, N.Y.U.J. INT'L L. & POL., vol. 38, 2006, p. 707.

[7] Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, p. 9, 363.

[8] Véase Erika de Wet, *The Reception Process in Belgium and the Netherlands*, en Helen Keller y Alec Stone-Sweet (eds.), *The Reception of the ECHR in Europe*, 2008, pp. 11, 25.

truir la pirámide provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,^[9] pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúan en este ámbito. Por lo que respecta a los juristas, cuando analizan la validez, la legalidad, la interpretación o la legitimidad de una norma jurídica, su primer paso suele consistir en catalogarla como internacional, como perteneciente al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, o como norma interna de un Estado. El principal razonamiento jurídico descansa pues en la asunción pluralista de diversos ordenamientos, incluso en los llamados países monistas, como Francia (o en los Estados Unidos), e incluso en los Países Bajos, los más monista de todos.^[10] Además, la noción de un orden piramidal de las normas no es compatible con la experiencia de su diversidad. Ni siquiera la noción contemporánea de un derecho global, que podría evocar el monismo, pone en entredicho esta idea de pluralismo.^[11]

El concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso” normativo,^[12] como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”.^[13] Pero, ¿cómo se puede concebir este “acoplamiento”? Esta pregunta nos conduce a la segunda tesis, que desarrolla el tema en términos doctrinales.

[9] Cfr. William Burke-White, *International Legal Pluralism*, MICH. J. INT’L., vol. 25, 2004, p. 963; Franz von Benda-Beckmann, *Who’s Afraid of Legal Pluralism*, J. Legal Pluralism & Unofficial L., vol. 47, 2002, p. 37; Keebet von Benda-Beckmann, *Globalisation and Legal Pluralism*, INT’L L. F., vol. 4, 2002, p. 19; Theo Öhlinger, *Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe*, en: Antero Jyränki (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, 1999, pp. 163-174; Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, S. CAL. L. REV., vol. 80, 2007, p. 1155; Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, pp. 163-169.

[10] de Wet, nota 9, p. 18.

[11] Para una discusión sobre un derecho global administrativo, véase Sabino Cassese, *Global Administrative Law. An Introduction*, 2005, disponible en: http://www.iilj.org/global_adlaw/documents/CassesePaper.pdf; Benedict Kingsbury et al., *The emergency of Global Administrative Law*, Law & Contemp. Probs., vol. 68, 2005, p. 15, disponible en: <http://www.iilj.org/papers/2004/2004.1.htm>.

[12] Pero no en un sentido Schmittiano. Compárese en Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1963, p. 54; cfr. Jürgen Bast, *Totalitärer Pluralismus*, 1999, pp. 88-91.

[13] Ralf Poscher, *Internationales Verwaltungsrecht*, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, vol. 67, 2008, pp. 160 ss.

III. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL EFECTO DIRECTO EN LA CONFIGURACIÓN PLURALISTA

La segunda tesis es la siguiente: la nueva construcción de la relación entre normas de derecho internacional y normas de un ordenamiento interno debe ir acompañada de una nueva construcción de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme, a la luz de sus roles constitucionales. La idea del dualismo partió de la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.^[14] Sin embargo, hoy en día muchas normas internacionales regulan cuestiones internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales.^[15] Excepto en situaciones de administración internacional (Kosovo, Bosnia), un efecto de este tipo requiere una “mediación” por parte de las instituciones internas. La mediación o “acoplamiento” pueden llevarlo a cabo tanto las instituciones políticas como las instituciones administrativas y judiciales. En este último caso, el efecto interno de las normas internacionales suele derivarse de la doctrina del efecto directo y de la doctrina de la interpretación conforme. De ahí que parezca lógico afirmar que la deconstrucción de la pirámide a través del concepto de “acoplamiento” debe conducir a la exploración y a la construcción más elaborada de estas dos doctrinas. No en vano, si el acoplamiento entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno que pueden efectuar las instituciones administrativas y judiciales se sustenta en gran medida en estas dos doctrinas, de ellas depende la intensidad de tal acoplamiento.^[16]

Aunque significativo, el “acervo doctrinal” existente no parece ser plenamente satisfactorio; a menudo, ni siquiera queda claro si se trata de doctrinas provenientes del derecho internacional o del derecho interno.^[17] Desde mi perspectiva, se sustentan en el derecho constitucional interno, afirmación que puede defenderse doctrinalmente, comparativamente, y a la luz de criterios de legitimidad.

[14] Triepel, nota 6, pp. 11-15; Cfr. Ulrich Gassner, Heinrich Triepel. Leben und Werk, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

[15] Tomuschat, nota 8, p. 63 (el derecho internacional como un “modelo de vida social”).

[16] Véase Robert Glassman, *Persistence and Loose Coupling in Living Systems*, Behav. Science, vol. 18, 1973, p. 83 (el origen del concepto).

