

THOMSON REUTERS
LA LEY



DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADOS E INTEGRACIÓN

EL LUGAR DE LA PERSONA, EL ESTADO
Y EL DERECHO EN LOS BLOQUES
REGIONALES Y SUS TERRITORIOS



**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Decana

Mónica Pinto

Vicedecano

Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez/
Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno / Enrique Zuleta Puceiro

Consejeros Suplentes

Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi /
Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff /
Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda /
Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes

Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti /
Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna /
Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes

Joaquín Santos / Catalina Cancela Echegaray /
Tomás González Vera / Patricio Mendez Montenegro

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de La Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretaria de Relaciones Institucionales: Isabel Sábato

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADOS E INTEGRACIÓN

EL LUGAR DE LA PERSONA, EL ESTADO
Y EL DERECHO EN LOS BLOQUES
REGIONALES Y SUS TERRITORIOS



MARIANO LISZCZYNSKI
DIRECTOR

MARÍA DEL PILAR GARCÍA MARTÍNEZ

MARÍA DE LA PAZ HERRERA

FLORENCIA KLEISNER CODEBÓ

MARIANO LISZCZYNSKI

SEBASTIÁN MARTÍNEZ

SABRINA OLIVERA

NATALIA RODRÍGUEZ

COLABORADORES



THOMSON REUTERS
LA LEY

Derechos fundamentales, Estados e integración: el lugar de la persona, el Estado y el derecho en los bloques regionales y sus territorios / María del Pilar García Martínez... [et. al.]; adaptado por Mariano Liszczyński. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Departamento de Publicaciones, 2014.

272 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2597-0

I. Derecho. Integración Regional. I. García Martínez, María del Pilar II. Liszczyński, Mariano, adapt.

CDD 338.9

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2014
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2014
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados.
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

Printed in Argentina

All rights reserved.
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 360 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2597-0

ARGENTINA

SOBRE LOS AUTORES

MARÍA DEL PILAR GARCÍA MARTÍNEZ

Abogada *cum laude* (UBA, 2005). Profesora adjunta interina de Derechos Humanos. Docente universitaria de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración, y profesora invitada de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, todas en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

MARÍA DE LA PAZ HERRERA

Abogada *cum laude* (UBA, 2008). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca, España, 2010). Maestrando en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional (Universidad de Génova, Italia). Docente universitaria de Derecho de la Integración, y profesora invitada de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, ambas en la Facultad de Derecho, UBA. Docente de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo. Integrante del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

FLORENCIA MARÍA KLEISNER CODEBÓ

Abogada (UBA, 2006). Licenciada en Ciencias Políticas (UCA, 2001). Docente invitada de Derecho de la Integración y de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, ambas en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI

Abogado (UBA, 1997). Doctor en Derecho Constitucional (UBA, 2012). Magíster en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación, 2003). Especialista en Constitucionalismo y Democracia (Universidad de Castilla la Mancha, España, 2002). Profesor adjunto regular de Derecho de la Integración. Profesor de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, y docente universitario de Teoría del Estado y de Derecho Constitucional, todas en la Facultad de Derecho de la UBA. Director del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

SEBASTIÁN EDUARDO MARTÍNEZ

Abogado (UBA, 2005). Maestrando en Derecho Penal (Universitat de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra, España). Docente universitario de Elementos de De-

recho Penal. Docente invitado de Derecho de la Integración y profesor invitado de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, todas en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

SABRINA VICTORIA OLIVERA

Abogada *cum laude* (UBA, 2008). Maestrando en Relaciones Internacionales con orientación en Economía, Cooperación y Desarrollo (Universidad del Salvador). Docente invitada de Derecho de la Integración y profesora invitada de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, ambas en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

MARÍA NATALIA RODRÍGUEZ

Abogada *cum laude* (UBA, 2011). Docente invitada de Derecho de la Integración y de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, y docente de Derecho Constitucional, todas en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante y becaria del Proyecto DeCyT 1017 (2010-2012), Facultad de Derecho, UBA.

TABLA DE SIGLAS

BC	Bloque Constitucional
BCA	Bloque Constitucional Argentino
BNA	British Nationality Act
BO	Boletín Oficial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CC	Código Civil
CdE	Consejo de Europa
CDF o CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Comunidades Europeas
CE'78	Constitución Española de 1978
CECA	Comunidad del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDM	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEE	Comunidad Económica Europea
CEN	Código Electoral Nacional
CICDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CN	Constitución Nacional
CNA	Constitución de la Nación Argentina
ComEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
Comité ONU	Comité de Derechos Humanos de la ONU
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP	Código Penal
CPDHLF	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CPI	Corte Penal Internacional
CSE	Carta Social Europea
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADyDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DC	Derecho Comunitario
DDHyC	Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIG o DIP	Derecho Internacional General o Público
DO	Diario Oficial
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EAA	Electoral Administration Act
EPEA	European Parliament Elections Act
EPRA	European Parliament Representation Act
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FJ	Fundamento Jurídico
GC	Consideración General del Comité ONU
IIPC	Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional
IISDH	Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos
LGA	Local Government Act
LOPP	Ley Orgánica de los Partidos Políticos
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OC	Opinión Consultiva de la Corte IDH
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PA1	Protocolo Adicional N° 1 al CPDHLF
PE	Parlamento Europeo
PFA	Policía Federal Argentina
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESyC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

POP	Protocolo de Ouro Preto
RAE	Real Académica Española
RPA	Representation of the People Act
SPIDH	Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos
TC	Tratados Constitutivos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCAN	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL	Tratado de Lisboa
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UK	Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas

ÍNDICE GENERAL

Itinerario y reconocimientos	XIX
A modo de apertura (Planos múltiples, intersecciones, superposiciones y unidad de destinatarios).....	3

CAPÍTULO I

LA INTEGRACIÓN REGIONAL FRENTE A LA FIGURA DEL ESTADO

María del Pilar García Martínez

I. Introducción: abriendo fronteras	7
II. Dinamismo en los componentes clásicos del Estado	12
1. Elementos primarios de una organización estadual moderna	13
a. Territorio.....	15
b. Población.....	17
c. Gobierno.....	18
2. Conceptos político-jurídicos en metamorfosis	20
a. Soberanía.....	21
b. Primacía.....	22
c. Ciudadanía.....	25
III. La influencia de la creciente fuerza integracionista sobre el Estado	26
1. De la existencia del Estado soberano a la formación de un espacio regional.....	27
a. Ser parte de un espacio regional	28
b. Integración como vía de acceso a la supranacionalidad..	30
2. El rol del Estado en el avance regional	31

	Pág.
a. Hacia la integración. Conformar la integración.....	33
b. Cumplimiento del deber de reparar vs. integración regional	34
IV. Haciendo camino. (Conclusión)	36

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS LÍMITES NORMATIVOS EN LA INTEGRACIÓN REGIONAL

María de la Paz Herrera

I. Los procesos de integración como una nueva fuente de poder.....	41
II. Límites al ejercicio del poder.....	45
III. La integración regional y las premisas del proceso.....	47
1. Las “condiciones del acuerdo”	47
2. Soberanía estatal e igualdad entre los Estados.....	48
3. El principio democrático	51
4. El <i>status</i> de los ciudadanos.....	51
5. Las condiciones del acuerdo en la práctica	52
IV. El caso de Europa: de la integración económica a la protección de los derechos fundamentales	53
1. Las razones de la integración	53
2. La postura inhibicionista del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): el caso “Stork”.....	56
3. Las razones de la acción pretoriana en la protección de los derechos fundamentales	57
a. El efecto directo y la primacía del derecho comunitario..	57
b. La reacción de los tribunales constitucionales de Alemania y de Italia	59
b.1. Sentencia “Solange I”	60
b.2. Sentencia “Frontini”	61
c. La postura proteccionista del TJCE	62
c.1. Caso “Stauder”	63
c.2. Caso “Internationale Handelgesellschaft”	64

	Pág.
c.3. Caso “Nold”	64
c.4. Caso “Hauer”	65
d. ¿El fin de la disputa?	67
4. El camino hacia la positivización.....	68
a. La actuación de las instituciones comunitarias: una carta comunitaria vs. la adhesión al CEDH	68
b. El Tratado de Maastricht	71
c. El Tratado de Ámsterdam	72
d. El Consejo Europeo de Niza: la proclamación solemne de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE	72
e. El Tratado de Lisboa.....	76
5. Perspectivas a futuro.....	79
V. Posible(s) problema(s).....	80
VI. Alternativas frente al problema	85
1. La adhesión del Espacio Integrado al sistema regional de protección de derechos humanos	85
2. Dos cartas de derechos y el diálogo interjurisdiccional.....	89
3. El juez nacional como el equilibrista de los sistemas	94
VII. Mirando al futuro.....	97

