



LIBRERÍA PORRÚA
DESDE 1900
JUSTO SIERRA Y ARGENTINA
CIUDAD DE MÉXICO

El presente libro colectivo recoge importantes contribuciones de varios juristas españoles, italianos, colombianos, brasileños, ecuatorianos y mexicanos, avalados por distinguidas instituciones científicas y académicas. Dichos trabajos versan sobre temas centrales de la globalización, el nuevo humanismo jurídico, las integraciones jurídicas europea y americana, la educación jurídica, los derechos humanos y el constitucionalismo, desde una perspectiva supranacional y comparada.



Red Internacional de Juristas
para la Integración Americana



Academia
Colombiana
de Jurisprudencia



Academia
Mexicana de
Jurisprudencia y
Legislación



Facultad
de Derecho de la
Universidad
Complutense
de Madrid



Faculdade
de Direito de la
Universidade
Federal do Paraná



Ilustre y
Nacional Colegio
de Abogados de
México



Instituto de
Investigaciones
Jurídicas de la
Universidad Nacional
Autónoma de México



Universidad
Central de Chile



Università Degli
Studi di Perugia

DERECHO SUPRANACIONAL Y COMPARADO

EBER BETANZOS
HELENA CRISTINA POSENER
COORDINADORES



Editorial **Porrúa**



DERECHO SUPRANACIONAL Y COMPARADO

ESTUDIOS EN DEDICATORIA AL TRABAJO ACADÉMICO
DEL DR. JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

EBER BETANZOS
HELENA CRISTINA POSENER
Coordinadores



Editorial **Porrúa**.
MÉXICO, 2014

RED INTERNACIONAL DE JURISTAS PARA LA INTEGRACIÓN AMERICANA

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:

Juan Pablo Pampillo Baliño

Vicepresidentes:

Roberto Cippitani

César Montaña Galarza

Mariela Morales Antoniazzi

Calogero Pizzolo

Vocales:

Arturo O. Damián Martín (*Director*)

Manuel A. Munive Páez

Eber O. Belanzos Torres

Adolfo Reyes Velázquez

CONSEJO CIENTÍFICO

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid, España) • Rainer Arnold (Universidad de Regensburg, Alemania) • Gilberto Boutin (Universidad de Panamá, Panamá) • Raúl Canosa Usera (Universidad Complutense de Madrid, España) • Guzmán Carriquiry (Pontificio Consejo para América Latina, Vaticano) • Cástor Miguel Díez Barrado (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Rafael Domingo Oslé (Universidad de Emory, Estados Unidos) • Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) • Paulo Ferreira da Cunha (Universidad do Porto, Portugal) • Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Corte Interamericana de Derechos Humanos, México) • Héctor Fix-Fierro (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Domingo García Belaúnde (Universidad Católica, Perú) • Claudio Grossman (Washington College of Law, Estados Unidos de Norteamérica) • Alejandro Guzmán Brito (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile) • Peter Häberle (Universidad de Bayreuth, Alemania) • José Antonio Lozano (Universidad Panamericana, México) • Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España) • Luca Mezzetti (Universidad de Bolonia, Italia) • Carlos F. Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares, España) • Hernán A. Olano García (Universidad de La Sabana, Colombia) • Loretta Ortiz Ahlf (Escuela Libre de Derecho, México) • Carlos H. Peña (Universidad Diego Portales, Chile) • Rogelio Pérez-Bustamante (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Leonel Perezniño Castro (UNAM, México) • Ricardo Rabinovich-Berkman (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Carlos Ramos Nuñez (Tribunal Constitucional, Perú) • Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México) • José Luis Soberanes Fernández (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid, España) • Ricardo Vigil Toledo (Tribunal de Justicia la Comunidad Andina, Perú) • Elizabeth Villalta (Comité Jurídico Interamericano, OEA, El Salvador) • Armin von Bogdandi (Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Público Comparado, Alemania) • Joseph H.H. Weiler (Instituto Universitario Europeo, Italia) • Rodolfo L. Vigo (Universidad Austral y Católica, Argentina) • Michael Vorbeck (Representación Permanente del Principado de Liechtenstein) • Antonio C. Wolkmer (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil) • Stephen T. Zamora (University of Houston, Estados Unidos).

MEMBRESÍA

Mario Álvarez Ledesma (ITESM, México) • Pablo Arrocha Olabuenaga (Secretaría de Relaciones Exteriores, México) • Antonio C. Baeta Minhoto (Universidad de Sao Caetano do Sul, Brasil) • Magdalena Bas (Universidad de la República, Uruguay) • Andrés Botero Bernal (Universidad de Medellín, Colombia) • Ángeles Cano Linares (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Celso Cancela Outeda (Universidad de Vigo, España) • Salvador Cárdenas Gutiérrez (Poder Judicial Federal, México) • Mauricio Cárdenas Guzmán (Escuela Libre de Derecho, México) • María Teresa Carreño (Universidad de Manizales, Colombia) • Hedley Christ (Universidad de Brighton, Inglaterra) • Adrián Cisneros Aguilar (Universidad de Shanghai, China) • Valentina Colcelli (Universidad de Perugia, Italia) • Julio César Córdón Aguilar (Corte de Constitucionalidad, Guatemala) • Óscar Cruz Barney (UNAM, México) • Carlos A. Dávila (Universidad de Manizales, Colombia) • Juan Javier del Granado (UNAM, México) • Vitor Martins Dias (Fundación

