

GLOBALIZACIÓN, DERECHO SUPRANACIONAL E INTEGRACIÓN AMERICANA



COORDINADORES
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
MANUEL ALEXANDRO MUNIVE PÁEZ

ESTUDIO EN HOMENAJE A LA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
EN SU PRIMER CENTENARIO



EDITORIAL
PORRÚA
MÉXICO



ESCUELA
LIBRE
DE DERECHO

integración de los sistemas jurídicos. Esto se deriva de la efectividad que tienen las resoluciones que emiten sus organismos sobre los sistemas jurídicos internos. Debe tomarse en cuenta que en sus resoluciones muchas veces se incluyen puntos que exigen a los Estados la modificación de sus disposiciones normativas para hacerlas acordes con los estándares internacionales.

Debe mencionarse también el efecto que está provocando el llamado diálogo jurisprudencial que ha tomado cada vez más importancia y conforme al cual los tribunales internos avanzan en un proceso de homogeneización de criterios a favor de los derechos humanos.⁷

A lo anterior es necesario, sin embargo, añadir un matiz y es el hecho de que si bien podemos reconocer la virtud o fuerza integradora de los derechos humanos, como valores y como sistema, esto no nos permite afirmar que actualmente estemos, en el continente americano, dando pasos reales hacia la integración formal, máxime si adoptamos la distinción que se propone por algunos de distinguir entre la integración formal y la mera colaboración internacional.

⁷ El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refirió que ni del Estatuto de la Corte y su Reglamento ni de los dos Tratados, tanto el de la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el de Desaparición Forzada de Personas, se desprende que la jurisprudencia adquiriera el carácter de obligatoria. En consecuencia, el criterio orientador es el que se puede tomar o no en consideración sin ninguna responsabilidad y que no contiene fuerza vinculante. Así, por mayoría de 6 votos se estableció que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación. *Cfr.* Expediente varios 912/2010.

INSTRUMENTOS DE DERECHO PRIVADO PARA LA INTEGRACIÓN REGIONAL^{1, 2}

Roberto Cárdenas

I. DERECHO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL

Las relaciones entre Países se realizan normalmente mediante los tratados internacionales celebrados entre los gobiernos, o por medio de otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones, que se basan en las relaciones intergubernamentales.⁴

Sin embargo, la colaboración internacional se puede lograr y promover también a través de medios diferentes. En la escena internacional tienen una función muy interesante los instrumentos de derecho privado, a menudo más flexibles y de bajo perfil político, pero no menos eficaces.

El derecho privado, por definición, regula las relaciones entre particulares, pero involucra también entes y administraciones públicas, que ejercitan poderes estatales y los mismos gobiernos centrales.

Es lo que pasa usualmente hoy, cuando las administraciones públicas ya no utilizan como normal medio para reglar sus relaciones el acto administrativo unilateral, sino que también utilizan los contratos y otras herramientas de derecho privado.

Además, el uso del derecho privado se observa en las relaciones transnacionales de esas administraciones públicas entre ellas, con los particulares y con las organizaciones internacionales.

Los instrumentos del derecho privado son particularmente útiles en las relaciones jurídicas que interesan a sujetos de la misma región del mundo.

¹ El presente artículo forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de la Università degli Studi di Perugia (proyecto TeKla, *The European Knowledge Legal Area*, financiado por la Unión Europea, EACEA, Lifelong Learning Programme).

² Revisión de la traducción bajo la dirección del Mtro. Manuel Munive Páez, Escuela Libre de Derecho.

³ Catedrático Jean Monnet y Profesor de la Universidad de Perugia, Italia.

⁴ Entre las definiciones de «Derecho internacional», véase B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, pp. 3 y ss.

Como se apreciará en los siguientes párrafos, la función del derecho privado en la cooperación transnacional es particularmente relevante en el marco de los procesos de integración regional,⁵ donde los Estados de la misma región pierden progresivamente sus atribuciones de soberanía a favor de la construcción política supranacional.⁶

De hecho en la misma región, las relaciones entre sujetos públicos y privados se ponen en marcha en un contexto no solo de derechos nacionales, sino también de normas supranacionales.

Además, normalmente en ese contexto hay jueces supranacionales que interpretan y aplican el derecho supranacional, llegando a conformar un ordenamiento jurídico regional.

Es lo que pasó en Europa, donde el Tribunal de Justicia (en adelante también «Tribunal de justicia UE») reconoció por primero la existencia misma del derecho comunitario como ordenamiento jurídico autónomo y prevalente respecto a los nacionales.⁷

En Latinoamérica, el otro lugar del mundo donde se están desarrollando procesos muy interesantes de integración regional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (también «Tribunal CA») utiliza normalmente las expresiones «el ordenamiento jurídico andino» o «Derecho Andino»; el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur («TPR») habla de «base jurídica de Mercosur» o «Derecho de la Integración» y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante también «Corte IDH») afirma que las fuentes legales que protegen los derechos humanos forman un orden legal internacional.⁸

En particular, 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 sistema tradicional de relaciones internacionales «concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes».⁹ De hecho, los Tribunales regionales se mueven con

base en el que el ordenamiento regional tiene que ser aplicado con la mayor amplitud posible, limitando así los poderes soberanos de los Estados.

En las páginas siguientes se van a tratar varios de los instrumentos de derecho privado más utilizados en los ordenamientos regionales, como se pueden encontrar en las fuentes jurídicas, en la jurisprudencia y en la práctica en Europa y en América Latina: la atribución de situaciones jurídicas subjetivas, los acuerdos, las obligaciones de origen no contractual.

Sin embargo, en este artículo no se quiere tratar el derecho privado como el resultado del proceso de integración. Se trata del capítulo más conocido y estudiado de los procesos de integración jurídica a nivel supranacional, lo del derecho comunitario, y en particular del derecho privado de la Unión Europea, que constituye la medida del grado de integración jurídica efectivamente alcanzado por un bloque regional.

En cambio aquí se consideran los instrumentos de derecho privado y su contribución que ellos dan a la construcción de un ordenamiento supranacional.

II. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

El Derecho de la Unión Europea fue construido, principalmente, a través el reconocimiento de derechos supranacionales aplicados directamente en los particulares.

Desde la sentencia Van Gend en Loos se reconoció la existencia de un ordenamiento comunitario, inicialmente derivado de tratados internacionales, desarrollado en un autónomo sistema jurídico prevalente con respecto a los de los Países Miembros y que limita la soberanía estatal.