CAPÍTULO III

LOS TRIBUNALES EN UN ESPACIO INTEGRADO

*Sebastián Martínez - Sabrina Olivera con la colaboración
de María de la Paz Herrera y Mariano Liszczyński*

I. De la proliferación de tribunales internacionales.....	99
1. Los derechos fundamentales y la multiplicidad de garantes jurisdiccionales	99
2. Un nuevo actor entra en escena: el nacimiento de las jurisdicciones internacionales.....	100
3. Algunos inconvenientes comunes a todos los sistemas.....	107
II. La convivencia de tres jurisdicciones en materia de Derechos Humanos. América	109

	Pág.
1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos, breve desarrollo.....	109
a. Las interrelaciones del sistema americano	111
2. Los derechos humanos en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)	112
3. Los derechos humanos en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y en la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).....	114
4. Propuestas para aventar una protección de derechos y libertades ilusoria.....	116
III. La Corte IDH, la CADH y las jurisdicciones nacionales	116
1. Mayores precisiones sobre el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito americano.....	116
2. Argentina y la Corte IDH	120
a. CSJN y Corte IDH: ¿un diálogo pacífico?	120
a.1. De la negación a la obligatoriedad. La opción restrictiva	120
a.2. Un nuevo período comienza: la CSJN recibe a la Corte IDH	124
a.3. Aún nada está dicho: “Espósito <i>vs.</i> Derecho”	127
3. Aportes para una integración posible.....	134
IV. La experiencia europea. Los distintos sistemas de protección: intersecciones y problemas	136
1. Estados, Espacio Integrado y Sistema Europeo de Derechos Humanos. Multiplicidad de garantes de derechos.....	136
a. Introducción al Sistema Europeo de Derechos Humanos	138
a.1. Las interrelaciones del Sistema Europeo	141
b. Los derechos humanos en la Unión Europea.....	142
2. Tribunales en conflicto, derechos en pugna. Tribunales nacionales, TJUE y TEDH	145
a. TJUE y TEDH: una relación controversial.....	146
a.1. SPUC <i>vs.</i> Open Door y Dublin Well Woman (o TJUE <i>vs.</i> TEDH).....	146

	Pág.
a.1.1. SUPC	147
a.1.2. Open Door y Dublin Well Woman	148
b. TJUE vs. TEDH	149
3. Aproximaciones y propuestas. Hacia el fin de las incertidumbres	150
V. Una propuesta realista e integradora. Algunas conclusiones	151

CAPÍTULO IV

POBLACIÓN Y CIUDADANÍA EN LOS ESTADOS INTEGRADOS

Mariano Liszczyński

I. Introducción.....	155
1. Acercamiento al concepto “población”	156
2. Acercamiento al concepto “ciudadanía”	156
3. Un recorrido por la Historia y un vistaje al futuro	158
II. Ciudadanía y población en el mundo integrado.....	164
1. La situación en la Unión Europea.....	166
a. El sistema español	167
b. El sistema británico	180
c. Comparación entre los sistemas español y británico	184
2. Gibraltar: Punto de contacto y conflicto. Ejemplo práctico de multinormatividad.....	185
a. Caso “Matthews vs. Reino Unido”	185
b. Caso “España vs. Reino Unido”	187
3. Apartado sobre el Estatuto de Ciudadanía en la UE.....	188
III. Ciudadanía y nacionalidad en los Estados integrados	192
1. Repercusiones de los casos gibraltareños	193
2. Ciudadanía y nacionalidad en un Estado integrado	194
3. Ciudadanía integrada	196

CAPÍTULO V**LA CONFORMACIÓN DE LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS
POLÍTICOS EN UN ESTADO INTEGRADO: ARGENTINA**

*Mariano Liszczyński, con la colaboración
de Florencia Kleisner Codebó y Natalia Rodríguez*

I.	Introducción.....	203
1.	Los derechos políticos del ciudadano	205
II.	Los derechos políticos del ciudadano en Argentina.....	209
1.	La cuestión en las normas regionales.....	210
2.	La cuestión en las normas constitucionales	213
3.	La cuestión en las normas internacionales sobre derechos humanos	214
4.	Comparación entre los tres ámbitos.....	216
III.	Ciudadanía y derechos políticos en Argentina.....	218
	A modo de cierre (Propuestas para evitar cortocircuitos, conflictos y contradicciones)	235
	Bibliografía.....	239

ITINERARIO Y RECONOCIMIENTOS

La presente obra resume el trabajo de investigación realizado por el equipo docente a mi cargo, al que dirigí en el proyecto autogestivo que titulamos *INTEGRACIÓN, CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: INTERRELACIONES Y CONSECUENCIAS*. Integramos el equipo, por estricto orden alfabético, María del Pilar GARCÍA MARTÍNEZ, María de la Paz HERRERA, Florencia KLEISNER CODEBÓ, Sebastián MARTÍNEZ, Sabrina OLIVERA, Natalia RODRÍGUEZ y yo, claro está, quienes también lo hacemos como docentes de la materia Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la UBA.

Encaramos el proyecto con muchas ganas y demasiadas dudas, y al concluirlo seguimos teniendo dudas, bastantes, y mayores ganas de seguir profundizando las diversas aristas de los temas que desarrollamos y de otros que meramente esbozamos y cuyo análisis quedó en el tintero. Tenemos también una certeza: logramos aportar conocimientos, proponer soluciones e inevitablemente generar más incertidumbres sobre un tema sumamente amplio y complejo como el encarado.

Nos propusimos ver qué pasa en nuestros países, en nuestra vida, en nosotros, cuando por vivir en un país que integra un bloque regional somos a la vez ciudadanos nacionales y comunitarios, y nuestros derechos y libertades, pero también nuestras obligaciones, se ven potenciados por normas jurídicas nacionales (constitucionales), internacionales (derechos humanos) y regionales (comunitarias). La gran inquietud que motivó esta investigación fue la imprecisión que esta convergencia normativa y esta doble calidad ciudadana generan a nivel institucional y fundamentalmente a nivel humano. ¿Qué lugar ocupamos las personas?, ¿quién nos gobierna?, ¿quién nos puede exigir algo y qué?, ¿quién nos protege?, ¿ante quién reclamamos? En definitiva, ¿en qué lugar quedamos nosotros?

Extrañamente estos interrogantes aparecieron cuando en apariencia teníamos todo muy claro y en las clases de Derecho de la Integración explicábamos lo afortunados que éramos al contar con tantas normas garantes y otorgantes de derechos y libertades y lo bueno que era la existencia de distintas, múltiples y superpuestas instancias de protección. De pronto nos dimos cuenta del despropósito de esa cuantía y confluencia, y de los peligros que su superposición entrañaba: las normas podían entrar en conflicto, generar cortocircuitos —mayores a los que de por sí existen— y los gobiernos y los tribunales verse desbordados y paralizados, por chocar entre sí, por desconocer sus límites o por no querer

asumir sus funciones... y en el medio de ese desbarajuste estábamos nosotros, las personas, que podíamos beneficiarnos o perjudicarnos con tal exuberancia normativa, institucional y ciudadana. Lo más probable, lo seguro, supusimos, quedaríamos desamparados. Y esta inquietud nos punzó y motivó a investigar cómo salir del laberinto y no perdernos en su circularidad.

El objetivo propuesto intuitivamente lo sabíamos ambicioso y vasto, lo que desconocíamos era la magnitud de sus brechas y repercusiones: las fuimos visualizando a medida que avanzábamos y accedíamos a nuestra meta; despacio, trabajosamente, primero, y luego con el vértigo de saber que estábamos ahicito, cerca, y que íbamos a cumplir el objetivo. El resultado es este libro que llega a sus manos. Uds. podrán evaluar si lo logramos o no. Y si el producto amerita elogios o críticas. Modestamente, nosotros creemos haber cumplido.

El producto final que se ofrece es el resultado de una búsqueda itinerante y constante de materiales, copiosas lecturas, mucho intercambio de pareceres, largas charlas y discusiones grupales, individuales que tuve con cada miembro de este equipo, y que cada uno tuvo con sus compañeros. También de ponerlo a prueba en las aulas de la Facultad, especialmente en la materia Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos, melliza y mascarón de proa de este trabajo de investigación, y recibir críticas, observaciones y sugerencias, que nos permitieron pulirlo y mejorarlo. El proceso ha sido por demás fructífero y enriquecedor, y los aportes generosos: todos contribuimos para que este libro hoy sea una realidad.