ÍNDICE

Presentación	IX
EBER BETANZOS	

PRELIMINARES

Señalanza Curricular del Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño	3
---	---

Un Humanista en la Era Global	5
-------------------------------------	---

ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN

I. Prolegómenos onto-antropológicos	5
II. Historia del Derecho (<i>istor</i>)	7
III. Filosofía del Derecho (<i>sofós</i>)	10
IV. Derecho de la Integración y Derecho Comparado (<i>dikegoros</i>)	13
V. El cajón de sastre (<i>quibusdam aliis</i>)	15
VI. Qué esperar	17
Bibliografía	18

Filosofía e Historia Jurídica para la Integración	21
---	----

EMILIO SUÑÉ LLINÁS

El Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho y la Obra Jurídica Enciclopédica	25
---	----

JORGE PINEDA VILLARREAL

I. Hijo de la Escuela Libre de Derecho	25
II. El Centro de Investigación	26
III. La Obra Jurídica Enciclopédica	28

Derecho y Globalización	31
-------------------------------	----

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Hacia una "nueva dogmática jurídica"	35
ROBERTO CIPPITANI	
I. El derecho actual como Derecho de la integración	35
II. Jueces y juristas como actores de la integración jurídica	39
III. La necesidad de una nueva dogmática jurídica	41
La Integración Jurídica Americana.	47
CÉSAR MONTAÑO GALARZA	
Preliminar.	47
I. Los afanes integracionistas en nuestro continente	47
II. El rol del Derecho en los procesos de integración	49
III. La integración jurídica y su perspectiva en la obra adelantada de un destacado jurista mexicano	52
IV. Comentarios finales.	54
Liminar.	57
HELENA CRISTINA POSENER	

PRIMERA PARTE
INTEGRACIÓN JURÍDICA
Y DERECHO SUPRANACIONAL

Direito Comunitário: o paradigma da União Europeia e as perspectivas para a Integração Latinoamericana.	61
JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA	
I. Considerações Preliminares	61
II. Obstáculos e facilidades para a integração na América Latina	64
III. As primeiras iniciativas de unificação da América Latina	66
IV. O Direito Comunitário	70
1. Aspectos gerais	70
2. Constituição, Direito da Integração e Direito Comunitário - Conceitos.	73
3. Fases do Processo de Integração.	75
4. Atos e Procedimentos.	77
V. Experiências de Organização em Comunidade de Nações.	79
1. A Comunidade Europeia	79
A. Aspectos econômicos da comunidade europeia.	81
B. Aspectos sociais da comunidade europeia	81
2. A Comunidade Andina de Nações.	82
A. Aspectos econômicos da comunidade andina de nações.	83

B. Aspectos sociais da comunidade andina de nações	83
3. A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL)	84
VI. Considerações Finais	86
Bibliografia	89

O dilema europeu e a sua crise: a problemática tentativa de se obter uma constituição Européia [<i>The european question and its crisis: the problem of attempted to obtain a european constitution</i>]	91
--	----

GABRIELA SOARES BALESTERO

I. Introdução	91
II. O Projeto de uma Constituição para a Europa	92
III. A Crítica habermasiana: uma Europa necessita de uma Constituição? As Dificuldades em atingir consensos	106
IV. Considerações Finais	120
Bibliografia	121

Apuntes sobre la tradición jurídica de occidente y América Latina. Pensando en un derecho común	125
--	-----

EBER BETANZOS

I. Primeros comentarios	125
II. La tradición jurídica latinoamericana	133
III. Una necesaria mirada integradora	135
IV. A manera de conclusión: pensando en un derecho común	139

Formación jurídica y enseñanza clínica del derecho: un aporte a la integración latinoamericana	145
---	-----

MYLENE VALENZUELA REYES

I. Algunas consideraciones en torno a la formación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho	148
II. El proceso de integración y la educación jurídica latinoamericana ..	153
III. Una propuesta: fortalecer la integración a través de la enseñanza clínica del derecho	160
IV. La enseñanza clínica y los desafíos de la Integración	165
Bibliografía	171

Análisis de las sentencias de la Corte IDH en materia indígena. Una mirada a través de algunos esquemas ordenadores	177
--	-----

SERGIO FUENZALIDA BASCUÑÁN

I. Introducción	177
II. Esquemas ordenadores o diadas heurísticas para la comparación de las distintas tradiciones jurídicas en occidente	178