[17] Véase Waldemar Hummer, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen en Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, 1987, pp. 43-83, 67; Arnold Koller, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, 1971, pp. 121, 146; Manfred Zuleeg, *Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der europäischen Sozialcharta*, Zeitschrift

Las normas y decisiones internacionales a las que se atribuye claramente efecto directo son en realidad muy escasas.^[18] Una gran excepción la constituye el derecho de la Unión Europea: ya desde la sentencia en el asunto *Van Gend & Loos*, el ordenamiento jurídico europeo – a través del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE en la actualidad) – se considera facultado para determinar la posición del derecho europeo en los ordenamientos internos, pretensión que los sistemas jurídicos nacionales han aceptado, aunque no totalmente.^[19] Otra excepción muy importante es, a este respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que atribuye efecto directo a sus pronunciamientos; si tiene éxito, pasará de ser una institución internacional a una institución supranacional.^[20] Estas dos excepciones confirman la regla general según la cual corresponde al orden jurídico interno decidir sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado.

für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1975, pp. 341, 350. Para la última idea véase, por ejemplo, Albert Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, 1970, pp. 125-130; Yuji Iwasawa, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States*, 1999, p. 77. Algunos autores distinguen entre el efecto directo como una doctrina de derecho internacional, y la doctrina a la auto-ejecutabilidad como doctrina del derecho nacional; véase, por ejemplo, Thomas Buergenthal, *Self-executing and Non-self-executing Treaties in National and International Law*, *Recueil des Cours*, vol. 235, 1992, pp. 303, 322.

[18] El caso paradigmático es *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig*, Dictamen, P.C.L.J. (ser B) núm. 15 (3 de marzo de 1928). Para decisiones más recientes, véase el caso *LaGrand* (Ger. vs. U.S.), I.C.J. 466 (27 de junio de 2001); *Acusador contra Tadic*, caso núm. IT-94-1, Opinión y Decision, (7 de mayo de 1997); Cfr. Joseph H. H. Weiler y Ulrich Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass*, *HARV. INT'L J.*, 73 (2), 1996, p. 411.

[19] Para más detalles, véase Peter M. Huber, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, en: Armin von Bogdandy *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, 2008, tomo 2, § 26.

[20] Sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Serie C núm. 154, párrafo 124: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Serie C núm. 158, párrafo 128: «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

Consideraciones de legitimidad respaldan además la idea de que el derecho constitucional interno es el que normalmente ha de determinar el alcance del efecto directo y de la interpretación conforme. La posición que adopte un ordenamiento jurídico interno frente a la globalización incide necesariamente en cuestiones fundamentales como la democracia, la auto-determinación y la auto-percepción de la ciudadanía. Por esa razón, dicha posición debería proceder de normas que gocen de la mayor legitimidad y que, al menos en las democracias liberales, son normas constitucionales. Esta es, al menos con respecto a las democracias liberales, la solución más coherente con el constitucionalismo como teoría normativa.^[21]

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.

En la Sentencia de la Corte IDH de 23 de Noviembre de 2009, *Radilla Pacheco vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C núm. 209, párrafo 339, la Corte hace mención del control de convencionalidad y agrega en la nota a pie de página 321: “El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. *Cfr.* la Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito de 2 de julio de 2009, Amparo Directo Administrativo 1060/2008 en la que se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”.

En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” sentado por la Corte IDH cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos (Conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado en el Seminario “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune in America Latina*”, 18 y 19 de noviembre de 2009). En relación con las medidas provisionales, se puede mencionar la Resolución de la Corte IDH de 4 de mayo de 2004 respecto de Venezuela (Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcatégui; Martha Colomina y Liliana Velasquez): “La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes”.

[21] Norman Dorsen *et al.*, *Comparative Constitutionalism*, 2003, p. 10.

Por eso, la decisión de un tribunal supranacional a favor del efecto directo está más fácilmente legitimada si está respaldada por normas constitucionales. Tal es el caso latinoamericano. A luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, parece importante señalar que muchas Constituciones (por ejemplo, la de Venezuela, en su art. 23; la de Ecuador, en el art. 424, o la de Bolivia, en su art. 256 atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos, otras Constituciones al menos a algunos de ellos, como el art. 75 inc. 22 de la Constitución de Argentina otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 más los que “adquieran la jerarquía constitucional” a través del procedimiento del art. 75 inc. 22). La respectiva labor de la Corte IDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las Cortes Supremas, representan un tema de enorme transcendencia teórica, doctrinal y – sobre todo – práctica, porque puede llevar al Continente a una suerte de Constitución común.

Pero volvamos al tema general. Una reconceptualización de las dos doctrinas mencionadas –efecto directo e interpretación conforme– puede lograr algo más que la mera admisión de que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno. Hasta el momento, ambas doctrinas suelen concebirse como asuntos técnicos o metodológicos, pero esta concepción no es plenamente convincente. Con respecto a la interpretación conforme, comparo el enfoque del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su ampliamente criticada sentencia *Görgülü*: la interpretación conforme debe basarse en el contexto interpretativo general de la Constitución interna.^[22] Aún más importante es la doctrina del efecto directo. Muchos autores sostienen que el efecto directo depende en gran medida de la precisión o determinación de las disposiciones del derecho internacional en cuestión. Este punto de vista tampoco resulta convincente. En primer lugar, porque la «determinación» constituye un criterio indeterminado. Pero, sobre todo, porque este enfoque no hace justicia ni al papel «acoplador» ni a la función constitucional de la doctrina del efecto directo. Esta dimensión del problema pone de relieve que la doctrina del efecto directo afecta a varias cuestiones constitucionales, tales como la separación de poderes entre las instituciones nacionales, el papel de las instituciones políticas, y su relación con los órganos administrativos y el