El libro en sí está escrito en lenguaje sencillo, fue pensado como una obra integral que pueda servir tanto al lego como a quien está en tema, y pretende concitar a la reflexión y al pensamiento crítico sobre los temas abordados, entendiéndose por “pensamiento crítico”, como explica D’AURIA, sacar a la luz los puntos ciegos no explícitos ni conscientes de ciertas creencias. Son cinco capítulos. En el primero nos abocamos a reinterpretar el Estado; en el segundo, a replantearnos los derechos fundamentales; en el tercero, a reexaminar los tribunales; en el cuarto, a reformular la ciudadanía; y en el quinto, a repensar los derechos políticos en Argentina. Escritos en solitario o en coautoría, todos forman parte de una misma propuesta; perfectamente ensamblados y perfectamente desmontables, pueden leerse de corrido o separadamente, sin perder profundidad, ya que cada uno es una unidad y se basta por sí mismo. Si leen todos mejor.

No tengo, pues, más que agradecer el empeño y la entrega de este equipo de trabajo, que hizo todo a pulmón, lidiando con la escasez de materiales, la vastedad del cometido y los tiempos escurridizos, robados al trabajo, al sueño y al esparcimiento, y denegados a amigos, parejas, hijos y familias.

A su vez, no quiero saltarme a la FACULTAD DE DERECHO y agradecer el espacio académico brindado y la formación recibida, tampoco quiero olvidar a los alumnos de Derecho de la Integración y en particular a los de Integración, Constitución Nacional y Derechos Humanos por haber sido el campo experimental y la cocina de este libro.

Finalmente, quiero hacer un agradecimiento especial a Aníbal D'AURIA, gran docente e investigador y excelentísima persona, y en gran medida mi mentor académico, quien me asesoró para diagramar del trabajo de investigación y, hace años, me invitó a sumarme a la docencia, impulsándome desde entonces a investigar, a enseñar, a cuestionar, a repensar y a no quedarme con el pensamiento establecido.

MARIANO LISZCZYNSKI

Barrio de Saavedra, noviembre de 2013

“Los ciudadanos, incluso los mejor intencionados, no pueden reconocerse deudores, porque ni siquiera saben de qué lado del contrato social se sitúan. No saben si son contribuyentes o beneficiarios. Y cuando una sociedad deja de conocerse, termina por perder su identidad... Y es que el ciudadano actual vive en una permanente esquizofrenia... Vive sometido a varias fidelidades, se reconoce en lógicas diferentes y se identifica, consciente o inconscientemente con intereses contradictorios”.

Alain MINC, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de hoy, Madrid, 1995, pp. 172/173.

A MODO DE APERTURA (PLANOS MÚLTIPLES, INTERSECCIONES, SUPERPOSICIONES Y UNIDAD DE DESTINATARIOS)

En el mundo actual conviven Estados, Organismos Internacionales (Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos) y Espacios Integrados. Cada uno tiene su propio “derecho” y sus propios tribunales u órganos de control. Simplificando, podemos hablar de “constituciones nacionales”, “cartas fundacionales (instrumentos internacionales sobre derechos humanos)” y “tratados constitutivos” y de tribunales “locales”, “internacionales” y “regionales o comunitarios”. También de la existencia de un derecho constitucional, un derecho internacional —en especial el de derechos humanos— y de un derecho regional comunitario. Todos parecerían tener su propio ámbito de aplicación o de incidencia: las jurisdicciones (o territorios) de los Estados, de cada y todos los Estados que firmen un Instrumento Internacional (fundamentalmente sobre derechos humanos), o de los Espacios Integrados. Pero todos tienen un denominador común: cuando un Estado (país) forma parte de un Organismo Internacional (Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos) y de un Espacio Integrado, las jurisdicciones aparentemente deslindadas se enmarañan en el territorio del propio Estado, un país integrado por todas esas normas e integrante de todos esos centros de poder capaces de producir normas.

En esos territorios vivimos nosotros, los seres humanos receptores de todas esas normas, y —para bien o para mal— nos encontramos a su merced. Nuestra vida diaria, lo queramos o no, lo sepamos o no, depende de cómo se articulen (y apliquen) las normas que convergen sobre nuestro país de residencia.

Por suerte somos poco conscientes de ello, y vivimos despreocupados de tal acumulación normativa, de tal superposición de jurisdicciones y de tal inflación de derechos y garantías. Es más, celebramos esa proliferación pues entendemos que a mayores derechos, a mayores garantes de derechos, tendríamos mayores libertades y más libre sería nuestra vida.

Por desgracia ello no es tan así. Cierto es que tenemos un amplio abanico de normas, de derechos a invocar, de tribunales a los cuales acudir. Pero no menos que cuando aparecen los conflictos, las normas se cruzan, se superponen, en fin, se intersecan, y también los tribunales. De tantas normas que tenemos, de tantas garantías, podríamos encontrarnos sin saber cuáles realmente nos sirven o cuáles nos van a reconocer nuestros gobernantes.

Esto podría resolverse muy simplemente: invocarlas todas y que el juez decida. Sí, sería una solución, o al menos un intento. El problema va a presentárenos cuando debamos decidir a qué tribunal acudir para hacer valer nuestros derechos y reclamar lo nuestro o defendernos. También aparece una solución evidente: al del centro de poder que dictó la norma que nos perjudica o beneficia. Es nuevamente una respuesta posible. Pero realmente no es tan sencillo determinar qué, contra quién y ante quién presentar nuestra pretensión: no siempre es tan claro cuál es el órgano infractor y cuál es la norma perjudicial. Podrían serlo todos o algunos, o ninguno. Pues siempre podría aparecer una cuestión de jurisdicción y dejarnos pataleando. Plantear mal nuestra pretensión podría dejarnos sin una solución o, lo más grave, sin resguardo.

Parece un sinsentido, pero la superabundancia de normas, derechos y garantías nos desampararía. Parece increíble, no obstante es muy real y pasa a diario. La demarcación de jurisdicciones no es tan clara como aparenta en el papel y ello salta a la luz en el punto de contacto de todas ellas: los territorios de nuestros países en los cuales se aplican todas las normas y sobre cuyo cumplimiento velan autoridades y órganos de control variopintos. Ante ello puede ocurrir que se nos exija en demasía y desde demasiados lados o que nadie quiera o pueda exigirnos nada. Es precisamente esto el inconveniente y lo que provoca el supuesto sinsentido.

Por exceso habríamos retornado al estado de naturaleza hobbesiano o roussoniano. Puede ser una ventaja o una desventaja. Esto está en cada uno. Lo concreto es que en la realidad estamos frente a una explosión normativa que nos tiene como destinatarios y como protagonistas para poder poner un poco de orden al aquelarre normativo e institucional.

Tal vez convendría comenzar a ver que precisamente por ello —la convergencia de normas que pueden ser divergentes y de órganos que pueden colisionar— estamos en una nueva etapa evolutiva en el devenir de los países y estemos viviendo en un Estado Integrado.

Este Estado Integrado es una pieza clave en el mundo actual. Lo es por varios motivos. El primero porque los Estados siguen siendo las unidades independientes, soberanas y sujetos de derecho internacional público por excelencia. El segundo porque los Estados son las unidades mínimas y necesarias de los procesos de integración regional. El tercero porque los Estados son unidades plenas y totales propias del derecho constitucional. Esto nos permite ver que sin Estados no hay derecho internacional ni derecho de la integración ni derecho constitucional y que los Estados son las unidades indispensables e insustituibles de éstos. Pero también algo más: que los Estados son las jurisdicciones o los territorios (las unidades) donde pasan las cosas. Y a su vez, algo no menor e incuestionable: que los seres humanos vivimos en ellos, y de ahí todo lo que ocurra en los Estados o lo que éstos hagan repercutirá en nosotros. Y ello nos conduciría a postular que sin nosotros, sin personas, no hay siquiera Estados. Y esto es tan claro como el agua. Y lo único claro que existe en los Estados Integrados.

Pero también esto, y precisamente esto, es lo que nos permite o nos obliga a tratar de encontrar algún criterio que nos mantenga con vida y no nos anule

como seres humanos. Después de todo, o en principio de todo, fuimos nosotros quienes por temor, voluntad o necesidad, creamos los Estados y quienes consentimos en la existencia de un Estado Integrado.

En este Estado Integrado vivimos hoy día. Necesitamos saber cómo se compone institucionalmente, quiénes tenemos derechos y obligaciones frente a él, y qué derechos y obligaciones tenemos, quién protege tales derechos y obligaciones y quién o quiénes nos pueden exigir qué.

Todo ello implica replantearnos conceptos tradicionales incorporados en nuestro vocabulario y en nuestro conocimiento jurídico y político. Palabras como “Estado”, “Constitución”, “derechos humanos (o derechos fundamentales)”, “tribunales (u órganos de control)”, “ciudadanía”, “población”, “nacionalidad”, “territorio”, “jurisdicción”, “protección”, “garantías” o “Derecho”, lo mismo que “supremacía”, “soberanía” o “independencia”, “poder”, “poder constituyente”, “instituciones”, “autoridades”, “control” o “gobierno”, se han resignificado y adquieren una nueva dimensión o perspectiva.