III. El "absolutismo jurídico" y el proyecto nacional	180
1. El derecho de la modernidad	180
2. La representación democrática y el proyecto nacional	182
IV. Caracterización del modelo legalista occidental	187
V. El ocaso de la soberanía del legislador y la crisis del Estado-nación	189
1. El neoconstitucionalismo	189
2. Los tratados internacionales de derechos humanos y el examen de convencionalidad	191
3. La globalización y el Estado-Nación	193
VI. El derecho de los pueblos indígenas según la jurisprudencia de la Corte IDH. Un examen desde las diádas heurísticas	196
1. El principio de la igualdad y la interpretatio como elementos centrales para una aplicación justa y pluralista de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos	197
2. La aplicación de los principios: un punto de confluencia entre la tópica y la sistémica, el orden y la justicia	206
VII. Conclusiones	209
 A harmonização dos tributos como forma de integração do direito comunitário nas Américas	213
RENE FURTADO LONGO	
I. Introdução	213
II. As mutações do Estado	213
III. Evolução histórica das fases ou formas de Estado	215
IV. União Européia	218
V. Mercosul	220
VI. A harmonização tributária como implementação de blocos econômicos	222
VII. A proteção dos direitos pela organização do direito comunitário ...	223
VIII. Conclusão	227
Bibliografia	228

SEGUNDA PARTE

DERECHO COMPARADO

Os esquemas ordenadores e a ordem jurídica internacional	233
LUNA MARIA ARAÚJO FREITAS	
I. Introdução	233
II. A ordem jurídica: o direito como fenómeno humano e social	234
III. A ordem jurídica da sociedade internacional	236

IV. Os esquemas ordenadores e a ordem jurídica internacional	239
V. Conclusão	244
Bibliografia	245

Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do Teorema Global do Direito do Mestre Pampillo	247
RAFAEL CAVALCANTI LEMOS	

I. Teorema Global do Direito	247
II. Inserção do abolicionismo penal de percurso na tradição jurídica ocidental à luz do Teorema Global do Direito	249
Bibliografia	254

A deficiência no sistema punitivo dos países do Mercosul sob o aspecto pragmático dos direitos humanos	257
MÁRIO FRANCISCO BARBOSA	

I. Introdução	257
II. Desenvolvimento	258
III. Considerações finais	262
Bibliografia	263

La deficiencia en el sistema punitivo de los países del Mercosur bajo el aspecto pragmático de los derechos humanos	265
--	-----

MÁRIO FRANCISCO BARBOSA

I. Introducción	265
II. Desarrollo	266
III. Consideraciones finales	270
Bibliografía	271

As tradições jurídicas ocidentais sob a perspectiva do constitucionalismo moderno brasileiro	273
---	-----

RENATA POLICHUK

I. Introdução	273
II. A tradição do <i>civil Law</i>	274
III. O Sistema judiciário brasileiro	284
IV. O uso dos precedentes no Brasil	291
1. Os precedentes obrigatórios lidos a partir da Constituição brasileira	293
V. Considerações finais	299
Bibliografia	300

O bullying a dignidade humana e suas implicações jurídicas 303
HELENA CRISTINA POSENER

I. Introdução	303
II. <i>Bullying</i> sua origem e conceito	306
III. Formas de <i>bullying</i>	309
1. O Professor praticando <i>bullying</i>	310
2. Professor também pode sofrer <i>bullying</i>	311
IV. O dano causado pelo <i>bullying</i> e sua dimensão	312
V. O <i>bullying</i> na America Latina	313
VI. Dano moral Responsabilidade civil e Penal	314
1. Implicações Penais	322
VII. Formas de combates ao <i>bullying</i>	324
VIII. Conclusões	324
Bibliografia	327

El bullying la dignidad humana y sus implicaciones jurídicas 331

HELENA CRISTINA POSENER

I. Introducción	331
II. <i>Bullying</i> su origen y concepto	334
III. Formas de <i>bullying</i>	337
1. El Maestro practicando <i>bullying</i>	338
2. El maestro también puede sufrir <i>bullying</i>	339
IV. El daño causado por el <i>bullying</i> y su dimensión	340
V. El <i>bullying</i> en la América Latina	341
VI. Daño moral. Responsabilidad civil y penal	342
1. Implicaciones Penales	350
VII. Formas de combates al <i>bullying</i>	352
VIII. Conclusiones	352
Bibliografía	355

**A aplicação da lei injusta em regimes de exceção:
 contradições revolucionárias 359**

HANERON VICTOR MARCOS

I. Introdução	359
II. A Revolução Bolchevique: de uma ditadura à outra ditadura	361
III. O golpe militar brasileiro de 1964: uma ditadura injustificada	366
IV. Considerações finais	370
Bibliografia	372

Do surgimento e legitimidade do poder do Estado e a evolução da idéia do Positivismo Jurídico	375
---	-----

KARINA ESTEVANATO COUTINHO VIGLIONI SALGADO

I. Introdução	375
II. Desenvolvimento	378
III. Considerações finais	390
Bibliografia	391

HACIA UNA "NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA"

I. EL DERECHO ACTUAL COMO DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

En nuestra época los paradigmas consolidados de la teoría jurídicas viven en una situación de crisis permanente y continua.