[22] Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de 14 de octubre de 2004, *Görgülü* (2 BvR 1481/04; BVerfGE 111, 307-332; la traducción al inglés se encuentra en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html). El Tribunal sostuvo que la cuestión no consiste en no tener en cuenta el derecho internacional, sino en que su aplicación mecánica sin considerar las normas de mayor jerarquía, puede vulnerar los derechos fundamentales. En todo caso, el contexto interpretativo de la Constitución Nacional tiene que ser considerado.

poder judicial, así como la situación de sus ciudadanos en un contexto social y político globalizado.

Ambas doctrinas deben sustentarse en un equilibrio entre diversos principios constitucionales como son la cooperación internacional, por una parte, y el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales, por el otro. Teniendo en cuenta que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno, es probable que las doctrinas asuman diferentes matices de significado en los distintos ordenamientos constitucionales, desde el momento en que se basan en historias constitucionales muy distintas. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, al comparar la experiencia de los Estados Unidos de América (con una continuidad democrática de doscientos años) y la de Perú (con la convocatoria de un Congreso Constituyente que sancionaría la Constitución de 1993, aún vigente, luego del golpe que asestó Fujimori al Congreso de la República y a la Constitución de 1979).^[23]

Este enfoque no pretende obstaculizar el desarrollo del derecho internacional, sino todo lo contrario. Sirve más bien para hacer visible su evolución, teniendo en cuenta su dinámica, que no siempre está a la altura de las exigencias del constitucionalismo. El efecto directo de las normas internacionales, por lo tanto, añade una presión enorme al desarrollo del derecho internacional. Por razones similares, es importante que las consecuencias de un incumplimiento sean limitadas y restringidas, todo lo cual se explica^[24] mejor con un ejemplo.

IV. EFECTO DIRECTO COMO UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL:

LA OMC COMO EJEMPLO

Este argumento bastante abstracto se ilustrará con el que quizás es el tema más debatido en Europa en relación con el efecto directo: la Organización Mundial del Comercio (OMC).^[25] La cuestión del efecto directo del régimen de

[23] Véase Jesús María Casal, *El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina*, Rechtsgeschichte, 2010, p. 16.

[24] Así se ha resaltado en *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, reimpresso en James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002.

[25] Véase Alicia Cebada Romero, *La Organización Mundial de Comercio y la Unión Europea*, 2002; Antonis Antoniadis, *The European Union and WTO Law*, *World Trade Rev.*, vol. 6, 2007, p. 45; Robert Uerpman-Wittzack, *The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems*, en Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, nota 5, pp. 145-181; Deborah Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005; Francys Snyder, *The Gatekee-*

la OMC es esencial, porque del Artículo 216.2 TFUE se infiere la primacía de las normas convencionales internacionales sobre el derecho derivado de la Unión;^[26] de ahí que si se le atribuyera efecto directo, la normativa de la OMC tendría una función constitucional para el poder legislativo de la UE. No obstante, el Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) niega su efecto directo cuando impele a los poderes legislativos de la UE a cumplir el derecho de la OMC.^[27]

Esta decisión ha sido ampliamente criticada por considerarse “política”; el argumento central de la crítica se refiere al alto grado de determinación que presentan muchas disposiciones convencionales del régimen de la OMC, más aún cuando se concretan a través de los procedimientos de solución de controversias.^[28] Nosotros sostenemos, sin embargo, que el posible efecto directo de una norma internacional no depende de la determinación o precisión de ésta, sino que ha de decidirse en función de principios constitucionales tales como el gobierno democrático, la seguridad y la igualdad jurídicas, así como a partir de las normas sobre cooperación internacional consagradas en el derecho primario (esto es, constitucional) de la Unión Europea.^[29]

Este argumento puede fundamentarse en la indiscutible importancia que el principio constitucional de la cooperación internacional tiene para la UE, que otorga mayor relevancia a las disposiciones internacionales que la mayoría de los ordenamientos constitucionales internos.^[30] La negación del efecto directo del derecho de la OMC constituye más bien una excepción en la aproximación de la UE al derecho internacional. Por ello el caso es tan revelador.

Una de las consecuencias del efecto directo es la presión para armonizar los distintos esquemas normativos internos, pues con el efecto directo de las

pers: The European Courts and WTO Law, Common Mkt. Rev., vol. 40, 2003, p. 313; Stefan Griller, *Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union*, J. INT'L Econ. L., vol. 3, 2000, p. 441.

[26] Ex art. 300, para. 5 TCE.

[27] Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, *Portugal ./. Consejo* (C-149/96, Rec. 1999, I-8395); Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2005, *León Van Parys NV v. Belgische Interventie- en Restitutiebureau* (C-377/02, Rec. 2005, I-1465). No se le concede efecto directo a las decisiones del OSD, Piet Pieckhout, *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union*, J. INT'L ECON. L., vol. 5, 2002, p. 91.