A entender qué significan hoy, o mínimamente cómo se manifiestan, apuntan las siguientes páginas en las que procuraremos dar respuestas y aportar alguna solución razonable y práctica, o cuanto menos sensata y posible, a la confluencia y profusión normativa, jurisdiccional e institucional que nos signa en este siglo XXI. Definitivamente, lo que queremos entender es qué es esto de vivir en un Estado Integrado.

EQUIPO DOCENTE Y DE INVESTIGACIÓN ICNDH FD-UBA

CAPÍTULO I

LA INTEGRACIÓN REGIONAL FRENTE A LA FIGURA DEL ESTADO (1)

María del Pilar García Martínez

I. INTRODUCCIÓN: ABRIENDO FRONTERAS

La realidad de nuestros días presenta matices que inducen cambios a ser aprehendidos por las distintas estructuras que conforman los sistemas jurídico-políticos de la modernidad, propios del *Estado de derecho*, desde su concepción como tal.

Esas circunstancias novedosas para el derecho clásico generan en las estructuras preexistentes, una suerte de obligación de “puesta a punto” o de actualización en la relación que se establece entre la realidad versus el ordenamiento jurídico vigente.

Una vez más, necesaria y naturalmente, la vigencia de los sistemas jurídicos queda por detrás del correr de los hechos que se suceden cotidianamente, tanto en el ámbito interior como en el ámbito exterior.

Las variadas teorías y los diferentes análisis doctrinarios sobre la evolución del Estado partiendo de su conformación hasta el albor de la teoría del “Estado moderno” o “Estado de derecho”, nos legaron desde la perspectiva jurídica un modelo de organización estadual novedoso hacia principios del siglo XX, o finales del XIX, donde el constitucionalismo cosechó sus frutos al dejar como marca indeleble el respeto y cuidado de una Constitución Nacional por sobre el resto del ordenamiento jurídico interno; aunque ello haya sido desvirtuado en su fin axiológico permitiendo a la vez, desde una rigidez exegética, la coexistencia del totalitarismo como contracara a ese respeto y garantía de legitimidad.

La génesis de ese Estado “novedoso” se funda, entre otros contenidos, en la incorporación de las teorías contractualistas que permitieron la movilidad del concepto de soberanía; a tal punto que permitió la reestructuración de la organi-

(1) “Puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes, y puesto que la naturaleza no produce ningún derecho, sólo quedan las convenciones como único fundamento de toda autoridad legítima entre los hombres...”. ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social*, Altaya, Barcelona, 1997, Libro I, Capítulo IV, p. 8.

zación política hacia un esquema que rediseñó los sistemas mundiales, traspasando la acumulación de poder en manos de un “todopoderoso”, a manos de un pueblo titular de una soberanía renacida.

Fue así que “La evolución en el pensamiento político de la sociedad determinó la despersonalización del poder y su transferencia, de una persona física, a una institución o entidad abstracta que recibió el nombre de Estado” (2).

Pero más allá de las diferencias y características propias, y de las disidentes posturas doctrinarias que especifiquen cada definición elocuente al “Estado de derecho”, sin desconocerlas ni ignorarlas, y sin detenernos propiamente en el estudio de las teorías del Estado del siglo XX; lo que se intenta analizar, o sobre lo que se busca indagar, es si existen indicios para comenzar a plantear un cambio del esquema vigente —desde lo jurídico— del Estado como organización jurídica y política de tal implicancia que nos ubique frente a un nuevo modelo de Estado, dejando atrás al Estado moderno, de derecho, o social de derecho. Para lo cual, convenimos en partir desde los elementos estructurales con los que cuenta el esquema actual, pero sumándoles situaciones fácticas y pragmáticas que compelen al constitucionalismo posmoderno a revisar conceptos, y a abrir lugar a las injerencias de un derecho internacional en auge y expansión.

Todo suceso cuenta con antecedentes que permiten su ocurrencia en un tiempo y espacio determinado y concreto. Para esbozar una posible teoría sobre un nuevo formato de Estado, un Estado del Siglo XXI, Estado evolucionado, o bien, Estado integrado, como próximo cambio de paradigma, entendemos que hay que partir de la valoración de dos campos diferentes, que se conforman en “antecedente” del origen del nuevo esquema estadual. Veamos.

Por un lado, contemplar y estudiar la evolución de las características básicas necesarias que componen el Estado de derecho, tanto los elementos primarios de organización como aquellos conceptos jurídicos clásicos (*Dinamismo en los componentes clásicos del Estado*); y por el otro, analizar y consolidar la existencia de una realidad internacional en crecimiento que conlleva la adecuación de los Estados a diversos procesos de integración, ya sea partiendo del reconocimiento de un derecho de la integración y de un derecho comunitario, así como redefiniendo los roles del Estado en su interacción con la comunidad internacional, y lo que de ello pueda devenir (*Influencia de la creciente fuerza integracionista sobre el Estado*).

Desde la visión humana, partimos de una noción amplia que nos muestra que el comportamiento del individuo, dimensionado, se traduce en el comportamiento del Estado del cual es parte. Es decir, la organización está compuesta por seres humanos que relacionados en comunidad, se agrupan, asocian y organizan dando forma al Estado. Esta evidencia implica que las principales cualidades, falencias, inquietudes o dificultades que denotan el comportamiento humano se vean traspasadas al comportamiento del Estado en sus diferentes ámbitos de desarrollo, entre ellos, y el que nos interesa, el ámbito de las rela-

(2) BADENI, G. *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 29.

ciones internacionales, y en especial en la integración con sus “pares”, pues “si todo ordenamiento jurídico está condicionado por las peculiaridades del grupo social del que proviene, el Derecho Internacional no escapa a tal condicionamiento, y acusa por ello el impacto de la estructura y la dinámica de la sociedad internacional” (3).

Si bien el enfoque dado al hablar de “procesos de integración frente al Estado” es netamente jurídico, caer en el fundamento humano como epicentro de toda actividad vinculada al desarrollo de las instituciones es obligado y relevante. Y será ése el ejercicio a recurrir ante el surgimiento de incidencias en el ámbito de las relaciones interestatales, dado que “la integración es un proceso consciente y voluntario que se da a partir de la propia naturaleza del ser humano” (4) y en esa línea, “la integración entre dos o más pueblos supone la construcción de un nuevo tejido social, derivado de la toma de conciencia por parte del pueblo de cada uno de los Estados miembros de su participación en una nueva entidad de carácter regional” (5).

La trascendencia y dimensión de las relaciones internacionales en el curso de la historia se incrementa ante la aparición de los Estados modernos y su caracterización propia; con límites fronterizos, una nacionalidad más vinculante y sólida, una soberanía sobre todo el territorio, un ordenamiento jurídico interno propio, fundamentado sobre una Ley Suprema, un reconocimiento de igualdad entre pares, el ideal de la no intervención, etc. Se organiza así la supervivencia de sistemas de derechos internos con sistemas de derecho internacional de calidad subsidiaria y complementaria. Dicho esto, no debe olvidarse que “para que la comparación entre ambos sistemas sea justa y rigurosa hay que tener siempre en cuenta que los derechos internos y el derecho internacional descansan sobre supuestos institucionales diferentes, siendo mucho más completos y evolucionados los de los derechos internos. Y es preciso afirmar también que los supuestos institucionales de la sociedad internacional son los que son y los que los Estados quieren que sean y no los que un jurista utópico desearía” (6).

Será luego de los desastres provocados en la Segunda Guerra Mundial cuando este derecho de coordinación toma mayor implicancia, generando la aparición de replanteos ius-filosóficos sobre la existencia del ser humano y su necesidad de reconceptualizar la convivencia social que se vio devastada por los vejámenes sufridos, cuyo protagonista exclusivo fue el uso de la fuerza en su versión más exacerbada (7).

(3) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 33.

(4) ARBUET-VIGNALI, H. en MOYA DOMÍNGUEZ, M. T., *Derecho de la Integración*, Ediar, 2006, Buenos Aires, p. 46.

(5) MOYA DOMÍNGUEZ, M. T., op. cit., p. 14.

(6) PASTOR RIDRUEJO, J. A., op. cit., p. 24.

(7) PASTOR RIDRUEJO, J. A., ibídem, p. 59: “Los principales cambios de la sociedad internacional se producen a partir del año 1945, fecha de terminación de la segunda guerra mundial. Es con posterioridad a dicho año efectivamente cuando toma un fuerte impulso la sociedad internacional de cooperación...?”

La década del '40, entonces, marca el resurgimiento del derecho internacional así como también la aparición de sus ramificaciones más trascendentes, visibles y en plena vigencia: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración y/o derecho comunitario, según la definición doctrinaria que se quiera sostener (8).