El derecho al cual los juristas actuales están acostumbrados y en cual se han capacitado se basa en una concepción del ordenamiento jurídico estatal, homogéneo, cerrado. De hecho, suele componerse por fuentes aprobadas exclusivamente por los poderes del Estado. Se trata de fuentes homogéneas porque están formadas sólo por leyes y otros actos formales emitidos por dichas instituciones estatales. Además, los estudios de derecho se ocupan de un sistema esencialmente cerrado con respecto a otros ordenamientos jurídicos.

Las relaciones entre ordenamientos jurídicos, en la teoría tradicional, se consideran como relaciones de derecho internacional, que obviamente son relaciones inter-nacionales y no impactan directamente en las situaciones jurídicas de los particulares.¹

Sin embargo, en las últimas décadas algunos importantes fenómenos han puesto en crisis esta manera de pensar.

Después de la segunda mitad del siglo XX, junto con la constitucionalización de los derechos de la persona a nivel nacional, se ha producido la "internacionalización de los derechos", es decir se han establecidos mecanismos de protección a nivel internacional de los derechos de las personas.²

Por lo tanto se va afirmando la idea de un "constitucionalismo mundial"³ o un "constitucionalismo multinivel", que completa y desarrolla la

¹ Véase, por ejemplo, la definición de CONFORTI, B. *Diritto internazionale*, Napoli. 2010. Pp. 3 y ss. y la de ROSSEAU, C. *Derecho internacional público*. Barcelona. Ariel. 1966. Pp. 1 y ss.

² El establecimiento de las organizaciones internacionales como instrumentos para lograr la paz se encuentra, por ejemplo en BOBBIO, N. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bologna. Il Mulino. 1984.

³ Véase ESPINOSA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, J. E. "Constitucionalismo global" en *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*. México. 2010. Tomo I. P. 236.

función de protección de las constituciones nacionales.⁴ Esta protección se realiza a través el establecimiento de muchas instituciones internacionales como ONU.⁵

Hoy en día, en general se acepta que esas fuentes de derecho internacional, su aplicación e interpretación, identifican un "corpus iuris de los derechos humanos" que interactúa con los sistemas jurídicos nacionales y que está protegido por el principio de la responsabilidad internacional de los Estados.⁶

Como destacan autores como Luigi Ferrajoli los derechos humanos constituyen el ámbito donde se puede observar la transformación del derecho internacional desde la disciplina de las relaciones entre los Estados, hasta un sistema jurídico internacional que considera como sujetos incluso las personas.⁷

La identificación de un corpus internacional de derechos humanos impacta profundamente en la hermenéutica del derecho interno,⁸ abriéndolo al contexto normativo internacional.

Sin embargo, otros fenómenos jurídicos van cambiando la manera de entender las relaciones entre ordenamientos jurídicos.

Nuestra época se caracteriza en particular por una forma mas estricta de colaboración interestatal llamada "integración regional" porque involucra países de una específica zona del mundo, en particular Europa (Unión Europea, Consejo de Europa) y América (Comunidad Andina de Naciones (CAN), Mercosur, Sistema de Integración Centroamericana (SICA); Mercado Común del Caribe (CARICOM); Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR); Cumbres Iberoamericanas, la Alianza del Pací-

⁴ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited" en *Common Market Law Review*. 1999. Pp. 703 y ss., HABERLE, P. *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*. Dir. pubbl. comp.eur. 2002. Pp. 455 y ss., y CARDONE, A. "Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)" en *Enc. dir., Annali IV* 2011

⁵ ABBOTT, K. W., SNIDAL, D. "Why States Act through Formal International Organizations" en *The Journal of Conflict Resolution*. Vol. 42. No. 1. Feb. 1998. Pp. 3-32

⁶ Véase O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey. 2007 Pp. 55-78, FAUNDES PENAFIEL, J. J. "Corpus iuris internacional de derechos humanos" en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I. Cippitani, R. (coordinador). *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*. Roma-Perugia-México. ISEG. 2013.

⁷ FERRAJOLI, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía. un constitucionalismo global" en CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R. *Estado constitucional y globalización*. México: UNAM/Editorial Porrúa. 2001. Pp. 313-318.

⁸ Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, R., "Principio pro persona" en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I. CIPPITANI, R. (coord.). *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*. Op. cit.

fico, Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero otros ejemplos se pueden encontrar en todos los continentes.⁹

La integración regional tiene las características de otras formas de relaciones internacionales, estando basada en acuerdos entre los Estados.

No obstante eso, dos elementos parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido y la intensidad de la cooperación; y la institucionalización de las relaciones, en particular a través la creación de órganos judiciales o arbitrales.

Especialmente se establecen Cortes que interpretan y aplican las normas regionales,¹⁰ como por ejemplo, en Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y, en Latinoamérica, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente del Mercosur.

En la realización de sus funciones, los tribunales logran dos resultados importantes: la elaboración de los contenidos de los derechos; y la identificación de un sistema jurídico de referencia.