[28] Véase Griller, nota 26, pp. 451, 461. Véase también Judson Berkey, *The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT. A Question Worth Revisiting*, E.J.I.L., vol. 9, 1998, p. 626 (para más críticas relativas a la negación del efecto directo del régimen GATT).

[29] Cfr. Armin von Bogdandy, *Founding Principles*, en idem y Jürgen Bast, nota 5, pp. 11-54.

[30] Sentencia del TJUE de 16 de junio de 1998, *A. Racke GmbH & Co ./. Hauptzollamt Mainz* (162/96, Rec. 1998, I-3655), la CE debe respetar el derecho internacional en el ejercicio de sus poderes); Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2006, *Parlamento ./. Consejo* (C-540/03, Rec. 2006, I-5769), la legalidad de la Directiva revisada por referencia al CEDH, dos convenciones internacionales y la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea.

normas internacionales será mucho más difícil mantener leyes nacionales divergentes. El principio de auto-determinación, a menudo caracterizado como principio de subsidiaridad, se ve afectado de modo similar. Esta presión se debe a la necesidad de evitar la discriminación a la inversa. El concepto de discriminación a la inversa significa que, en virtud del efecto directo, el agente económico extranjero goza de un trato más favorable que el nacional.^[31] Dado que esta situación es poco admisible políticamente, el efecto directo desarrolla una dinámica de armonización.

En el seno de la UE, una tendencia general hacia la armonización está justificada, ya que la integración económica es un objetivo constitucional (art. 3.3 TUE). Por el contrario, el régimen de la OMC no tiene como objetivo la integración económica o la armonización. Además, el efecto directo puede requerir legislación secundaria, esto es, legislación adoptada por la institución inter o supranacional. En gran medida, la integración europea ha validado la hipótesis funcionalista según la cual la denominada integración negativa en virtud del efecto directo de las libertades del mercado (libertad de comercio, art. 34 TFUE, etc.) dará lugar a procesos políticos transnacionales.^[32] El efecto directo de la normativa de la OMC, en consecuencia, aumentaría dramáticamente la necesidad de una legislación transnacional, ya sea en forma de tratados internacionales o mediante otros instrumentos. Tal desarrollo podría ser crítico en dos sentidos: primero, porque es poco probable que un mecanismo eficiente y legítimo de producción normativa pueda ser creado a nivel global;^[33] y en segundo lugar, porque cualquier mecanismo de producción normativa global de este tipo supondría un riesgo para el autogobierno democrático y la subsidiariedad aún mayor que el que conlleva la producción normativa de la Unión Europea. Por lo tanto, estos principios constitucionales se oponen al efecto directo del derecho de la OMC.

Un principio constitucional aún más relevante es el de la seguridad jurídica. La OMC carece de las instituciones necesarias para legislar en situaciones de indeterminación normativa. A primera vista, ello parece aceptable en el caso de que el régimen normativo de la OMC tenga efecto directo, pues su impacto tendería a ser la desregulación. Sin embargo, sería ingenuo suponer que los intereses de los agentes económicos se satisfacen siempre a través de la desregulación. Por el contrario, muchas industrias dependen de la seguridad jurídica y de

[31] La idea de la desregulación en la UE ha sido limitada porque las instituciones comunitarias podrían regular la materia en el nivel supranacional. Esta posibilidad no existe en la OMC.

[32] Fritz Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?* 1999, pp. 50, 96.

[33] Para un análisis detallado, véase Armin von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO. Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 609.

marcos normativos específicos, y las prácticas de comercialización y distribución dependen de marcos jurídicos concretos.^[34] En el caso de aceptar el efecto directo de la normativa de la OMC, puede ocurrir que el productor nacional no sepa en qué medida el régimen que debe seguir se aplica igualmente a los competidores extranjeros en el mercado interno. Esta incertidumbre en relación con las bases legales de la competencia dentro del mercado nacional es cuestionable a la luz del principio de seguridad jurídica.

Otro principio importante es el de la igualdad ante la ley. El debate sobre el efecto directo de la normativa de la UE pone de relieve que cualquier disposición europea puede ser aplicada de modo diferente por los distintos tribunales nacionales de los 27 países miembros de la UE, lo que puede lesionar seriamente el principio de igualdad ante la ley. Con el fin de responder a esta objeción, la Unión tiene una serie de mecanismos específicos para garantizar una aplicación suficientemente homogénea, entre los que se encuentra especialmente la cuestión prejudicial de interpretación consagrada en el art. 267 del TFUE.^[35] El TJUE es responsable de la igualdad jurídica de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y en este principio se basa gran parte de su impactante jurisprudencia. Sin embargo, no existen mecanismos de este tipo para garantizar a los competidores de distintas jurisdicciones la igualdad ante la ley cuando se aplica la normativa de la OMC. En primer lugar, no hay ninguna obligación de aplicar directamente la normativa de la OMC. Además, no existe un vínculo institucional entre el juez nacional y los órganos de solución de controversias de la OMC. En caso de aplicación directa, en la OMC no existen mecanismos que garanticen la igualdad ante la ley entre los agentes económicos que actúan en diferentes ordenamientos jurídicos internos. La igualdad ante la ley se encontraría por tanto seriamente amenazada. El TJUE subraya también la posibilidad de un “desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC”^[36] como una razón para excluir su aplicación directa.