Siguiendo esta línea evolutiva, desde la década del '50 comienzan a gestarse los movimientos integracionistas en todas las regiones. Los Estados se enfrentaron, y enfrentan, a una nueva era donde parte de su cometido consiste en engarzar la "formalidad" de su estructura, con la vigencia y validez de sus acciones en un ámbito regional ampliado, en tanto que "a consecuencia de la globalización, la integración constituye en el siglo XXI una herramienta política que permite mejorar las condiciones de inserción en el mundo ya que implica mayor poder de negociación y competitividad para sus componentes, que ahora pueden actuar como bloque" (9).

En este marco es importante destacar que tanto el Derecho Internacional general como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular se convierten en límites implícitos al ejercicio de las facultades del Estado, siendo que establecen derechos y garantías mínimos que no pueden ser olvidados en el momento de generar o modificar normativa, incluso en la necesidad de reformar la Constitución Nacional.

Asimismo, se entiende que estos "límites implícitos" no podrán ser reformados en tanto y en cuanto no forman parte de la redacción de la Constitución, sino que provienen del contexto internacional, y de la obligación a la cual se somete el Estado desde el momento en que ratifica los Tratados y Convenciones de la materia (10), siguiendo los principios del derecho de coordinación.

Al advertir la implicancia del derecho internacional, se comparte que "...para apreciar la validez sociológica de nuestra disciplina [derecho internacional] hay que tener también en cuenta el hecho importante de que sus normas no sólo se aplican en el campo, propicio al juego de los intereses de poder, de las relaciones internacionales, sino también en el marco, menos favorable al juego de las conveniencias políticas, de los derechos internos de los Estados" (11).

Partimos entonces, del derecho internacional general como conducto para luego transitar un esquema de derecho surgente, el derecho de la integración.

(8) BASALDÚA, R. en NEGRO, S. (Dir.), *Derecho de la Integración. Manual*, Bdef, Montevideo, 2010, p. 23 observa: "Parece posible distinguir dentro de la normativa jurídica que denominamos derecho de la integración económica una forma más avanzada o profunda de éste, (...) que en Europa se ha dado en llamar derecho comunitario, atribuyéndole como propias ciertas características".

(9) MOYA DOMÍNGUEZ, M. T., op. cit., p. 17.

(10) Planteo en base a la lectura de MANILI, P., *El Bloque de Constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

(11) PASTOR RIDRUEJO, J. A. op. cit., p. 25.

Esta especie de simbiosis (12) que se forma con la conjunción de sistemas normativos diversos que tratan de comprender cómo coexistir el uno con el otro, el uno del o para el otro, y viceversa; se refleja necesariamente en el acontecer de las relaciones entre los sujetos intervinientes. Y con ello, la aparición del fenómeno de la integración manifestándose en diversos puntos del planisferio.

Surge, —y podemos definirlo entonces como un fenómeno—, un reacomodamiento de las piezas que conforman los sistemas jurídico-políticos de distintas regiones, entrando en una fase de predominio de “procesos de integración”, donde las estructuras comienzan a sacudirse con mayor movimiento, generando cambios, produciendo consecuencias.

Sin embargo, ese dinamismo en las estructuras preexistentes no pareciera respetar un único modelo de integración, sino diversos posibles comportamientos que parten de variadas pautas o lineamientos que los Estados interesados receptan para dar forma a un esquema regional propio, acorde con los elementos y circunstancias que lo originen y lo requieran. Y así “...Cada proceso de integración será definido y caracterizado en virtud del objetivo que los Estados intenten alcanzar, y en función de ese objetivo se habrán de determinar los institutos jurídicos y políticos con que se le ha de dotar, a efectos de hacer realidad su concreción...” (13).

Las alteraciones en los patrones hasta entonces “normales”, indican que es tiempo de un replanteo de situación. Partir de lo preexistente para, a la vista de lo real y actual, reconceptualizar criterios, situaciones, esquemas, procesos, contenidos. Lo tenido por seguro, se difumina (14); lo envasado como estático, se dinamiza. El cambio es evidente, pero además, necesario. Propio del ser vivo. Evolutivo.

Si recordamos la necesidad de recurrir a los comportamientos humanos para comprender procesos estaduales, incluimos también su redimensión sobre los procesos de integración. Así, en “...la sociedad humana; [...] la integración actúa por primera vez. Hasta el momento, desde su fundación como especie, el actor humano no ha llegado a unirse en un único espacio social, en una sociedad universal. Lejos de ello, se ha formado una diversidad, constituido un mosaico de espacios sociales” (15).

(12) Término definido por la Real Academia Española (RAE) en el *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, como “Asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbioses sacan provecho de la vida en común”. El diccionario puede consultarse en línea en www.rae.es.

(13) ÁLVAREZ, E., “Derecho de la Integración y Derecho Comunitario”, en *Espacios Jurídicos, la primera red federal de derecho*, sitio dedicado a divulgar temas jurídicos. Puede consultarse en: http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftnref12.

(14) Término propio de la pintura. Técnica que se utiliza sobre los bordes de una selección para crear una suave transición entre la selección y lo que la rodea. Su enunciación en este trabajo es intencional, desde el punto en que grafica con precisión uno de los síntomas más visibles del fenómeno de la integración.

(15) PRIZZOLO, C., *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 26.

Ello indica que estamos ante un largo camino, el de la integración frente a la diversidad; el de armonización ante desencuentros. Pero un camino necesario para la supervivencia de la especie.

La estructura del presente trabajo tiene como objeto analizar la influencia del fenómeno de la integración, esto es, de los procesos de integración que avanzan en cada región, y lo que este avance significa para la figura del Estado de derecho. Se buscará estudiar la evolución de los elementos primarios y algunos conceptos jurídico-políticos más esenciales del modelo de Estado moderno. Luego, se contrastarán los cambios analizados con las teorías y realidades integracionistas; para finalmente proponer posibles respuestas ante los cambios que se nos presentan.

Comencemos. Pero antes, el gran interrogante, y del cual devendrán más cuestionamientos, es: ¿estamos frente a un cambio radical de modelo de Estado?, ¿un cambio de paradigma?; o ¿sólo basta con amoldar las estructuras existentes al desarrollo evolutivo de la realidad jurídico-política que se presenta, sin producir quiebres ni fisuras?

II. DINAMISMO EN LOS COMPONENTES CLÁSICOS DEL ESTADO

Cada proceso en la historia implica, —a grandes rasgos y por dar un encuadre—, un origen y antecedente, un desarrollo, y un producto final como resultado. Desde esta visión, al hablar de Estado como organización política hablamos de un antecedente y de un desarrollo histórico que determinaron alcanzar la estructura jurídico-política que conocemos, —el resultado—, compuesta de elementos básicos como lo son un territorio, una población y un gobierno que lo conforman, y de elementos que podemos llamar principios y conceptos complementarios de una formación estructural compleja que caracteriza a la modernidad, como la soberanía, la primacía, la ciudadanía.

Siguiendo este método, la idea es intentar reconocer si nos encontramos transitando el desarrollo de un nuevo y próximo “producto final”, o bien se trata de un *aggiornamento* o renovación del mismo proceso ya conocido. Esto es, si estamos frente a un nuevo modelo de organización política que supera al Estado moderno actual, con redefinición de conceptos, elementos, nomenclaturas, parámetros; o bien nos manejamos dentro de la misma organización “Estado de derecho” y sólo vemos situaciones que obligan cambios, pero que no logran romper la estructura matriz (aunque ello sea, en un futuro más lejano, parte del origen de un nuevo esquema).

Cierto es que la diferencia entre ambos planteos parece ser meramente enunciativa, ya que la evolución y progresión de cualquier proceso es innata a su condición de ser y existir, y la necesidad de adaptación o adecuación a la novedad es esencial para su permanencia y continuidad. Pero aún tratándose de una simple alteración en los rótulos a utilizar, así como hablar del Estado absolutista no es lo mismo que hablar de Estado de derecho; quizá tampoco sea lo mismo hablar de este último que hablar del Estado del siglo XXI, o bien de un *Estado Integrado*, entre otras posibilidades de identificación.

Si este cuestionamiento lo elevamos al plano de una hipótesis que sirva de piedra base para una nueva teoría del Estado, el primer paso consiste en identificar el objeto de inicio —Estado de derecho—, la coyuntura actual, los problemas que se plantean al confrontar la realidad con los esquemas doctrinarios preexistentes; para luego, en una segunda etapa, evaluar las variantes que serían necesarias aportar o incorporar para resolver los desajustes generados entre el dinamismo propio de la realidad de los hechos, y las rigideces de un esquema jurídico instalado como “vigente”; y finalmente así extraer las ideas y conclusiones que merezcan reconocimiento, y resulten de utilidad para enfrentar los avances de esta nueva etapa de desarrollo social y estadual.