A pesar que la integración regional no produzca una crisis verdadera en el paradigma internacionalista, basado en las relaciones intergubernamentales, pero el trabajo de las cortes regionales impacta profundamente en la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces nacionales.

Una ulterior evolución de la integración jurídica regional está representada por las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea.

Incluso las organizaciones supranacionales nacen por los medios previstos por el derecho internacional, es decir, por tratados estipulados entre los Estados miembros.¹¹

En cualquier caso la supranacionalidad implica la pérdida de la soberanía de los Estados que participan en el proceso con respecto a pocas o muchas competencias.

Aparte las cuestiones terminológicas, los Tratados constitutivos de las entidades supranacionales tienen que ser considerados como una constitución real por dos razones, como afirma Arnold: por un lado di-

⁹ Para un panorama y un análisis sobre las organizaciones regionales, especialmente en Europa y en América Latina, véase sobre todo PIZZOLO, C. *Derecho e integración regional*. Buenos Aires. Ediar. 2010.

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva, No. OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pár. 19.

¹¹ HAAS, E. *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, en *International Organization*. Vol. 24. 1970. P. 610.

chos Tratados establecen un sistema institucional y un orden de valores obligatorios para todo sujeto de derecho; y por otro también sustituyen los ordenamientos jurídicos nacionales con el derecho supranacional, por lo menos en las competencias comunitarias.¹²

El sistema jurídico supranacional es autónomo y prevalente, pero también, en comparación con el modelo regional, es directamente aplicable, ya que, como el Tribunal de Justicia declaró:

en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, de toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también —en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias.¹³

La cesión de soberanía en la experiencia europea se afirma con claridad desde el caso Van Gend en Loos.

La limitación de los "derechos soberanos" de los Estados corresponde al ejercicio de la soberanía por parte de las instituciones comunitarias, cuyo ejercicio afecta a los Estados.

Por lo tanto, la construcción del sistema jurídico supranacional implica el establecimiento de un marco institucional que sólo en parte se puede observar en la forma general de la integración regional.

El derecho regional, a diferencia del derecho cerrado y monocéntrico nacional, es como afirma Pampillo es un derecho "bisagra", que se pone dentro el "contexto universalismo-localismos de la glocalización".

Dicho autor destaca como la tensión entre niveles jurídicos distintos no es una novedad de nuestra época. La cultura jurídica europea ya ha conocido en la antigüedad la dicotomía entre el *ius civile* y el *ius gentium*, y en el Medioevo la dinámica entre los *iura propria* y el *ius commune*.¹⁴

En cambio, la modernidad construida sobre los derechos nacionales está caracterizada por el localismo que no es adecuada con las ten-

¹² ARNOLD, R. "La protección de los derechos fundamentales en Europa" en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coordinadores). *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*. Op. cit.

¹³ Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1978, 106/77. *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*. Rec. 1978. P. 629. Apartado 17.

¹⁴ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Pp. 104 y ss.

ciones que surgen de los procesos de integración jurídica mencionados arriba.

Además en los procesos de integración jurídica, como eficazmente observa Juan Pablo Pampillo, el derecho se estructura de manera horizontal y colaborativa, compuesto por no solamente por normas (*hard-law*) sino también por reglas, principios, tradiciones (*soft-law*).

El derecho de la integración es complejo y multinivel, compuesto de textos y materiales de orígenes diferentes, éste es abierto, hacia abajo, en respecto al derecho interno de los países integrados, y hacia arriba en respecto al derecho internacional u otros derechos regionales. Además, el sistema jurídico tomado en consideración es dinámico y en continuo desarrollo.

Esto derecho tipo de derecho se elabora de manera flexible y casuística con un papel muy importante de jurisdicción y de la ciencia jurídica como fuentes del derecho.

Es un derecho que supera las dicotomías tradicionales como entre las familias del *civil law* y del *common law*.

II. JUECES Y JURISTAS COMO ACTORES DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

Los procesos de integración jurídica entre ordenamientos jurídicos constituyen un importante desafío para todos los operadores y teóricos del derecho.

Los jueces son los primeros actores involucrados en solucionar los problemas de un derecho multinivel, abierto, constituido por fuentes jurídico diferentes.

En particular este trabajo se está llevando a cabo por las Cortes regionales, en particular las europeas y las de Latinoamérica.

Como el Tribunal de Justicia de la Unión europea por la primera vez en la sentencia Van Gend en Loos del 1963¹⁵ reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario, que ha contribuido a construir, los jueces regionales latinoamericanos se refieren, respectivamente, a un "ordenamiento jurídico andino" o a "Derecho andino", a la "base de jurídica de Mercosur", al sistema legal de los derechos humanos en Latinoamérica.¹⁶

La jurisprudencia enfrenta y trata solucionar los problemas jurídicos puestos por el derecho de la integración regional que "tiene y debe

¹⁵ Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec. 1963. P. 3.

¹⁶ Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, *González y otr. ("Campo Algodonero")/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C. No. 205, Párr. 62.

tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho",¹⁷ en particular y por lo tanto, del derecho internacional.