La principal característica de este sistema jurídico es que impacta en el ámbito jurídico de los particulares. Los Tratados comunitarios y las Instituciones establecidas por los mismos, como afirmó el Tribunal de Justicia, así como imponen obligaciones a los sujetos, también establecen el nacimiento de derechos subjetivos, que se pueden considerar como «contrapartes» de estas obligaciones.

El Tribunal afirma que dichos derechos pueden ser tutelados directamente por los individuos, no solo en frente al juez comunitario, sino también a los jueces nacionales.

Los Tratados originarios fomentaban principalmente una cooperación económica, a través de la realización de una unión aduanal y la creación de un mercado único. El «mercado» ha sido pensado principalmente como espacio de la libre circulación y de establecimiento de

⁵ La expresión «integración regional» se refiere a los procesos que llevan Estados soberanos a mezclarse, fonderse y combinarse de manera voluntaria con otros Estados (normalmente cercanos), perdiendo así en todo o en parte su soberanía (E. HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, in *International Organization*, vol. 24, 1970, p. 610).

⁶ E. HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, in *International Organization*, vol. 24, 1970, p. 610; sobre el tema de la integración jurídica regional, v. ampliamente C. PIZZOLO, *Globalización e integración*. Ensayo de una teoría general, Buenos Aires, 2002.

⁷ Tribunal de justicia UE, 5 de febrero 1963, 26-62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, Rec., p. 3.

⁸ Corte IDH, 16 de noviembre del 2009, *González y otr. («Campo Algodonero») / Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 205, pár. 62.

⁹ 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*, pár. 29.

sujetos, pero con referencia a su actividad económica:¹⁰ los trabajadores asalariados y no asalariados, los sujetos diferentes de las personas físicas que desarrollan una actividad económica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para hacerlas resultar implicaciones que trascienden las relaciones económicas. Antes que todo, esto se realizó con la aplicación de las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir a un número mayor de sujetos.¹¹

Según el Tribunal 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.¹²

La definición jurisprudencial se refiere así no solo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estrecho, sino también al trabajo autónomo parasubordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Se considera trabajador también quien efectúa una práctica en el ámbito de la formación profesional;¹³ quien sigue un proyecto individual de inserción en una institución con finalidades sociales y asistenciales, aunque reciba beneficios en especie (por ejemplo sustento y alojamiento) y una cierta cantidad de dinero para compras pequeñas;¹⁴ el titular de una pensión (de cada tipo, de invalidez también),¹⁵ etcétera.

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),¹⁶ aunque en el caso de que no tengan la ciudadanía de uno de los Estados Miembros.¹⁷ 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 ajustar a la noción

¹⁰ Tribunal de Justicia UE, 8 de abril de 1976, 48/75, Royer, Rec. 1976, p. 497.

¹¹ Tribunal de Justicia UE 23 de marzo 1982, 53/81, Levin, Rec., 1985, p. 1035.

¹² Por ejemplo, Tribunal de Justicia UE 3 de julio de 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, 2121, 16 y 17; Id. 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071; Id. 7 de septiembre de 2004, C-456/02, *Troiani*, Rec. 2004, p. I-7573, 15.

¹³ V. la sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; v. también Tribunal de Justicia UE, 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, puntos 15 y 16.

¹⁴ V. la sentencia *Troiani*, cit., puntos 20 y siguientes.

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

¹⁶ Tribunal de Justicia UE, 9 de enero de 2003, C-257/2000, *Nani Givane e altri/Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2003, p. I-345.

¹⁷ Tribunal de Justicia UE, 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumgartner y R/Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2002, p. I-7091.

(aunque interpretada de manera extensiva), de trabajador, 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, por ejemplo,¹⁸ o los estudiantes (v. las sentencias *Gravier* de 13 febrero 1985¹⁹ y *Blaizot* de 12 febrero 1988).²⁰

Las sentencias del Tribunal de Justicia anticiparon, en muchos sentidos, la legislación siguiente hasta la introducción de la «ciudadanía de la Unión europea», formalizada después en el Tratado de Maastricht, y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, ya que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 20 del Tratado FUE «Los ciudadanos de la Unión disfrutan de los derechos y están sujetos a las obligaciones previstas por dicho tratado».

Todas las personas físicas, por lo tanto, por el solo hecho de ser «ciudadanos» de la Unión disfrutan de la más amplia capacidad por el ordenamiento comunitario, e independientemente de la calificación de «trabajadores», o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos (estudiantes, docentes, investigadores, destinatarios de los servicios, etcétera).²¹

Esta capacidad jurídica reconocida por el ordenamiento comunitario incluye tanto a los derechos civiles, es decir los relativos a cualquier relación de derecho privado (contratos, obligaciones, relaciones familiares), como a los derechos humanos fundamentales. En particular los derechos fundamentales fueron reconocidos como parte del sistema comunitario por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (a partir de la sentencia *Stauder* de 12 de noviembre de 1969),²² y hoy con base en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 6 del Tratado FUE (que se refiere a la Convención Europea de los derechos del Hombre).

También los jueces supranacionales en Latinoamérica están reconociendo derechos individuales que pertenecen no solo al nivel nacional, si no a un nivel regional y que en dicho nivel tienen una definición es-

¹⁸ V. Tribunal de Justicia UE, 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-11; Id. 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, Rec. 1989, p. 195, punto 15.

¹⁹ Tribunal de Justicia UE, 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier/Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593.

²⁰ Tribunal de Justicia UE, 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot/Université de Liège y otr.*, Rec. 1988, p. 379.

²¹ Tribunal de Justicia UE, véase la sentencia *Troiani*, cit.

²² Tribunal de Justicia UE, 12 de noviembre de 1969, C-29/69, *Stauder*, Rec., 1969, p. 419.

pecífica: la libertad de expresión (artículo 13), de religión (art. 12), de movimiento (artículo 22),²³ el derecho a la salud,²⁴ el derecho de asociación (artículo 16), los derechos políticos (art. 23 y siguientes),²⁵ el derecho de propiedad (artículo 21), etcétera.