Sin embargo, surge la siguiente pregunta: ¿es la igualdad ante la ley, en su versión de aplicación uniforme del derecho de la OMC, verdaderamente necesaria para que una norma tenga efecto directo? Se podría argumentar que este principio

[34] Charles Goodhart, *Economics and the Law: Too Much One-Way Traffic?*, MOD. L. REV., vol. 60, 1997, pp. 1, 4 (con amplias referencias a Ronald Coase y Mancur Olson).

[35] En virtud del artículo 267 TFUE, el TJUE tiene competencia para interpretar el derecho de la Unión, con carácter prejudicial, cuando se plantee una cuestión de este tipo ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembro. Una vez que el TJUE haya decidido la cuestión, le será devuelta al juez nacional. Este mecanismo cooperativo busca una interpretación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembro. Véase la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1981, *Pasquale Foglia ./ Mariela Novello (No 2)* (244/80, Rec. 1981, 03045), para. 17.

[36] Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, *Portugal ./ Consejo*, nota 28, para. 45.

no impide la aplicación directa de importantes instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos^[37] y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.^[38] El argumento de la falta de igualdad ante la ley, por lo tanto, perdería relevancia si se considerase que la normativa de la OMC, o al menos algunas de sus disposiciones, garantizan derechos humanos, afirmación que se ha mantenido insistentemente.^[39] Sin embargo, los tratados de la OMC no califican los deberes de sus miembros como derechos humanos de los individuos. Tanto el significado ordinario, como el análisis sistemático y las prácticas institucionales se oponen a tal concepción del derecho de la OMC. Un examen comparativo de la normativa de la Unión Europea también dificulta la calificación del régimen de la OMC como de derechos humanos. Si las disposiciones de la OMC concedieran derechos, estos se corresponderían con las libertades comunitarias básicas. Sin embargo, el reconocimiento de la libre circulación de bienes y servicios en la UE no equivale al reconocimiento de derechos *humanos*, sino únicamente de derechos *individuales*.^[40] Esta distinción se confirma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea;^[41] concretamente, en el párrafo 3 del Preámbulo se distingue claramente entre los valores comunes y los derechos humanos, por una parte, y las libertades comunitarias, por el otro.

Esta distinción no es sólo semántica y simbólica, sino también sustantiva. Usualmente se pasa por alto la diferencia fundamental entre la jurisprudencia del TJUE sobre derechos humanos y la relativa a la libre circulación de bienes y servicios (no la relativa a la libre circulación de personas): el Tribunal aplica las libertades básicas únicamente si no existe legislación secundaria.^[42] Esto significa que a través de las instituciones de la Unión se puede regular la materia

[37] Véase The Reception of the ECHR in the Europe, nota 9, sobre las diferentes maneras en que la CEDH es aplicada en los ordenamientos jurídicos internos.

[38] Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2006, *Parlamento ./. Consejo*, nota 31..

[39] Véase Ernst-Ulrich Petersmann, *From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law?*, Common Mkt. Rev., vol. 37, 2000, pp. 1361, 1375.

[40] Véase la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996, I-1029), para. 54.

[41] Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000 (D. O., 2000/C 364/01).

[42] La Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")* (120/78, Rec. 1979, 649), en para. 8; Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1995, *Comisión ./. Alemania ("Sauce Hollandaise")* (C-51/94, Rec. 1995, I-3599), en para. 29; La Sentencia del TJUE de 6 de julio de 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV ./. Mars GmbH ("Mars")* (C-470/93, Rec. 1995, I-1923), en para. 12; la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2000, *Comisión ./. Bélgica* (C-217/99, Rec. 2000, I-10251), para. 16. Esto también explica por qué el derecho originario es interpretado a la luz del derecho derivado, lo cual puede parecer a primera vista

de modo distinto al decidido por el Tribunal. Ninguna decisión del Tribunal que establezca que un obstáculo estatal es ilegal por violar una libertad básica está escrita en piedra, ya que puede ser revocada posteriormente mediante un reglamento o una directiva. La función principal de las libertades básicas es crear un mercado común, no limitar el proceso político supranacional. Por lo tanto —esta es una distinción crucial para cualquier decisión sobre derechos humanos, ya provenga del TJUE, del TEDH o de un juez constitucional nacional— una decisión basada en las libertades del comercio no sitúa la cuestión al margen del proceso político ordinario. De ahí que no pueda considerarse que las libertades comerciales pertenezcan al ámbito de los derechos humanos, pues no cumplen la función contra-mayoritaria, que constituye la característica fundamental de los derechos humanos.^[43] Sería incoherente que las instituciones europeas concedieran estatus de derechos humanos a ciertas disposiciones internacionales si disposiciones equivalentes de la “Constitución” de la UE no gozan de tal condición. Por tanto, la cuestión de la igualdad jurídica sigue siendo crucial.