Podríamos representarlo así:

[Objeto → Estado de Derecho + Coyuntura actual → nuevos factores de incidencia]

* posibles variantes/soluciones que amortigüen/resuelvan desajustes

= Nuevo formato de Estado / Nuevas estructuras jurídicas (¿?)

Y en ese esquema, a continuación enunciamos los elementos básicos (clásicos) del Estado de derecho así como sus principios y conceptos complementarios, en consonancia con los cambios que la actualidad exige, y sus alteraciones en el comportamiento diario de los Estados que hoy forman la organización política mundial, y en sí, la Comunidad Internacional.

1. Elementos primarios de una organización estadual moderna

Para interiorizarnos en la elaboración de una posible teoría sobre la aparición de un nuevo “formato” de organización política dentro de nuestro conocido “Estado de Derecho”, es menester partir de un sencillo análisis evolutivo de aquellos elementos principales que conforman la organización, para luego contraponer los rasgos que dan el perfil de cambio a las teorías político-jurídicas vigentes hasta nuestros días.

Para no caer en la confusión de identificar el Estado con el gobierno en una organización política, citamos brevemente la distinción que presenta parte de la doctrina y que establece que “...el Estado es una especie moderna del género que es la organización política global (...) La organización política global es una entidad dotada de un poder político supremo cuya titularidad le pertenece (...) En cambio, la expresión gobierno alude al conjunto de personas u órganos a los cuales se encomienda el ejercicio del poder político correspondiente a la organización global. El gobierno ejerce ese poder dentro de la organización...” (16).

Entonces, partiendo del vocablo “Estado”, “...hace aproximadamente quinientos años empezó a perfilarse en Europa occidental una forma nueva de organización: el Estado. (...) tuvo éxito en el Viejo Continente, fue exportada después a América y, progresivamente, se implantó en todo el planeta” (17).

(16) BADENI, G., op. cit., p. 15.

(17) VALLES, J., *Ciencia Política. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 83.

El Estado como forma de organización política echó raíces desde su aparición (18), presenta, desde entonces, rasgos evolutivos hasta completar los caracteres que hoy lo definen, y pasó por varias denominaciones provenientes de sus virtudes más salientes en cada contexto histórico.

Esos rasgos van desde el “Estado de Derecho” definido como aquel que “...consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del *poder*, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos...”; llegando hasta el “Estado social y democrático de Derecho”, donde “...se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de *participación política* y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar...”, cuya característica “...es la vinculación entre los contenidos sociales y los concernientes al *pluralismo*. La participación ciudadana es indispensable, tanto para ampliar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del *poder*...” (19).

Y ese Estado ya evolucionado es el que nuevamente advierte la presencia de factores exógenos que invaden su estructura, donde la vertiginosa actividad internacional impregna su formación dando señales de una necesaria remodelación de contenidos y esquemas.

En la búsqueda de alternativas para paliar los cimbronazos que la realidad internacional y regional representan, relucen cambios ya operados por el propio devenir de los hechos, manifestados en su esqueleto organizacional, y a los cuales la doctrina intenta clarificar desde el derecho y la política.

Hablamos entonces del territorio, la población, y el gobierno (20), como primarios elementos del Estado, definidos así por la doctrina jurídica desde su formación como unidad política de trascendencia y permanencia.

(18) La forma de organización a través del Estado moderno vino a dar pautas más limitativas y objetivas ante los excesos del modelo absolutista preexistente. Sin embargo, termina siendo el propio esquema de Estado de derecho el que habilitó en determinadas instancias, los excesos y abusos de los sistemas dictatoriales.

(19) Fragmentos de “Estado de Derecho”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), órgano auxiliar del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Tiene su sede en San José, Costa Rica. Puede consultarse en línea en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm.

(20) Aunque autores como BIDART CAMPOS establecen cuatro elementos: población, territorio, poder y gobierno, distinguiendo poder de gobierno por ser uno la “...capacidad o potencia disponible para desarrollar la actividad conducente al fin estatal del bien común público...”, en tanto el otro “...es el conjunto de personas que, como titulares del poder, y con calidad de gobernantes, ejercen el poder del estado...” BIDART CAMPOS, G., *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 40 y ss.

La idea no es entrar en análisis sobre la conformación de cada concepto específico jurídicamente hablando, sino echar un vistazo sobre su funcionalidad como elementos base en relación con los procesos de integración.

a. Territorio

“El territorio es el espacio geográfico sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global y que sirve de asiento a su población. (...) integrado por el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo, los buques y aeronaves que se encuentran sobre espacios libres” (21).

Si nos posicionamos frente a este elemento constitutivo del Estado de derecho, en un contexto vigente de procesos de integración en desarrollo y nos detenemos a contemplar unos instantes la realidad, emergen algunas observaciones oportunas a formular.

El territorio —delimitado por las fronteras políticas pactadas en cada proceso de formación— representa la hegemonía del Estado en su extensión geográfica. Sin territorio no hay Estado; y en esa línea, las fronteras marcan un límite trascendente y necesario para la estructuración de los Estados en el mapa mundial. Un límite que no fue sencillo pautar, y que trajo consigo el desarrollo de un sistema de frenos al poder y dominio de otras Organizaciones políticas, con miras a mantener un equilibrio y potenciar el respeto a cada Institución en sus propias jurisdicciones.

Así, uno de los efectos de la delimitación del territorio y, por ende, de denotación de soberanía radica en la aplicación y ejecución de los derechos internos. Éstos se aplican, bajo el principio general de territorialidad —con sus excepciones—, a lo largo de todo el territorio, siendo la norma suprema la imperante en todo sentido. Esta premisa se vio “retocada” con la incorporación del derecho internacional, y con mayor implicancia en los Estados que decidieron dar reconocimiento a la comunidad internacional, a través de la aceptación de una postura teórica “monista” del derecho.

La relevancia del derecho de gentes implica, entre otras, una ampliación “abstracta” del territorio del Estado a través de la obligación que asumen los países de respetar los principios que la Comunidad Internacional preceptúa, en particular aquellos derivados de la garantía del estándar mínimo de protección de derechos humanos más allá de fronteras y nacionalidades.

La evolución de dichas circunstancias dio y da trabajo a los constitucionalistas e internacionalistas que trabajan en vías de conciliar ambos carriles normativos basados, principalmente, en la integridad institucional y el respeto de los derechos humanos.

Ahora bien, a esta situación ya “alterada”, considerando como inicial la versión del Estado moderno decimonónico, se suman hoy nuevas complejidades. El

(21) BADENI, G., op. cit., p. 23 y ss.

fenómeno de la integración presenta matices que inciden en los territorios delimitados de los Estados de manera lenta, pero a niveles de impregnación.

El derecho de la integración, entendido como “el conjunto de normas que rigen una ‘comunidad’ internacional, es decir, una organización de características especiales, relacionadas con algún grado de participación en la soberanía de los Estados” (22), —derivado del derecho internacional general—, representa en la figura de los Estados el desarrollo de una actividad de relación que genera a la vez derechos, obligaciones, consecuencias y responsabilidades. Esas relaciones se materializan en tratados, acuerdos, negociaciones, que habilitan en la práctica la organización de actividades (en su mayoría económicas) entre distintos Estados que son parte de una misma región. Esos actos jurídicos emitidos permiten ampliar el campo de acción de los sujetos implicados, generando una extensión en abstracto del territorio sobre el cual tendrán vigencia las pautas de comportamiento fijadas.

Sobre este punto, corresponde diferenciar entre los procesos de integración que se expanden por Latinoamérica y un proceso integracionista supranacional como la Unión Europea.

Para los primeros nos mantenemos en el propio derecho de la integración, donde las relaciones se establecen conforme el derecho internacional general basadas en la cooperación, la coordinación y la asociación entre los Estados. Aquí, las relaciones entre los países de un mismo bloque se manejan en el ámbito de las buenas relaciones exteriores, donde cabe incurrir en responsabilidad internacional ante un incumplimiento, pero no se alcanza una producción normativa regional que sea aplicable directamente por igual sobre los territorios de los Estados parte.

En el caso del espacio supranacional, el territorio de cada Estado se va expandiendo idealmente con más fuerza por toda la región sobre la cual se aplica el derecho comunitario. Al encontrarse en una etapa avanzada, donde la libertad de circulación y la supresión de fronteras interiores son aceptadas por un grupo grande de Estados, y donde el derecho comunitario derivado es aplicado y efectivo en los distintos países, es más visible la integración territorial que se genera en las relaciones diarias, en la práctica cotidiana.

Ello no quiere decir que al suprimir fronteras cada Estado dé por olvidado cuál era su territorio geográfico de pertenencia. Si no que se trata de una proyección del territorio como una nueva figura de composición de un mapa multicultural que se está rediseñando.