Este importante trabajo de la jurisprudencia para la elaboración y sobrevivencia del derecho de la integración se basa en el uso de una estrategia interpretativa característica.

La particularidad de esa estrategia depende del método elegido, que es esencialmente teleológico. Ese método utiliza herramientas como el efecto útil y el sentido autónomo, que conducen a reconocer y construir un ordenamiento jurídico nuevo, superior e integrado con los ordenamientos nacionales.

El método constructivo de los jueces regionales supera muchas seguridades de la teoría interpretativa tradicional: la secuencialidad y fragmentariedad del proceso hermenéutico; un objeto de la interpretación (el ordenamiento jurídico) considerado completo y cerrado del cual sólo se pueden deducir las normas; la misma diferencia entre el derecho y su interpretación.

En cambio la interpretación final de los jueces regionales es holística y circular: el sentido de las palabras, de las fuentes, se entiende sólo en el ámbito del fin de la aplicación del ordenamiento regional; el sentido autónomo así establecido permite la construcción de conceptos jurídicos que dan coherencia al ordenamiento jurídico supranacional, la aplicación del cual es la finalidad de la actividad interpretativa.

Otro actor esencial en el desarrollo del derecho de la integración son los juristas.

En los procesos de integración regional la doctrina legal no sólo está implicada en la interpretación científica, sino también está a cargo de la elaboración de conceptos, directamente o indirectamente pertinentes para la aplicación de los sistemas jurídicos regionales.

Como incluso Pampillo observa en sus obras, una de las más importantes contribuciones a la elaboración del derecho comunitario son los "principios comunes" establecidos por los grupos de expertos europeos en el ámbito del derecho contractual.¹⁸ los *Principles of European Contract Law Parts* editados por la Comisión presidida por Ole Lando y Hugh Beale), así como el Código europeo de contratos elaborados por la Academia Europea de Derecho privado de Pavia; igualmente se puede incluir el *Draft Common Frame of Reference*¹⁹ proporcionado por la

¹⁷ TPR Mercosur. Laudo No. 01/2005, P. 4.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo. Par. 53.

¹⁹ FUCHS, A. *A Plea a Europe-Wide Discussion of Draft Common Frame of Reference*, *Era forum*, 9: S1-S6, 2008 y CLIVE, E. *An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference*, *Era forum*, 9: S13-S31, 2008.

Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo como: "Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro".

Esos principios de derecho contractual son ya utilizados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias y son la referencia para el desarrollo del sistema legal, incluso si no son obligatorios.²⁰

Además, a fin de otorgar un verdadero espacio legal europeo, los documentos de la Comisión requieren la elaboración de modelos de contratos y cláusulas estándares que pueden ser útiles para los contratos transnacionales.²¹ En muchos casos, este tipo de cláusulas se incluyen en las fuentes legales de la Unión.²²

Otros juristas y profesionales contribuyen a producir las normas pertinentes, por ejemplo los grupos de profesionales que adoptan los códigos de conducta, los comités de ética, los funcionarios de las universidades involucradas en los proyectos de investigación.

III. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA

Frente al desarrollo de la jurisprudencia regional y de la elaboración de principios, la literatura jurídica parece usar conceptos viejos o no adecuados a los rasgos del derecho de la integración.

De hecho estos nuevos fenómenos no se pueden enfrentar sólo con las herramientas del derecho internacional, ni tampoco los del derecho nacional. Incluso la comparación jurídica puede no ser suficiente, desde el punto de vista de la construcción.

Juan Pablo Pampillo es uno de los pocos autores que se da cuenta de la necesidad de la construcción de una teoría jurídica que entregue los conceptos para abordar el derecho de la integración.

Él habla propiamente de la urgencia de construir una nueva dogmática jurídica para la nueva época histórica.²³

Como se ha visto arriba, la época contemporánea se caracteriza, de la perspectiva jurídica, por la integración de los ordenamientos jurídicos, y no simplemente por la globalización mercantil sin reglas.

El fenómeno de la integración jurídica es más complejo y corresponde a la crisis irreversible del paradigma legalista, jerarquizado, territorial del Estado nacional soberano.²⁴

El nuevo paradigma del derecho de la integración, como destaca Pampillo, nace de la observación de la actividad interpretativa de los jueces regionales, basada en el método "sistemático y el teleológico", que sirve "para asegurar la incorporación armónica del derecho comunitario dentro los derechos estatales y el acoplamiento de estos últimos al derecho de la integración, mediante el empleo, respectivamente, de los principios *pro constitutione* y *pro communitate*".²⁵

El resultado de dicha interpretación es el descubrimiento, la declaración y el establecimiento de "los 'principios generales comunes' aprovechando la 'tradición jurídica común', mediante un interesante ejercicio de comparación jurídica (sincrónica y diacrónica)".

De hecho el derecho comunitario surge de un análisis dogmático, comparativo, histórico y progresivo "desarrollado a través de un itinerario que bien puede considerarse como 'tradicional-actual-proyectivo'".