Pero a diferencia del sistema europeo, en el latinoamericano hace falta de un reconocimiento explícito de los derechos de circulación transnacional de las personas, que fue la base, como se ha dicho, de la integración jurídica del viejo continente.²⁶

Sin embargo, se pueden encontrar documentos supranacionales que hacen referencia a la necesidad de una libre circulación entre los países de la región, en particular para los trabajadores,²⁷ como el caso de la Declaración socio-laboral del Mercosur, aprobada por los jefes de Estado del Mercosur en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998, que establece en el artículo 4, a propósito de los trabajadores migrantes el «derecho a ayuda, información, protección y igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en que estuvieron ejerciendo sus actividades» y la obligación de los Estados «a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias para mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores.»; a pesar que, según una doctrina, esa regla tenga que considerarse *self-executing*, los Estados del Mercosur no siempre cumplen con ella.²⁸

El reconocimiento de derechos individuales es un importante instrumento de integración regional, en particular, el ordenamiento jurídico de la Unión europea no habría sobrevivido frente a las resistencias de los Estados y no se habría desarrollado, si no se hubiera atribuido el Tribunal de Justicia mismo, la función de reconocer directamente y de manera capilar, los derechos de los particulares.

²³ Corte IDH, Ricardo Canese/Paraguay, cit., que hace referencia a la O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, nota 135, párr. 8.

²⁴ Corte IDH, 4 de julio de 2006, Ximenes Lopes/Brasil, Serie C No 149.

²⁵ Por ejemplo, Corte IDH, 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos, Serie C No. 184.

²⁶ Véase J. B. ACOSTA ESTÉVEZ, *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la CEE*, Barcelona, 1988.

²⁷ V., por ejemplo, S. NOVICK, *La reciente política migratoria argentina en el contexto del MERCOSUR*, en *El proceso de integración MERCOSUR: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes*, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Documento de Trabajo No. 46.2005, en <http://lanic.utexas.edu/project/laioap/iigg/dt46.pdf>.

²⁸ O. ERMIDA URIARTE, *Derecho a migrar y derecho al trabajo. Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2009, p. 17.

La atribución de los derechos individuales y de medios jurisdiccionales de defensa a los particulares, han sido el instrumento principal para actuar y reforzar la *primauté* comunitaria,²⁹ sin los cuales habría tenido que ser desarrollada a través de sanciones directas a los estados, no siempre eficaces.

Los individuos, al mejorar su capacidad de accionar en la defensas de los derechos reconocidos en el derecho supranacional, asumen así el papel de los «principales guardianes del respeto de los derechos comunitarios».³⁰

III. CONTRATOS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES

La integración regional se puede lograr también por el medio de acuerdos contractuales, sobre todo de contratos que se celebran entre administraciones públicas, entes públicos, sujetos que desempeñan actividades de interés público (como las universidades y instituciones que emiten títulos legales de estudio, colegios u organizaciones profesionales), normalmente esas autoridades no tienen el poder de celebrar Tratados internacionales, pero, obviamente, pueden estipular contratos.

Los ejemplos que se encuentran en la normativa de la Unión europea son múltiples: universidades que crean asociaciones para el reconocimiento de títulos académicos o de períodos de formación (en el sistema de los ECTS, *European Credits Transfer System*), los acuerdos para llevar a cabo proyectos de investigación y transferencia de tecnología; códigos de buena conducta entre profesionales; *standards* establecidos entre productores de bienes (por ejemplo pliegos de condiciones de productos para la protección de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas), etcétera.

Otros ejemplos se pueden encontrar en los acuerdos entre entes públicos territoriales subestatales como municipalidades, regiones o comunidades autónomas (según la estructura de los Estados).

Por lo que se refiere a las autoridades locales, como lo señala el Libro Blanco del Comité de las Regiones europeas sobre la Gobernanza Multinivel (Construir Europa en asociación de 17 de junio de 2009): «La tendencia a la descentralización que se constata y el aumento de poder de los agentes subestatales en el seno de la comunidad mundial no pueden sino conducir a su participación en los mecanismos de gobernanza

²⁹ M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, 308, escribe «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Laws».

³⁰ H. H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, trad. ital., Bologna, 2003, p. 47.

de la globalización y favorecer así el surgimiento de un nuevo multilateralismo» (párrafo 1.3).

Los entes no estatales previamente señalados se convierten en actores de la política internacional,³¹ desempeñando actividades llamadas como «para diplomacia», «cooperación descentralizada»,³² cooperación transfronteriza e interregional, integración regional por parte de los actores no estatales.

El papel de los sujetos no estatales es reconocido a nivel internacional y supranacional,³³ sobre todo en Europa donde existe un marco jurídico específico en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

En particular, en la Unión Europea el rol transnacional de los entes no estatales tiene una relevancia constitucional a través el principio de subsidiariedad y la «política de cohesión», así como la creación de instrumentos políticos como el Comité de las Regiones.

La política de cohesión tiene como objetivo «reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas, incluidas las zonas rurales» (art. 174 Tratado FUE). El principal instrumento para implementar la política de cohesión económica, social y territorial (desde el Tratado de Lisboa) está representado por los Fondos Estructurales y de Cohesión, que tienen un importante impacto en el desarrollo económico y social de las regiones europeas.³⁴

³¹ R. COLETTI, J. L. RHI-SAUSI, *Paradiplomazia e politica estera nell'Unione europea*, 2010, en cespi.it. Acerca el papel de las regiones, véase la Comunicación de la Comisión, «Local Authorities: Actors for Development», COM(2008) 626 final.

³² Reglamento n. 1659/98 del Consejo de 17 de julio de 1998 sobre la cooperación descentralizada (que fue remplazado por el reglamento (CE) No. 1717/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006 por el que se establece un Instrumento de Estabilidad desde el 1 de enero de 2007).

³³ V. Capítulo 28 del documento «Agenda 21», celebrado por los 170 Países participantes a la Conferencia sobre el Medioambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro de 1992; OECD, *Lessons Learned on Donor Support to Decentralisation and Local Governance*, 2004, en oecd.org.

³⁴ H.W. ARMSTRONG, *Convergence among regions of the European Union. 1950-1990*, en *Paper in Regional Science*, 1995, n. 74; R.J. BARRO, X. SALA-I-MARTIN, *Convergence Across States and Regions*, en *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2, 1991, pp. 107-182; A. De la Fuente, R. DOMENÉCH, *The redistributive effects of the EU budget: an analysis and some reflections on the Agenda 2000 negotiations*, CERP Discussion Paper, 1999, n. 2113; E. LÓPEZ-BAZO, E. VAYÁ, A.J. MORA, J. SURINAC, *Regional economic dynamics and convergence in the European Union*, en *Annals of Regional Science*, 1999, n. 33, pp. 257-370; A. RODRÍGUEZ-POSE, U. FRATESI, *Tra sviluppo e politiche sociali: l'impatto dei fondi strutturali europei nelle regioni Obiettivo 1*, en G. MAURO, A. RODRÍGUEZ-POSE, *Squilibri regionali e crescita economica nell'Unione Europea*, Milano, 2007, pp. 101-126.