Aun cuando no se admita que el derecho de la OMC garantiza los derechos humanos, aún podría ser directamente aplicable si se considerara que confiere derechos *individuales* (de tipo económico), que de manera similar a las libertades comunitarias (p.e. art. 34 TFUE), limitan la actividad de los sistemas políticos y administrativos nacionales, so pena de infringir los compromisos internacionales. Una medida de este tipo modifica sustancialmente los ámbitos jurídico y político. Excepto en el caso especial del derecho constitucional, los jueces operan a partir de la premisa constitucional de que la normativa aplicable puede ser modificada en cualquier momento por los órganos legislativos con legitimidad democrática. Por consiguiente, el efecto directo de la normativa de la OMC es un caso que requiere de una justificación especial.

Al plantearse si las disposiciones de la OMC confieren derechos económicos individuales, el ordenamiento jurídico europeo habrá de examinar los argumentos que justifican el efecto directo de las disposiciones comunitarias. En la sentencia *Van Gend & Loos*, el objetivo de *establecer un mercado común* es el que abre la puerta a todos los argumentos a favor de la aplicabilidad directa.^[44] También en *Kupferberg*,^[45] el razonamiento del TJUE se basa en la idea de un “sistema de libre comercio”, y por consiguiente, en el objetivo normativo del *mercado*.

desconcertante o al menos sorprendente como método de interpretación. Cfr. la Sentencia de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH y Uwe Danzinger ./ Ideal-Standard GmbH y Wabco Standard GmbH* (“*Ideal Standard*”) (Caso C-9/93, Rec. 1994, I-2789), paras. 56-60. La situación en los Estados Unidos es similar con la “cláusula de comercio durmiente”; véase Alexander Graser, *Do Hard Cases Make Bad Law?*, *ZaöRV*, vol. 60 (2), 2000, pp. 366, 382.

[43] Günther Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, 1997, p. 127.

Estas libertades económicas transnacionales están estrechamente vinculadas a la idea de la creación de un mercado. No obstante, dicho mercado no es sólo un hecho o evento socioeconómico espontáneo, sino también una actividad que se lleva a cabo dentro de un marco jurídico,^[46] sin el cual, en realidad, no existirá jurídicamente un mercado. En consecuencia, el efecto directo del derecho de la OMC podría admitirse si existiera el objetivo de crear un mercado mundial cuya consecución se lograría a través de la normativa de la OMC. Sin embargo, ésta no prevé entre sus objetivos el establecimiento de un mercado global. Desde la perspectiva del derecho público, no existe un mercado mundial sino únicamente varios mercados nacionales, y la normativa de la OMC debe concebirse en realidad como un instrumento para la coordinación de la interdependencia entre ellos. En la medida en que la creación de un mercado mundial no es un objetivo normativo de la OMC, no hay razones para concluir que sus disposiciones tienen tal función. Por lo tanto, el argumento que sirve de fundamento al efecto directo de las disposiciones sobre mercado interior contenidas tanto en los tratados constitutivos de la UE como en muchos acuerdos concluidos por la UE, no justifica una medida análoga en relación con la normativa de la OMC.

De hecho, tal vez sea el principio de igualdad ante la ley el que ofrezca los argumentos más convincentes para concluir que ni el derecho de la OMC ni el de la UE prevén un mercado mundial, pues dicho mercado no podría cumplir las exigencias de igualdad ante la ley. Teniendo en cuenta que el núcleo de la relación de los derechos humanos es bipolar (la autoridad pública y la persona perjudicada), los derechos económicos individuales en una economía de mercado se inscriben siempre en relaciones multipolares (la autoridad pública, al menos dos competidores y el consumidor). La igualdad en la aplicación de la ley es mucho más importante en la constelación de la competencia entre los agentes económicos privados que en la de los derechos humanos, ya que allí la aplicación o inaplicación afecta directamente a las relaciones de la competencia. Por esa razón, el procedimiento prejudicial es esencial para el efecto directo del derecho de la Unión.

[44] La Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loöse* ./ *Nederlandse Administratie der Belastingen* (26/62, Rec. 1963, 1), sosteniendo que, de acuerdo con el espíritu, el contexto general y el texto del TCE —descrito como el “nuevo orden internacional”—, la clara e incondicional prohibición contenida en el art. 12 del TCE da fundamento para que los derechos individuales deban ser protegidos para garantizar los objetivos del mercado común.

[45] La Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1982, *Hauptzollamt Mainz* ./ *CA Kupferberg & Cie KG* (104/81, Rec. 1982, 3641), paras. 24-26, en el que el Tribunal sostuvo que la consecuencia inmediata del sistema de libre comercio es una regla antidiscriminatoria incondicional con efecto directo en toda la Comunidad.

[46] Goodhart, nota 35; Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 550.

Hasta este punto, mi argumento ha sido que es difícil desarrollar una justificación que respalde una decisión del TJUE en la que se admita el efecto directo de la normativa de la OMC dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. A continuación voy a presentar un argumento de tipo constitucional que se opone a la aplicabilidad directa. Los defensores del efecto directo unilateral sostienen que éste beneficiaría a la economía nacional (el llamado “argumento de desarme unilateral”).^[47] Este argumento, aunque atractivo a primera vista, encuentra numerosas objeciones.^[48] Jurídicamente, la objeción más importante se basa en el principio de igualdad. Si el ordenamiento jurídico europeo introdujera unilateralmente la aplicabilidad directa, esto supondría una discriminación a la inversa, es decir, la discriminación de los productores internos.