En resumen, sosteniendo una política estadual de empuje hacia el desarrollo de espacios integrados de manera “comunitaria”, nos encontramos con una de las principales consecuencias de la impregnación de este fenómeno, que es la *difuminación de fronteras*, la pérdida de nitidez entre cada división política firmemente marcada varios años atrás; lo que debilita la rígida delimitación de los territorios y da lugar a nuevas situaciones prácticas diarias vinculadas con la

(22) NEGRO, S., op. cit., p. 23.

libertad de circulación, el trabajo, la garantía de respeto de derechos, e intercambios múltiples, incluso idiosincrásicos.

b. Población

“La población es el ingrediente humano sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global” (23). Es el “conjunto de personas que, en convivencia, componen nuestra sociedad, formada por nacionales y extranjeros” (24).

Es otro de los elementos necesarios para hablar de un Estado y que implica a su vez, la existencia de varias clasificaciones en función de las composiciones específicas que cada población presenta (desde la sociología, la biología, la economía, las ciencias jurídicas).

Pero más allá de las caracterizaciones y estereotipos, se trata del elemento “vivo” de un Estado, conformado por la propia diversidad humana que agrupada en un mismo territorio apela a una idiosincrasia común, una igualdad jurídica extendida, una cultura nacional, que se sostienen a través de las políticas públicas que el gobierno adopte. Nos estamos refiriendo al componente humano, y no a su encuadre jurídico según la naturaleza del vínculo, es decir, nacionalidad-ciudadanía.

Los acontecimientos históricos que durante el siglo XX fueron forjando “poblaciones”, delimitadas nítidamente por fronteras instauradas en los procesos de formación; (donde también se crearon forzosamente grupos sociales predestinados a convivir con diferencias culturales de esencia —como el caso de la ex Yugoslavia— soslayando así la verdadera inmanencia de cada población distintiva una de otra); llevaron a la organización estructural de la población que se vislumbra en un planisferio.

Sin embargo, siguiendo la línea planteada en el trabajo, el componente poblacional de un Estado también comenzó a trastocar su formación originaria, al avanzar en el concierto de las relaciones internacionales y con la aparición afluente de tratados multilaterales que comprometen el comportamiento del Estado y, en consecuencia, el de su población, como elemento de su génesis.

El desarrollo de tácticas comerciales entre los países fue dando lugar a un flujo continuo de comunicaciones que parten desde las esferas del Gobierno y alcanzan, en algunos campos, las actividades cotidianas de los particulares.

El auge del derecho internacional fomenta el dinamismo de los vínculos exteriores de un país. Los procesos de integración avanzan en la complejidad de las relaciones, y dan lugar a un nuevo y más intenso intercambio poblacional entre Estados vecinos que intentan formar un bloque regional.

Si bien los rasgos clásicos de cada sociedad estadual son difíciles de ocultar, (sobre todo al momento de exaltar las diferencias entre vecinos), la población

(23) BADENI, G., op. cit., p. 17.

(24) BIDART CAMPOS, G., op. cit., p. 31.

de un Estado en proceso de integración se ve alterada por varios aspectos concurrentes. Hablamos así de los intercambios de personas, mercaderías, bienes y servicios que con mayor fluidez se practican en una región; las mezclas culturales que resultan de los traslados de residencias; la difuminación de fronteras; el mayor acceso a los recursos de otras poblaciones vecinas; la equiparación de conceptos e ideas y la búsqueda de un acervo común pluricultural; la armonización normativa de la región, en busca de la unificación de objetivos por bloque; etc.

La evolución de la regionalización trajo, además, el interés por la exaltación y el respeto de los derechos humanos en los sistemas democráticos. La preservación de los estándares de derechos garantizados en cada país se convirtió en requisito de admisibilidad a la hora de integrar un mismo grupo de intereses. Este compromiso irradió sus efectos sobre la población, que se identifica con esquemas jurídicos de acceso a la igualdad ante la ley más allá de su situación geográfica. El reclamo de protección y respeto excede la esfera del Estado y se traslada a la comunidad internacional, donde la ley se vuelve universal —y aún más regional— y resulta aplicable a una población más extensa, de fronteras debilitadas; independientemente de los mecanismos internos que cada país depare para volver aplicable el derecho para con sus nacionales.

Más allá de considerar las ventajas o desventajas del rumbo integracionista de los Estados Latinoamericanos, cierto es que el elemento “población” no se identifica con la misma esencia que caracterizó a las sociedades del siglo pasado. Desde la explosión de la era de las telecomunicaciones, la idiosincrasia de un Estado se ve compelida a abrir puertas a una cultura de la diversidad, donde puede quedar inadvertido lo propio para confeccionar un modelo de sociedad sin muchas identificaciones más que la característica de no ser justamente propio.

c. Gobierno

“El poder político es una energía que se traduce en la relación de mando y obediencia, global y suprema, que tiende a establecer un orden sociojurídico y una organización sobre la base de la idea política dominante en la sociedad” (25).

Parte de la doctrina distingue el poder como elemento abstracto, del gobierno o poder político constituido por los funcionarios que ejercen ese poder materializado en la actividad de la Administración Pública (26).

A los fines de contemplar las consecuencias de ser parte necesaria en un proceso de integración, aquí cabe utilizar cualquiera de las denominaciones doctrinarias. Es decir, sea desdoblando el elemento “poder” del “gobierno”, o bien agrupando a ambos en un término unívoco, —como sería en nuestro caso “gobierno”. El objetivo es destacar algunos síntomas que la regionalización provoca en su paso por las estructuras elementales de los Estados que se involucran.

(25) BADENI, G., op. cit., p. 19.

(26) BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1992, T. 1, p. 122, analiza la estructura del Estado y sostiene que “Nuestro estado se compone de los cuatro elementos que integran a todo estado, a saber: *población, territorio, poder y gobierno*” (el destacado en el original).

Nos situamos en los sistemas donde el gobierno adopta un régimen democrático, ya que éste es uno de los requisitos que se reconoce como necesario cumplir al momento de conformar una unión regional (y luego continuar en ella).

En la formación del gobierno como tercer elemento de la organización estatal, la coyuntura internacional indica el rumbo a seguir, las medidas a adoptar, las presiones a soportar, los factores requeridos para la subsistencia en el sector. Al igual que los demás componentes de un Estado, el gobierno ve alterada su autonomía e independencia en la toma de decisiones sobre el curso del país que lidera, por ser parte de una sociedad dinámica y fluida, que admite su convivencia en una comunidad globalizada. Ello genera conflictos o tensiones entre las medidas internas que un gobernante decide adoptar, y las directrices que la comunidad internacional interprete como válidas y obligatorias para su aplicación en los Estados.

Como ya mencionamos, la trascendencia del derecho internacional dada por los propios regímenes ahonda en el comportamiento natural de los sistemas vigentes. Estos condicionamientos tendrán a su vez mayor fuerza cuanto más se avanza en un proceso de integración. Y la integración, como fenómeno, muestra su implicancia con más nitidez en la esfera del poder.

Recordemos que el Estado está formado por personas, grupos sociales que trasladan sus atributos de humanidad a la formación que integren; y así los Estados presentan características propias en virtud de su conformación humana. Siguiendo la proyección, los Estados, al momento de crear alianzas entre pares, adoptarán comportamientos acordes a sus composiciones internas. Y es en el ámbito del poder donde se materializa la inclinación que cada gobierno quiere o puede alcanzar.

En consecuencia, los gobiernos de los Estados son los que marcan el grado de compromiso o integración, influenciados por sus propias características morigeradas por los factores exógenos que las moldean.

Los procesos de integración latinoamericanos en desarrollo están regidos por un derecho de coordinación con estructuras de poder intergubernamentales donde no se desprenden competencias, donde la voluntad de los Estados manifestada por sus gobiernos rige la aplicación de los tratados acordados; de manera que la influencia de la integración sobre los gobiernos se ve reflejada en la toma de decisiones respecto de las relaciones internacionales y regionales, cayendo bajo la órbita de la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de lo pactado.

Por el contrario, en el espacio de derecho comunitario, —más avanzada la integración, mayor implicancia—, ante la delegación de competencias y el traslado de porciones de “poder” (entendido como acceso para el ejercicio de la competencia atribuida) el elemento gobierno adquiere una nueva formación. Un desprendimiento de su materia que se configura en la aparición de instituciones *sui generis* destinadas a regular ámbitos que le pertenecían originalmente al Estado desde su conformación como tal.

En abstracto, sería una extensión del gobierno local por sobre las instituciones (una suerte de “gobiernos”) del Espacio Integrado, bajo el amparo de la supranacionalidad.

2. Conceptos político-jurídicos en metamorfosis

“¿Por qué cambian las estructuras políticas? ... A lo largo de 10.000 años de experiencia política, los humanos se han organizado de maneras diferentes: desde elementales mecanismos de arbitraje y de presión para resolver disputas vecinales hasta la complejidad de las grandes organizaciones internacionales que se ocupan hoy de gestionar los grandes conflictos planetarios y que implican a estados, empresas transnacionales, movimientos sociales y medios de comunicación. (...) la *tradición no es capaz de fijar para siempre las estructuras políticas...*” (27).