Sin embargo, fenómenos similares se pueden encontrar en otras regiones del mundo, incluso América Latina.³⁵ Al igual que en Europa, la colaboración entre entes no estatales son favorecidos por los grandes procesos de integración regional, como los que interesan el Mercosur (Mercado Común del Sur)³⁶ o el SICA (Sistema de Integración Centroamericana).³⁷

Un área donde la colaboración se desarrolla de manera muy importante es la cooperación transfronteriza, que se expresa a través de formas de colaboración entre las autoridades locales de distintos países, con respecto a las cuestiones relativas a los territorios cercanos a lo largo de las fronteras.³⁸

La cooperación transfronteriza en Europa se hizo de forma espontánea por la primera vez después de la segunda guerra mundial, especialmente con los hermanamientos. Más tarde en los años 80, aquella forma de colaboración fue reconocida por el Consejo de Europa, mediante el Convenio-Marco sobre cooperación transfronteriza entre comunidades o autoridades territoriales, («Convenio de Madrid» de 21 de mayo de 1980).³⁹

Posteriormente, la cooperación transfronteriza ha recibido un marco legal y financiero por la Unión Europea desde los años 90 del siglo pasado.⁴⁰

De conformidad con el Convenio de Madrid se entiende por cooperación transfronteriza «toda acción concertada tendente a reforzar y a desarrollar las relaciones de vecindad entre comunidades o autoridades territoriales pertenecientes a dos o varias partes contratantes, así como la conclusión de los acuerdos y de los arreglos convenientes a tal fin.

La cooperación transfronteriza se ejercerá en el marco de las competencias de las comunidades o autoridades territoriales, tal como esas

³⁵ J.L. RHI-SAUSI, N. ODDONE, *Fronteras y cooperación transfronteriza en América Latina: introducción al Proyecto Fronteras Abiertas*, in J.L. Rhi-Sausi, D. Conato, coordinación por, *Cooperación transfronteriza e Integración en América Latina*, Roma, 2009, p. 11 ss.

³⁶ V., por ejemplo, la red de gobiernos locales de los Países del Mercosur llamada «Mercociudades» (v. en mercociudades.org).

³⁷ Los acuerdos de cooperación transfronteriza están nombrados en las fuentes del SICA, como, por ejemplo, en el artículo 25 del Reglamento interno del Parlacen, que se refiere a la «Comisión de Desarrollo Municipal y Participación Ciudadana». La legitimidad de esos acuerdos fue reconocida por la Declaración del Parlacen AP/1-209/2009 del 2009 que toma en consideración el acuerdo entre el los 32 municipios del Departamento de Nueva Segovia y El Paraíso, en Nicaragua y Honduras.

³⁸ Cfr. M. PERKMANN, *Cross Border Regions in Europe. Significance and drivers of regional cross-border cooperation*, in *European Urban and Regional Studies*, n. 10, 2003, pp. 153-171.

³⁹ Consiglio d'Europa, *Practical Guide to Transfrontier Co-operation*, 2006

⁴⁰ R. COLETTI, *La experiencia europea como marco general de referencia*, in J.L. Rhi-Sausi, D. Conato, coordinación por, *Cooperación transfronteriza e Integración en América Latina*, cit., p. 33 ss.

competencias se definen en el derecho interno» (artículo 2, párr. 1). Asimismo, el Convenio prevé en un apéndice los «Modelos y esquemas de acuerdos, estatutos y contratos sobre cooperación transfronteriza entre autoridades o entidades territoriales».

El Protocolo Adicional a la Convención de Madrid (Estrasburgo, 9 de noviembre de 1995) posteriormente reconoció:

the right of territorial communities or authorities under its jurisdiction (...) to conclude transfrontier co-operation agreements with territorial communities or authorities of other States in equivalent fields of responsibility, in accordance with the procedures laid down in their statutes, in conformity with national law and in so far as such agreements are in keeping with the Party's international commitments (artículo 1).

El Protocolo Adicional no. 2 de la Convención de 1998 extiende la disciplina de la cooperación transfronteriza también a la cooperación «interregional» definiéndola de la siguiente manera:

any concerted action designed to establish relations between territorial communities or authorities of two or more Contracting Parties, other than relations of transfrontier co-operation of neighbouring authorities, including the conclusion of co-operation agreements with territorial communities or authorities of other States (artículo 1 del protocolo adicional).

Este tipo de acuerdos participan en la construcción del derecho supranacional desde varias perspectivas y son especialmente adecuados para la integración europea, donde la complejidad jurídica y principios como la subsidiariedad asesoran técnicas de gobierno de *soft law*.⁴¹

En particular, los acuerdos en cuestión permiten la participación de los diferentes actores involucrados en los procesos decisionales en un contexto abierto y continuo, que es un verdadero «laboratorio» de la integración,⁴² como se ha señalado con referencia a los instrumentos jurídicos de la cooperación territorial en Europa.⁴³

Esos acuerdos contribuyen a la *governance* de los procesos de integración, sobre todo a través de su función «normativa».

⁴¹ Mas en general v. WELLENS, BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267 ss.

⁴² V. Comisión, Comunicación, *La Govenance europea*, COM (2001) 428 final/2, 5 de agosto de 2001, pár. 2.3.

⁴³ En particular, por lo que se refiere al «GECT»: «The EGTC provides a clear and permanent framework for cooperation. As said in the contribution to the Green Paper on Territorial Cohesion, the EGTCs provide platforms for an integrated approach to addressing problems on an appropriate geographical scale. It allows the direct participation of all the actors, which are able to manage the programmes in a more efficient, consistent and coherent way (less resources, joint management, shared responsibility)» (par. 6 The role of the EGTC in the European integration.)