Pampillo opina que, para alcanzar una construcción coherente y equilibrada del derecho comunitario, no se puede no tener en cuenta la evolución histórica del derecho regional, empezando por el origen del derecho europeo, el derecho romano-germánico, pasando por el derecho común y por las tradiciones nacionales.

Por lo tanto, los juristas de la integración se encuentran en una situación análoga de los padectistas del siglo XIX que, para dar coherencia al derecho de entonces, fragmentado y en continuo cambio, volvieron a estudiar el derecho romano como base histórica del derecho.

²³ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Historia general del derecho*. Op. cit. Pp. 343 y ss.

²⁴ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. "La integración jurídica del Continente Americano: una invitación a la ciencia jurídica para construir un nuevo *jus commune*" en *ILSA Journal of International and Comparative Law*. No. 3. 2011, Pp. 603 y ss.

²⁵ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. "Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América" en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.). *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*. Roma-Perugia-México. ISEG. 2013. Pp. 107-168. Si no diversamente indicado las citas siguientes de Pampillo se refieren a esa obra.

Como afirmaba Windscheid "el Derecho romano tiene para toda Europa, mejor dicho para todo el mundo civil, una importancia que no se podrá jamás estimar suficientemente". La razón de esta importancia depende del hecho de que éste es "la expresión de un modo humano de comprender las relaciones humanas generales, desarrollado con una maestría, que no fue más alcanzada por otra jurisprudencia o arte legislativa".²⁶

Desde la perspectiva histórica se pueden observar los aspectos esenciales de los ordenamientos nacionales, aquellas "permanencias" que constituyen la base lógica del ordenamiento comunitario.²⁷

De hecho, en todo periodo de cambio de la milenaria historia del derecho europeo, la presencia de valores permanentes fue determinante para la evolución del derecho.

Antonio Palazzo subraya como en el momento culminante que llevó al derecho moderno, Gianbattista Vico "comprendió y puso de manifiesto el papel de los valores jurídicos permanentes, estudiando no solo el derecho doctrinal de la Edad Media (a través de la escuela de la glosa y del comentario) sino también el de los Grandes Tribunales del siglo XVII, con la misma énfasis en la tríada equidad, analogía y buena fe".²⁸

Estos y otros principios influyeron en la pandectística y luego en la elaboración de los códigos civiles de los siglos XIX y XX.

La importancia de la perspectiva histórica no es sólo una cuestión teórica.²⁹

La misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia hace a menudo referencia al Derecho romano o al Derecho común como base del derecho europeo actual, como se afirma en la sentencia del caso *Klomp* de 1969 y la en el asunto CCRE de 2003.³⁰

²⁶ WINDSCHEID, B. *Diritto delle pandette*. Traducido al italiano por Fadda e Bensa. Torino, 1902. P. 18.

²⁷ Véase PALAZZO, A. *Permanencias del derecho civil*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*. Tomo III. Sobre la perspectiva histórica como base para construir un espacio jurídico común entre Europa y Latinoamérica, véase TREGGIARI, F. "Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune" en *Diritto e processo*, 2006-2009. Pp. 1 y ss. www.rivistadirittoeprocesso.eu

²⁸ PALAZZO, A. "Permanencias" en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coordinadores). *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*. Op. cit.

²⁹ Véase STEIN, P. *I fondamenti del diritto europeo*. Traducción al italiano del libro: *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*. Milano, 1987. Pp. 241 y ss.

³⁰ Véase: Tribunal de Justicia, sentencia del 25 de febrero de 1969, *Klomp/Inspectie der belastingen*, 23-68. Rec. P. 43, a propósito del principio de la "continuidad de los ordenamientos jurídicos". Véase también el caso CCRE (Tribunal de Justicia, 10 de julio de 2003, *Commissione/ Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE)*, C-87/01. Rec. 2003. P. I-07617), en el cual el abogado general Léger considera oportuno hacer referencia a los

Además de la perspectiva histórica y teleológica, la nueva dogmática la integración necesita de un diferente papel de los intérpretes.

Los caracteres del derecho de la integración (su objeto complejo y el papel de los intérpretes) ponen en crisis la diferencia entre el derecho y su interpretación.

De hecho hay una continuidad entre el derecho legislativo y su interpretación. Esta continuidad no puede ser bien entendida desde el punto de vista metodológico tradicional,³¹ caracterizado por el contraste entre producción e interpretación del derecho.³²

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el labor interpretativo de los estudiosos sirve como instrumento para ver la fragmentación de las fuentes legales de la Unión Europea como un sistema coherente.³³

Entonces, no se puede pensar en el derecho regional sin su aplicación y su interpretación.