Si se atribuyera efecto directo a las normas de la OMC, el ordenamiento jurídico europeo se encontraría a menudo en la situación de tener que aplicar unilateralmente las disposiciones más liberales de la OMC a los productos importados, mientras que los productos internos estarían sujetos a normas nacionales más estrictas. El caso *Hormonas* entre los Estados Unidos y Canadá como demandantes, y las Comunidades Europeas como demandados, podría servir como ejemplo.^[49] Si el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (dirigido a armonizar medidas adoptadas sobre una base científica para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, y para prevenir la discriminación arbitraria y las restricciones encubiertas al comercio), fuese directamente aplicable, la carne producida en el extranjero con hormonas añadidas podría ser comercializada y vendida en la UE, mientras que un producto interno equivalente no podría serlo, por cuanto la normativa de la OMC se aplica exclusivamente a los productos extranjeros.^[50] Los pro-

[47] Esto significa que el efecto directo de la normativa de la OMC beneficiaría económicamente a todos los ciudadanos. Al respecto véase Daniel Ikenson, US Trade Policy in the Wake of Doha: Why Unilateral Liberalization Makes Sense, Cato Hill Briefing, 20 de Julio de 2006, disponible en: <http://www.fre-etrade.org/node/706>. El argumento de que la liberalización unilateral es ventajosa para cualquier economía puede ser identificado en Adam Smith.

[48] Stefan Langer, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995, p. 18; Robert Howse y Kalypso Nicolaidis, *Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far?*, en: Roger B. Porter et al. (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multicultural Trading System at the Millennium*, 2001, p. 227.

[49] Informe del Panel de Solución de Controversias de 18 de agosto de 1997, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (WT/DS26/R/USA) e Informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998, *WTO Hormones* (WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R), disponible en: http://www.wto.org/english/stratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm.

[50] Al respecto véase el Acuerdo de los Aspectos de derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo 1C, 1869, U.N.T.S. 299,

ductores nacionales y sus distribuidores estarían en una situación de desventaja con respecto a sus homólogos extranjeros.^[51] Dicha discriminación está prohibida por las Constituciones nacionales porque vulnera el principio de igualdad.^[52] Diferenciar entre competidores por el simple hecho de su procedencia no cumple con los requisitos constitucionales para un tratamiento desigual; y el mero hecho de que las mercancías sean producidas en diferentes lugares no justifica un tratamiento más favorable,^[53] con la posible y única excepción de que los productores internos fuesen los favorecidos, hipótesis que no es la que nos ocupa.^[54]

Se podría responder que ese tipo de discriminación se produce legalmente y muy a menudo dentro de la Unión Europea. Es cierto. Sin embargo, esta forma aceptada de discriminación a la inversa no se debe al hecho de que *un* ordenamiento jurídico en particular discrimine, sino a las divergencias entre los *diferentes* ordenamientos. Concretamente, ocurre que el derecho interno prevé una determinada norma para un supuesto de hecho mientras que el derecho de la Unión, cuya aplicación es impuesta por el propio ordenamiento supranacional, tiene una norma diferente y más favorable para quien actúa

33, I.L.M. 1197 (1994) (ADPIC), art. I (3); Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo I^a, 1867, U.N.T.S. 187, 33, I.L.M. 1153 (1994) (GATT), art. III.

- [51] Los agentes económicos con un mercado definido conforman un “grupo” en el sentido establecido por el principio de igualdad. Véase la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania ./ Consejo ('Bananas')* (C-280/93, Rec. 1994, I-4973), paras. 67-75.
- [52] Gareth Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, 2003, pp. 126, 127 y 143; Miguel P. Maduro, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Infernal Situations and Reverse Discrimination*, in: Kilpatrick *et al.* (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, 2000, pp. 117, 137-149, sosteniendo que los jueces nacionales, teniendo en mente los valores nacionales, podrían aceptar o rechazar la discriminación inversa); Christoph Hammerl, *Inländerdiskriminierung*, 1997, pp. 103, 159; Astrid Epiney, *Umgekehrte Diskriminierung*, 1995, p. 427.
- [53] Sobre los requisitos para el trato diferenciado en el ordenamiento jurídico europeo, véanse las Sentencias del TJUE de 19 de octubre de 1977, *Albert Ruckdeschel & Co y Hansa-Lagerhaus Ströh & Co ./ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen / Diamalt AG ./ Hauptzollamt Itzehoe* (117/76 y 16/77, Rec. 1977, 1753), en para. 7; Sentencia del TJUE de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast ./ Union regionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux* (C-15/95, Rec. 1997, I-1961), en para. 35; Sentencia del TJUE de 13 de abril de 2000, *Kjell Karlsson y otros* (C-292/97, Rec. 2000, I-2737), en para. 39; confróntese la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 20, nota 42.
- [54] Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 1981, *Firma Antón Dürbeck ./ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen* (112/80, Rec. 1981, 1095), en paras. 51-56 (protección de los productores nacionales frente a los que la Unión es responsable en virtud del art. 33 CE); Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania ./ Consejo*, nota 52, en para. 74.