La doctrina jurídica habla de «elaboración negociada del derecho»,⁴⁴ especialmente en lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos sectoriales, como los de los grupos profesionales,⁴⁵ que establecen códigos de conducta profesionales.⁴⁶ Además, desempeñan una función normativa los acuerdos entre entidades locales que establecen reglas aplicables no solamente a las comunidades interesadas, sino pueden ser precedentes y buenas prácticas que pueden ser formalizadas por fuentes a nivel nacional o supranacional; los contratos que se está hablando tienen la innegable ventaja de permitir la introducción de común acuerdo, al menos potencialmente, de normas que ayudan a eliminar los obstáculos a la cooperación transfronteriza, es decir, sobre la base de las necesidades que surgen de estos acuerdos, se admiten interpretaciones dirigidas a la implementación de los fines señalados en los mismos.⁴⁷

IV. OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES

Según el derecho supranacional europeo y latinoamericano se reconoce una responsabilidad extracontractual del Estado que no cumple con sus deberes y la posibilidad de aplicar las consecuencias jurídicas previstas por el derecho civil (normalmente la indemnización o, si es posible, el restablecimiento de la situación anterior al incumplimiento). Dichas consecuencias son diferentes de las previstas en el derecho internacional tradicional, de naturaleza política o militar.

La afirmación de la responsabilidad civil de los Estados es el resultado de un proceso de limitación externa e interna del concepto de soberanía estatal, proceso que se va reforzando hoy en la integración regional.⁴⁸

Según el artículo 4, párrafo 3, Tratado UE, los Estados miembros, con base en el principio de la «cooperación leal», deben adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de

⁴⁴ N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss.; G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. ZATTI, *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996, p. 3 ss.

⁴⁵ G. ZAGREBLESKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 45 ss.

⁴⁶ Véase la «Declaración conjunta» entre los Colegios de Abogados de Bastia y de Livorno.

⁴⁷ V., por ejemplo, la sentencia de jueces en materia tributaria que afirman que no se aplican unas reglas fiscales a los acuerdos transnacionales, de naturaleza cultural. V. Comisión tributaria II grado de Ravenna, 17 de abril de 1986, en *Dir. e Prat. Trib.*, 1987, II, p. 478; Id. 12 de mayo de 1986, en *Il Fisco*, 1986, p. 5074.

⁴⁸ Sobre los nuevos conceptos de soberanía, véase M. HALLIVIS PELAYO, *Interpretación de tratados internacionales tributarios*, Ciudad de México, 2011, p. 26 ss.

los actos de las instituciones de la Unión» y además tienen que abstenerse «de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

En caso de incumplimiento (positivo o negativo) de esas obligaciones el Tribunal de Justicia reconoce la responsabilidad del Estado,⁴⁹ cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión hayan originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente,⁵⁰ como una autoridad local o el poder judicial.

Además, siempre en Europa, la Corte Europea de los Derechos Humanos («Corte EDH») desarrolla su jurisprudencia en el tema de la responsabilidad del Estado en la aplicación de los artículos 41 y siguientes de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Por lo que se refiere al continente americano, el Capítulo XI del Tratado TLC (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) establece que el Tribunal que dicta el laudo en caso de incumplimiento de un Estado, con base en la acción de un inversionista, puede otorgar «a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.» (artículo 1116).

En Latinoamérica la Corte IDH recuerda el «principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados».⁵¹ Para evitar su responsabilidad, el Estado no puede invocar disposiciones o dificultades de derecho constitucional o interno (v. artículo 27 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986)).⁵²

En aplicación de dicho principio la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos en el artículo 68 establece que el fallo de la

⁴⁹ Entre los numerosos casos, véase, como ejemplos: Tribunal de Justicia UE, 11 de octubre de 1990, C-34/89, *Italia/Comisión*, Rec. 1990, I-3613, que se refiere a la falta de adopción con prontitud de medidas destinadas a remediar las irregularidades de los beneficiarios de subvenciones comunitarias;

⁵⁰ Tribunal de Justicia UE, 9 de diciembre de 2003, C-129/2000, *Comisión/Italia*, Rec. 2003, p. I-14672.

⁵¹ Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, Serie C No. 63, párr. 220.

⁵² A. A. CANÇADO TRINDADE, M. E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la corte interamericana de derechos humanos*, cit., pp. 84 y ss.

Corte IDH puede disponer una «indemnización compensatoria», que debe ser ejecutada «en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».⁵³

Para la Corte IDH el daño puede ser de naturaleza material e inmaterial. El daño inmaterial «puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia».⁵⁴

En la jurisprudencia del TPR Mercosur se tematiza dos tipos de daños, el primero es el daño económico, en el cual están comprendidos el daño comercial, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, inversiones perdidas, y el segundo es el daño institucional.⁵⁵

La reparación de los daños requiere normalmente «la plena restitución (*restitutio in integrum*) lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados».⁵⁶ En caso de no ser posible la plena restitución se puede reconocer una indemnización como medio para reparar el daño causado, sea material o inmaterial. La indemnización permite compensar con un bien universalmente apreciado (el dinero) la pérdida o el menoscabo de otros bienes. Un ejemplo muy importante es la reparación por la pérdida injusta de la vida con una indemnización pecuniaria.

La Corte IDH establece otras reglas en el tema de la responsabilidad civil: las presunciones y los sujetos que tienen la obligación de la prueba;⁵⁷

⁵³ Además, la Convención Interamericana establece un particular caso de indemnización en el caso de «error judicial» (artículo 10), véase V. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado en México y Iberoamérica*, Ciudad de México, 2010, p. 215 y ss.

⁵⁴ En Corte IDH, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, cit., párr. 176, la Corte IDH, con referencia a la jurisprudencia de la Corte EDH, considera daño «los tratamientos inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo a manos de las autoridades» (con referencia al artículo 5 de la Convención Americana, correspondiente a el artículo 3 de la Convención Europea). Se considera daño lo que fue provocado a los familiares (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, cit.).

⁵⁵ TPR del Mercosur, laudo n. 01/2007, p. 8 y siguientes.

⁵⁶ Corte IDH, 26 de mayo de 2001, *Los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) / Guatemala*, (Reparaciones y Costas), serie C No. 77, párr. 60.

⁵⁷ El daño inmaterial, en el sentido de sufrimiento de los familiares de las víctimas, se presume, por lo cual no es necesario demostrarlo (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, cit.).

la naturaleza de la indemnización;⁵⁸ la modalidad de determinar la compensación;⁵⁹ las medidas alternativas a la indemnización.⁶⁰

Por otra parte, existen otros tipos de responsabilidades extracontractuales pueden servir para la efectiva aplicación del derecho supranacional.