Por un lado, la interpretación de los jueces y juristas no se puede considerar simplemente como una deducción algorítmica y lineal de un sistema legal que es considerado como ya coherente y cerrado (ver las disposiciones sobre la interpretación de la ley, al igual que el artículo 12 de las Disposiciones preliminares del *Codice civile* italiano o el artículo 16 del Código Civil del DF de México).³⁴

Por el otro lado, el papel de los jueces y los juristas no puede ser estimado sólo una creación libre de la ley. En cambio el Tribunal de Justicia —que sus críticos lo piensan como una institución que ejercita casi ilegalmente un poder legislativo—³⁵ no elabora normas jurídicas. El Tribunal se comporta como todos los jueces, interpretando y aplican-

comunes orígenes iusromanistas, con el objeto de demostrar la existencia del concepto de compensación en el Derecho comunitario.

³¹ Esta dificultad afecta todas las disciplinas que se ocupan de Europa. V. J. H. H. WEILER. *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?"* y *Other Essays on European Integration*. Cambridge. Cambridge University Press. 1999; mas en general MORIN, E. *Penser l'Europe*, Paris. Folio. 1987.

³² Sobre la historia de la interpretación v. el completo análisis de HALLIVIS PELAYO. M. *Teoría General de la Interpretación*. México. Porrúa. 2007.

³³ En relación al derecho de los contratos, la Comisión (Communication "A more coherent European contract law - An action plan" (COM (2003) 68 del 12 de febrero del 2003. Párr. 4) destaca el papel fundamental de la jurisprudencia comunitaria en la construcción del derecho europeo en tema de contratos: para establecer los conceptos generales; para elaborar el sentido coherente de los términos utilizados por las fuentes legales de la Unión europea, etcétera.

³⁴ Cfr. SACCO, R. *Introduzione al diritto comparato*. Torino. UTET. 1980. P. 224 y ANGELASCO, G. *La technique législative en matière de codification Civil. Etude de droit comparé*. Paris. 1930.

³⁵ BETTATI, M., "Le 'law-making power' de la Cour" en *Pouvoir*. 1989. Pp. 57 y ss.

do la ley, de manera coherente y por el ejercicio del poder reconocido por los Tratados.³⁶

La misma interpretación coherente y la aplicación de la ley es el trabajo realizado por los juristas y los profesionales.

Sin la coherencia elaborada por la interpretación, sería difícil de entender un sistema jurídico más complejo, heterogéneo y dinámico, que los nacionales.

De hecho, los juristas contemporáneos europeos no sólo son técnicos experimentados, sino también los facilitadores de los procesos de integración jurídica.

Ellos son los "filósofos inter partes", como Antonio Palazzo opina,³⁷ ellos son los que actúan como intermediarios entre los diferentes enfoques culturales, valores, intereses, entre científicos, empresas, organizaciones sin fines de lucro, agentes sociales y las demás partes interesadas.

Los asuntos éticos, la disciplina de las tecnologías y la protección de la privacidad, son sólo algunos ejemplos en los que la actividad de los juristas es tan apreciada para encontrar la mejor regulación; también cabe destacar que son los juristas quienes adaptan la regulación a una sociedad cambiante.

Ellos desempeñan un papel fundamental en la elaboración de la nueva dogmática jurídica.

La nueva dogmática se pone los problemas del derecho de la integración, lo cuales no pueden ser solucionados por el derecho tradicional.

Esa, a través del conjunto de principios, directrices y reglas de naturaleza supranacional que elabora puede

facilitar el diálogo entre los ordenamientos jurídicos estatales, regionales y transnacionales que se aplican dentro de un determinado ámbito geográfico, con el propósito de establecer mínimos y máximos, valores comunes y estándares compartidos para una comunidad que engloba a varias naciones, proveyendo los instrumentos de armonización jurídica necesarios para la realización de diversos objetivos comunes.³⁸

³⁶ V. entre otros EVERLING, U. "The Court of Justice as a Decisionmaking Authority" en *Michigan Law Review*. 1983-1984. Pp. 1309 y ss. Sobre la diferencia entre "creatividad" de los jueces y el *law making power* v. CAPPELLETTI, M. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1982. Pp. 774 y ss. Véase también PINO, A., *La ricerca giuridica*. Cedam. Padova. 1996, en particular en el capítulo XVII. Pp. 375 y ss.

³⁷ PALAZZO, A. "Permanenze nel diritto civile" en PALAZZO, A., SASSI, A., SCAGLIONE, F. *Permanenze dell'interpretazione civile*. Roma-Perugia. ISEG. 2008. P. 486.

³⁸ Cfr. PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Editorial Porrúa/Escuela Libre de Derecho. 2012, *passim*; *Id.* *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá. Ibañez Editores/Pontificia Universidad Javeriana/Escuela Libre de Derecho. 2012.

Finalmente la nueva dogmática consiste en "un nuevo espacio para la ciencia jurídica" que "está contribuyendo a brindarle un poderoso soporte epistemológico al derecho europeo, sirviendo igualmente de orientación y contrapeso a la actividad jurídica de las instituciones comunitarias, devolviéndole a su vez a la sociedad el origen de la juridicidad que le fuera expropiado por los estados".³⁹

ROBERTO CIPPITANI

Catedrático *Jean Monnet*, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia. Vicepresidente de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana.

³⁹ *Idem*. Loc. cit.