transnacionalmente. En este caso —cuando la discriminación a la inversa es el resultado de la colisión de dos ordenamientos jurídicos autónomos— este tipo de discriminación se considera generalmente justificado porque el principio de igualdad sólo se aplica dentro de un mismo ordenamiento jurídico.^[55] Esta justificación no se aplicaría si la Unión decidiera, de manera autónoma, que el derecho de la OMC tiene efecto directo. La única posible solución para que la Unión aplique la normativa de la OMC directa y autónomamente y para evitar la discriminación a la inversa, sería decidir que la norma de la OMC fuera también aplicable a los productos nacionales. Sin embargo, una medida semejante implica automáticamente una mayor desregulación, con imprevisibles consecuencias.^[56] Una dinámica semejante difícilmente podría presentarse en un tribunal sujeto a una Constitución, y ciertamente no en el TJUE, en el que el consenso constitucional es mucho más limitado que en la mayoría de los Estados constitucionales. Si una comunidad política quiere liberalizar un sector económico, es libre de hacerlo dentro de los límites de la Constitución, aunque no de tal modo que los competidores nacionales sean discriminados, es decir, no por medio del efecto directo del régimen de la OMC.

En resumen: el tema del efecto directo no debería basarse principalmente en el criterio de precisión o determinación de la norma, ni debe ser considerado como técnico. Al menos desde la perspectiva del constitucionalismo, parece preferible elaborar una respuesta basada en el equilibrio de principios constitucionales tales como la cooperación internacional, la autodeterminación, la subsidiariedad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. En este sentido, la deconstrucción de la pirámide debe ir acompañada de una nueva construcción de la doctrina del efecto directo.

[55] Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1988, *Pesca Valentia Limited ./. Ministry for Fisheries and Forestry, Ireland and The Attorney General* (223/86, Rec. 1988, 83), en para. 18; Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2001, *Procedimientos criminales contra Jean Pierre Guimont* (C-444/98, Rec. 2000, I-10663), en para. 15.

Algunas constituciones consideran prohibida incluso la discriminación a la inversa y aplican la regla europea más liberal. Al respecto véase Austria: Verfassungsgerichtshof, Sentencia de 7 de octubre de 1997 (V 76/97 y V 92/97, reimpreso en *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 26(2), 1999, p. 51.).

[56] Véase Jürgen Basedow, *Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1991, p. 151, 159.

V. LA ÚLTIMA PALABRA

Mi tercera tesis no es más que una conclusión extraída de este razonamiento. Se ha formulado una pregunta valorativa: «¿Cuál es el papel de las Constituciones nacionales en este pluriverso normativo?». Mi respuesta es que siempre debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales. Ello está en consonancia con la evolución del derecho internacional, y con la discutida legitimidad de determinados actos jurídicos internacionales, como ocurre en el caso de las listas de presuntos terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU.^[57] O para decirlo de forma muy concreta: el Tribunal Europeo de Primera Instancia tomó el camino equivocado al considerar que los actos del Consejo de Seguridad sólo podrían ser juzgados a la luz del *ius cogens*.^[58] Si no se quiere cuestionar la jurisprudencia del TJUE según la cual el derecho europeo es un ordenamiento jurídico autónomo que cumple funciones constitucionales, entonces las normas pertinentes son las del ordenamiento jurídico europeo.^[59] Conceptualmente, el TPI fue atrapado por el monismo, una razón más por la que esta concepción debe ser relegada. Mi respuesta no debe ser entendida como una propuesta de monismo absoluto con la Constitución en la cúspide de un universo normativo; la autonomía normativa del derecho internacional no ha sido cuestionada, hay buenas razones que en muchos casos de conflicto entre una solución según los cánones de las Constituciones nacionales y según los cánones internacionales, la última prevalece; y el pluralismo (que no es un pluralismo radical) de los sistemas normativos es la base en la que se fundamenta todo el argumento.

[57] Por medio de las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad – 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2000), 1390 (2002), reiteradas en las resoluciones 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) y 1735 (2006) – el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas obligó a todos los estados a adoptar medidas restrictivas con respecto a los individuos y entidades contenidas en la „lista consolidada“ de Al-Qaida y Talibán, tales como el congelamiento total de sus activos, salvo para los gastos básicos de subsistencia, y la prohibición para salir del país de residencia, disponible en: <http://www.un.org/sc/comrnttees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>).

[58] Sentencia del TPI de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf v. Consejo*, nota 3, paras. 276, 338-346; Piet Eeckhout, *Community Terrorism Listings Fundamental Rights and UN Security Council Resolutions*, EUR. CONST. L. REV., vol. 3, 2007, p. 183; Jochen A. Frowein, *The UN Anti-Terrorism Administration and The Rule of Law*, en Pierre M. Dupuy *et al.* (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, pp. 785-795.

[59] A esta conclusión llegó posteriormente el TJUE. Véanse la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi vs. Consejo* (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. 2008, I-06351).