Por ejemplo, el caso de la «repetición del pago indebido», del enriquecimiento ilícito, de la responsabilidad precontractual.

Un caso de la repetición del pago indebido, es aquel en que el Estado que aprueba impuestos nacionales percibidos en contravención del Derecho comunitario, por lo que el Estado miembro tiene que garantizar la devolución de dichos impuestos.⁶¹

El Abogado General del Tribunal de Justicia UE, Geelhoed, afirma que «El derecho de un particular a quien las autoridades han impuesto injustamente una carga financiera para reclamar los importes pagados constituye un principio general de Derecho. Los tributos únicamente pueden recaudarse si tienen una base jurídica válida. De lo contrario, el tributo es forzosamente ilícito y debe ser devuelto».⁶²

Otro caso normalmente tratado por el Tribunal de Justicia UE es el pago indebido, por parte de los Estados, de financiamientos de origen comunitario. La suma ilegítimamente percibida por los beneficiarios tie-

⁵⁸ Según la jurisprudencia de la Corte IDH la indemnización tiene naturaleza compensatoria, así que están excluidos los llamados *punitive damages*, v. Corte IDH, 2 de julio de 2004, *Herrera Ulloa/Costa Rica*, Serie C 107, párr. 194; Id., 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C No. 111, párr. 194; v. S. GARCÍA RAMÍNEZ, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones*, en *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo- 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 45, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>

⁵⁹ En la jurisprudencia de la Corte IDH la determinación de las indemnizaciones no está vinculada por fórmulas estáticas y rígidas, mas puede utilizar la *equitas singularis* es decir «la equidad conforme a las circunstancias del caso en particular» (Corte IDH, sent. del 26 de noviembre del 2003 (Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), *Juan Humberto Sánchez/Honduras*, Serie C No. 102, párr. 56).

⁶⁰ La Corte IDH considera otras consecuencias de la responsabilidad, diferentes a la indemnización, la publicación de declaraciones de reprobación por las violaciones y el reconocimiento de la dignidad de las víctimas (Corte IDH, sent. del 25 de noviembre del 2004, *Lori Berenson Mejía/Perú*, Serie C No. 119) o «el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas» (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, cit.). Estas medidas no sólo «benefician a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a los hechos alegados tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro».

⁶¹ Tribunal de justicia UE, 24 de marzo de 1988, 104/1986, *Comisión/Italia*, Rec. 1988, p. 1799; Id. 11 de mayo de 2006, C-197/03, *Comisión/Italia*, Rec. 2006, p. I-60.

⁶² Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2003, Asunto C-129/00, *Comisión/Italia*, puntos 62 s.

ne que ser recuperada. En defecto hay una responsabilidad del Estado y su obligación de resarcimiento del daño a la Unión Europea.

De los ejemplos supra mencionados deriva que los diversos tipos de responsabilidad extracontractual sirven para garantizar la efectiva aplicación de las reglas supranacionales,⁶³ estableciendo sanciones concretas y no solo de naturaleza política.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES SUPRANACIONALES

En muchos de los casos supra mencionados, la aplicación del derecho privado en la perspectiva de la integración regional es posible por la actividad interpretativa llegada a cabo por los jueces, sea supranacionales, sea nacionales. y dicha interpretación se desempeña de manera característica.

Los Tribunales regionales afirman utilizar los instrumentos interpretativos usuales.⁶⁴ pero 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.⁶⁵ 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 teleológica 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 estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia».⁶⁶

La interpretación tiene que realizarse, 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

⁶³ Cfr. Corte IDH, 1 de marzo de 2005, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, Serie C No. 120, párr. 135.

⁶⁴ Por ejemplo v. Tribunal de justicia UE, 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland et The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otr.*, Rec. 1996 p. I-1029.

⁶⁵ Tribunal de justicia UE (Trib. Prim. Instancia), 11 de diciembre de 2003, T-305/00, *Conserve Italia / Comisión*, Rec. II-5663.

⁶⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Voto concorrente del juez A.A. Cançado Trindade).

tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección». ⁶⁷

Sin una verdadera interpretación teleológica, las Cortes no podrían desempeñar su papel como el de tutelar los derechos humanos en el sistema de la Convención Americana. ⁶⁸

Al contrario de lo que pasa con las reglas interpretativas de los códigos civiles (véase el artículo 19, el Código Civil del Distrito Federal y el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano), la interpretación teleológica no es una etapa posible, sino necesario en el proceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de salida del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos, ⁶⁹ en el derecho de la integración.

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». ⁷⁰

Además el Tribunal acuerda que los principios generales no son una elaboración eventual, sino que 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». ⁷¹

Entonces, como claramente afirma el Tribunal Permanente del 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. ⁷²

Así, de la interpretación teleológica los jueces regional derivan otros importantes instrumentos interpretativos.

La interpretación teleológica 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 Tribunal de Justicia UE, el principio del efecto útil sirve para alcanzar

⁶⁷ Corte IDH, González y otr. («Campo Algodonero») / México, párr. 59.

⁶⁸ Corte IDH, Hilaire, Constantine, Benjamin y otr. / Trinidad y Tobago, cit., párr. 19.

⁶⁹ Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia UE, v., por ejemplo, C. JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499 y siguientes.

⁷⁰ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996.

⁷¹ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996.

⁷² TPR Mercosur, laudo n. 01/2005, en el cual se cita a F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional*, Diles, Madrid, 2002, p. 236.

los objetivos de los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamiento de la Unión. ⁷³

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. ⁷⁴ Lo mismo que sucede en la jurisprudencia de la Corte EDH. ⁷⁵

Como 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». ⁷⁶

Como se ha comentado con referencia al caso de la Unión Europea, pero que se puede extender a todos los Tribunales regionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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». ⁷⁷

Los Tribunales regionales desempeñan un rol fundamental para el derecho: ellos conforman el orden jurídico; lo llenan de conceptos; aseguran la coherencia del derecho regional con el derecho nacional y internacional; reconocen los derechos subjetivos y garantizan el goce de dichos derechos directamente por los particulares.

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 jurisprudencia 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

⁷³ V. por ejemplo Tribunal de Justicia UE, 4 de octubre de 2001, C-403/99, *Italia/Commission*, Rec. 2001, p. I-6883; Id. 13 de febrero de 1969, 14/68, *Walt Wilhelm y otr./Bubdeskartellamt*, Rec. 1969, p. 1.

⁷⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte. V. también la J. CARDONA LLORENS, *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 edición, p. 321, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>.

⁷⁵ Por lo que se refiere a el método con el cual la Corte EDH aplica la Convención Europea, véase V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Roma-Perugia, 2010.

⁷⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 21, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*; Id., 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C No. 111.

⁷⁷ J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de México, 2008, p. 353.

dicho derecho de la integración «tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho».⁷⁸ De igual manera 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.

No hay que olvidar que los jueces supranacionales tienen una «autoridad científica y moral» que produce efectos para todo el modelo regional⁷⁹ y que la visión del Tribunal influye en la interpretación de los jueces nacionales y de la literatura jurídica.⁸⁰

Es indudable que los conceptos elaborados por la jurisprudencia poseen una gran influencia sobre los jueces nacionales.

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 originan 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 Tribunal de justicia UE.⁸⁴

Sin embargo, también en sistemas regionales intergubernamentales, como los de las Convenciones Europea y Americana de Derechos

⁷⁸ TPR Mercosur, Laudo No. 01/2005, p. 4.

⁷⁹ J. C. HITTER, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interam. J. C. 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, No. 179, 17 de septiembre de 2008, p. 19.

⁸⁰ Sobre la función del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho UE, v., entre otros: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. Ital. Dir. Publ. Comun.*, 1994, 533; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, en *The British Year Book of International Law*, 1981; R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni*, en *Rassegna giuridica umbra*, 2/2004, p. 847 y siguientes; R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, cit., p. 85 y siguientes; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athènes, Bruylant-Sakkoulas, 1996.

⁸¹ V. las sentencias siguientes: Tribunal de justicia UE, 24 de enero de 2002, C-372/99, *Comisión/ Italia*, Rec. 2002, p.I-819; Id. 8 de junio de 1994, C-382/92, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1994, p. I-2435, punto 36; Id. UE 29 de mayo de 1997, C-300/95, *Comisión/ Reino Unido*, Rec. 1997, p. I-2649, par. 37.

⁸² Tribunal de justicia UE, 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

⁸³ V., por ejemplo, Tribunal de justicia UE, 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arca*, Rec. 1996, p. I-4705, par. 41-43.

⁸⁴ V. Tribunal de justicia UE, 6 de julio de 1995, C-62/93, *BP Soupergaz /Grecia*, Rec. 1995, p. I-1883.

Humanos, operan mecanismos de aplicación directa del derecho regional,⁸⁵ como el fenómeno del *Drittwirkung*, con base en el 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 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 regionales 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 los 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

⁸⁵ Sobre ese tema v. L. CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, cit., p. 15 s.

⁸⁶ V. por ejemplo, D. 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 R. NUNIN, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, en *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 y siguientes. Entre las sentencias por ejemplo: Cassazione, sent. del 27 de mayo de 1975, n. 2129, en *Gius. it.*, 1976, I, p. 970; Cassazione, 2 de febrero de 2007, n. 2247, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

⁸⁷ Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros / Chile*, Serie C No. 154, párr. 124; Id. 29 de noviembre del 2006, *La Cantuta/ Perú*, Serie C. No. 162, párr. 173.

⁸⁸ V. *I principi di diritto europeo dei contratti*, edición italiana a cargo de C. CASTRANOVO, Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

⁸⁹ O. LANDO, *The rules of European contract law*, en *Comisión europea, DG Ricerca, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 y siguientes.

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.

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 de la Corte EDH.⁹¹

En general, la interpretación judicial es el principal medio para convertir las reglas supranacionales en derecho directamente aplicables en las relaciones interindividuales. Como se ha dicho, mientras el derecho internacional tradicional es «soft» en el sentido que no existe un Leviatán hobbesiano que pueda sancionar el incumplimiento de sus reglas,⁹² crece la tendencia de los jueces nacionales a aplicar directamente el derecho supranacional «allows private enforcement, employs independent tribunals and court to do enforcing, and empowers those tribunal and courts to wield the same array of tools that domestic courts traditionally use to compel compliance with their decisions».⁹³

El éxito de los procesos de integración regional, y el caso de la Unión Europea lo enseña claramente, depende de manera importante de la presencia de un sistema judicial de implementación.⁹⁴

VI. EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO PARA LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Entre derecho privado y derecho internacional hay lazos antiguos. El segundo fue visto como una aplicación del primero en las relaciones entre Estados.

La relaciones internacionales se basan en la misma racionalidad de las relaciones de derecho civil, como enseñó Grotius en su *De iure belli ac pacis*: «el derecho internacional, que deriva como el derecho privado, del *ius gentium*, se puede representar como conjunto de reglas que protegen la propiedad o que establecen derechos; las relaciones internacionales se pueden pensar como acuerdos contractuales o como declaraciones unilaterales; el incumplimiento implica la reparación del daño.

⁹¹ R. CIPPITANI, *La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, en *Criminogenesis*, n. 8, 2011.

⁹² Savigny pensaba que el derecho internacional es un derecho positivo, pero «incompleto» porque no tiene efectividad por la falta de un poder que lo aplica de manera coercitiva (v. *El sistema del Derecho romano actual*, vol. I, párrafo 11).

⁹³ R.E. SCOTT, P. B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, Cambridge, 2006, p. 3.

⁹⁴ M. A. MUNIVE PÁEZ, *La creación del tribunal interamericano de competencias judiciales como un elemento para la integración jurídica americana*, en *Diritto e processo*, 2012, p. 153 ss. (rivistadirittoeprocessu.eu)

En la época actual, como se ha dicho en los párrafos anteriores, es el derecho privado que se convierte en uno de los instrumentos para lograr las finalidades del derecho internacional, en particular, para establecer y desarrollar las relaciones transnacionales.

Los conceptos del derecho privado (principalmente los derechos subjetivos, incluso los patrimoniales como la propiedad, las obligaciones contractuales y las no contractuales) se utilizan en el marco del derecho regional para fines que tradicionalmente no son asignados a dichos instrumentos.

En el derecho civil tradicional los contratos sirven para permitir la formación y la circulación de elementos patrimoniales, de hecho los códigos civiles nacionales se ocupan de las relaciones patrimoniales, como las obligaciones y los derechos reales (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.⁹⁵

Las normas supranacionales, que en el pasado se ocupaban principalmente de reglar las relaciones económicas, hoy tienen un enfoque en el tema de los derechos humanos y de otros derechos de la persona en particular, la legislación de la Unión Europea contribuye a la crisis del derecho civil tradicional, mediante el reconocimiento del papel de los derechos fundamentales en las relaciones del mercado interno y de asuntos poco considerados por el derecho nacional.

En la llamada «Sociedad del Conocimiento»⁹⁶ —metáfora muy utilizada en el derecho comunitario con referencia al actual proceso de integración— se pone una gran atención en los aspectos no patrimoniales de las relaciones jurídicas: la necesidad de la inclusión social (especialmente en la educación y en la formación, v. Consejo Europeo de Lisboa, Conclusiones de la Presidencia, párrafo 32), la protección de los investigadores y docentes, así como los aspectos éticos de la investigación y la innovación.

⁹⁵ Por lo que se refiere a la aplicación de los principios constitucionales en el derecho privado, entre otros v. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Naples, ESI, 1991; S. RÓDOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Naples, ESI, 2007.

⁹⁶ R. CIPPITANI (edición y coordinación), *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, Roma-Perugia, 2012.

El derecho privado muestra una gran vitalidad en la adaptación a las nuevas e inesperadas exigencias de la sociedad y de la economía,⁹⁷ siendo un importante instrumento para la internacionalización de la economía y de la innovación social.⁹⁸

Así, los conceptos de derecho privado, y en particular los contratos, desempeñan muchas tareas que se distinguen de los fines patrimoniales para los cuales fueron concebidos, convirtiéndose en herramientas de aplicación de las políticas comunitarias y nacionales en lugar de la medida administrativa tradicional.⁹⁹

Los instrumentos de derecho privado que se utilizan a nivel regional no están justificados por el intercambio patrimonial, sino por otros tipos de intereses no patrimoniales reconocidos por el derecho supranacional.

La aparente neutralidad política de dichos instrumentos y, contemporáneamente su relevancia jurídica, los hacen una poderosa y flexible medida de *governance*,¹⁰⁰ para implementar y promover los procesos de cooperación internacional y, en particular, los de la integración supranacional;¹⁰¹ sin embargo, los conceptos iusprivatísticos demuestran toda su fuerza y flexibilidad, redescubriendo su función antigua que es la de proporcionar las herramientas lógicas para reglar las relaciones interindividuales, cualesquiera sean los sujetos involucrados (privados y también ente públicos o estados).¹⁰²

⁹⁷ Véase M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, en *Rass. Dir. civ.*, n. 2 del 2005, p. 432, que trata del utilizzo del derecho privado en la actividad de la administración pública.

⁹⁸ F. ASTONE, *La classificazione dei nuovi contratti*, en P. Cendon (coordinación por), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2004, p. 479 ss.

⁹⁹ En Italia, por ejemplo, véase toda la legislación en materia de acuerdos de la administración pública, como los artículos 11 y siguientes de la ley 241/1990.

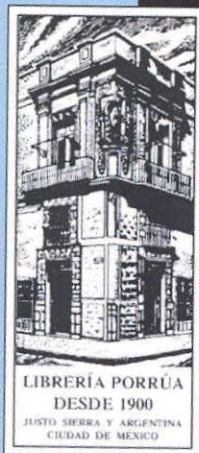
¹⁰⁰ V. Comisión, Comunicación, *La Governance europea*, COM (2001) 428 final/2, cit.

¹⁰¹ Comisión, Comunicación, *Redes transeuropeas: Hacia un enfoque integrado*, COM(2007) 135, de 21 marzo 2007. Véase, entre los demás, R. DE BERNARDIS, S. GIOVANNELLI, *Innovazione e competitività. Potenziare i circuiti della conoscenza nei distretti italiani*, en *Quaderni LDE*, 2/2008; A. OELSNER, A. VION, *Friends in the region: A comparative study on friendship building in regional integration*, en *International Friendship, in Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 10, n. 2, 2007, p. 281 ss.; M. JAYNE, P. HUBBARD, D. BELL, *Worlding a city: Twinning and urban theory*, en *City: analysis of urban trends, culture, theory, policy, action*, vol. 15, n.1, 2011, pp. 25 ss.

¹⁰² En el Derecho romano se utilizaron los negocios antiguos para adecuarse a las nuevas exigencias que iban expresándose, a través de la así dicha «reproducción imitativa (*dicis causa*)». Véase acerca el tema, E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, Padova, 1935, p. 279 ss.). En particular por lo que se refiere a los contratos basados en la *fides*, v. F. TREGGIARI, *Fiducialitas. Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, p. 45 ss.

Esta lógica del derecho privado sirve para garantizar el desarrollo coherente del derecho supranacional, que de lo contrario fuera simplemente globalización mercantil sin reglas.¹⁰³

¹⁰³ Vuelve a ser muy importante la perspectiva de Vico, como destaca A. PALAZZO, *Permanencias del derecho civil*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., t. III. Sobre la perspectiva histórica como base para construir un espacio jurídico común entre Europa y Latinoamérica, v. F. TREGGIARI, *Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune*, en *Diritto e processo*, 2006-2009, p. 1 y siguientes (rivistadirittoeprocesso.eu).



Esta obra, en la cual participan distinguidos juristas de México, Estados Unidos de Norteamérica, Centro y Sudamérica, Europa y Asia, contiene una serie de ensayos que abordan desde diversas perspectivas múltiples aspectos alrededor de algunos de los temas jurídicos, económicos y políticos más relevantes de nuestro tiempo: la Globalización, los Organismos Internacionales y el Derecho Supranacional, los Derechos Humanos, la Cooperación internacional y el Derecho de la Integración Regional (Europea, Americana y Asiática).

Como producto de los trabajos del Congreso Internacional “Globalización, Derecho Supranacional e Integración Americana” organizado por la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario, y con el apoyo del Conacyt, y en el que participaron más de 50 ponentes, nacionales y extranjeros, el presente libro da cuenta de algunos de los mayores retos a los que se enfrenta el Derecho en nuestro tiempo, marcando también el inicio del proceso de conformación de un grupo de juristas de diversas latitudes abocados al estudio de los fenómenos de la globalización y la supranacionalidad, en aras de impulsar la integración jurídica en nuestro continente.

Primera edición