Si nos ubicamos frente a este planteo, es posible hacer un análisis de las características propias de cada organización política según su acontecer en la historia. Pero lo destacable para analizar es el alcance de la formación “Estado”, para luego continuar evolucionando hacia un nuevo esquema de organización en el cual entre sus características relevantes encontraríamos la existencia de un mecanismo “fuelle” conector con otras organizaciones también evolucionadas.

Así como los elementos del Estado se ven afectados por los síntomas de la integración, necesariamente los conceptos tradicionales de su estructura también sufren alteraciones. Ello conduce a plantear interrogantes sobre la actualidad del Estado moderno su necesaria adecuación a la realidad, la posible metamorfosis en un nuevo sistema de organización, o bien, su desaparición definitiva.

Al igual que no es para “siempre” una organización política, los modelos que convencionalmente se crean a lo largo de la evolución doctrinaria tampoco son eternos. A la vez, la seguridad y el respeto por las instituciones estarán garantizados por la rigidez y claridad de su composición y su organización.

Quiere decir que para embarcarse a modificar conceptos, términos o definiciones, es preciso mantener un equilibrio y regirse por la razonabilidad y la proporcionalidad.

Y al hablar de cambios radicales entendemos necesario advertir la existencia de acontecimientos de tal envergadura que generen una ruptura o quiebre, y un consecuente cambio de paradigma. Los cambios se van dando en la praxis, y la metamorfosis gradualmente se va concretando.

Los rasgos más distintivos que permitirían introducir la idea de cambios de base surgen de la supervivencia y desarrollo del esquema europeo, en su versión supranacional.

“El Estado de base nacional que surgió en la Edad Moderna perdura hasta los días de hoy. Sin embargo, a partir de él, con base en él, mas en superación a él, a

(27) VALLES, J., op. cit., p. 74 (el destacado es propio).

lo largo de la Edad Contemporánea, se desarrolló una progresiva relativización de la Soberanía, que está culminando en el presente con la constitución de la Comunidad o Unión supranacional, en Europa, cuya fuerza cultural todavía es la locomotriz de la civilización occidental. Así como los feudos se globalizaron en Estados nacionales, ahora en la evolución europea el proceso de unión continúa con la globalización de los Estados nacionales en comunidad supranacional (BARRIOS: 2005). Ese proceso se desarrolla originándose y basado en la formación de un mercado común, antes suprafeudal y ahora supranacional” (28).

Si bien a la fecha no hay concretada una unión política como la esperada, las interferencias entre los Estados en ese plano se dan en la praxis más allá de los rótulos teóricos.

a. Soberanía

En primer lugar enunciamos el concepto “soberanía”. Se trata de un término absoluto, “que no tiene superior a él”. Como atributo del Estado, es una concepción que tiene por mira afirmar la total independencia del Estado frente a las naciones extranjeras y al mismo tiempo, que dentro del Estado no hay otro poder superior a él.

Sin entrar en su extenso desarrollo histórico-doctrinario, “el concepto de Soberanía aparece definitivamente concebido por Jean BODIN, en su obra *Los seis libros de la república*, de 1575. Fue un concepto elaborado en un determinado momento histórico, cuando se producía la afirmación de la monarquía absoluta como régimen de gobierno capaz de asegurar la paz social, tanto frente a las guerras religiosas como delante de potenciales invasores o poderes externos...” (29).

En su génesis la voluntad del soberano era ilimitada, indivisible, inalienable. Pero con la aparición de las teorías contractualistas se instaura la fijación del poder en manos del pueblo: soberanía popular. Se admite un cambio en su titularidad por el pueblo, quien delega el ejercicio de sus atributos en el Estado, a través de sus representantes.

Conforme lo demostró el devenir de la historia, el reparto del poder del Estado es necesario para evitar la acumulación en una sola mano que pueda ejercerlo de manera despótica. Para ello, debe distribuirse el poder de tal forma que suponga un equilibrio y un contrapeso. La división de poderes y su adscripción a instituciones diferentes es garantía, según MONTESQUIEU, contra un gobierno tiránico y despótico.

La constante evolución del derecho, los aportes jurisprudenciales y el reconocimiento de la incorporación del derecho internacional implicaron ratificar la flexibilización del término “soberanía”, para luego admitir la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados. Dicha flexibilización

(28) CRUZ, P., “Soberanía y Transnacionalidad: Antagonismos y Consecuencias”, en *Revista Jurídicas*, Universidad de Caldas, Manizales, 2010, vol. 7, N° 1, pp.13-36. Puede leerse en línea en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3360731>.

(29) CRUZ, P., op. cit., p. 19.

consiste en abandonar la noción absoluta de soberanía aceptando los límites que el contexto internacional le presenta.

Se produce un desdoblamiento del poder soberano de los Estados. Se trata, por un lado, de exaltar la soberanía de los Estados, mientras que por el otro, de aceptar un orden jurídico internacional.

Luego, para dar lugar a un proceso de integración, la soberanía obligadamente ha tenido que variar su definición clásica, ya que el fin último de la integración regional es la unión de distintas soberanías estatales en un espacio comunitario.

Algunos autores mencionan la necesidad de abandonar por completo la utilización del término soberanía, ya que por su naturaleza, aún flexibilizada, no permite continuar con el desarrollo de los procesos de integración. En la esfera interna, sostener este concepto y a la vez integrarse, genera contraposiciones difíciles de superar. El derecho constitucional y el derecho de la integración buscan vías de escape para no quebrar la jerarquía interna por un lado, ni el proceso de integración por otro.

“Este proceso de extinción de la Soberanía está (...) vinculado con la extinción del propio Estado Constitucional Moderno. Tanto es así, que en el ámbito político ya existe una contradicción, o una brecha, entre la idea de Estado Constitucional Moderno Soberano, por un lado, y la realidad de un mundo multipolar por el otro, en el cual se produce una creciente transnacionalización de los procesos de decisión política. Toda vez que prevalece la idea de un organismo internacional sin que haya la hegemonía de una Nación o de un grupo de naciones estamos, y verdaderamente, superando el concepto de Estado Constitucional Moderno, cuyo atributo principal es la Soberanía, que tiene dificultad para convivir con la idea de un sistema transnacional” (30).

En conclusión, el concepto soberanía está generando uno de los grandes cortocircuitos desde la óptica de la integración, con miras hacia la supranacionalidad. Y por el contrario, se presenta como la herramienta que garantiza la estabilidad de la hegemonía del Estado moderno.

Si bien se trata de un concepto adoptado de la historia del absolutismo, su adecuación a los Estados modernos dio lugar a que la noción “soberanía” impere la era de la modernidad. La misión es intentar traspasar a una postmodernidad que, o bien admita nuevas alteraciones conceptuales del término, o bien lo erradique reemplazándolo por términos que reflejen la realidad jurídica de un momento integracionista de la historia.

b. Primacía

Para abordar el concepto de “*primacía*” conviene distinguirlo, desde el inicio, del término “*supremacía*”. El primero será definido como una de las características propias del derecho comunitario, mientras que el segundo es aplicable a las constituciones de los ordenamientos jurídicos de cada Estado de derecho.

(30) CRUZ, P., op. cit., p. 20.

La *primacía*, entonces, es una de las principales características del derecho comunitario y su aparición va unida al reconocimiento del efecto directo (31). Definida como “una característica absoluta y la condición existencial de la propia Unión (...), la existencia misma de la integración” (32), establece que “un Estado miembro no podría alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, incluso constitucional, para justificar la falta de respeto a las obligaciones y plazos resultantes de una norma de la Unión” (33), constituyéndose así en requisito existencial del derecho comunitario, que se deriva de la especial naturaleza de dicho ordenamiento, y le hace prevalecer sobre la totalidad de los ordenamientos nacionales. Este principio no sólo rige en las relaciones entre los *Estados* e instituciones, sino que también se impone a los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deben inaplicar una norma nacional que se presente como contraria a una disposición comunitaria, aún siendo posterior su creación. En consecuencia, ante un conflicto entre una norma nacional y una norma comunitaria, habrá que aplicar la norma comunitaria.

Sin embargo, conviene reconocer que en el ámbito del derecho internacional, la primacía también aparece como característica de dicho ordenamiento, aunque su repercusión y funcionamiento no presentan la misma eficacia ni consecuencias. Es decir, al analizar las relaciones entre el derecho interno de los Estados y el derecho internacional, este último tiene primacía por sobre las normas internas, siempre que se acepte, vía constitucional, una teoría monista del derecho, de manera que permita reconocer a las normas de derecho internacional como parte del ordenamiento jurídico y las ubique con una jerarquía superior a las leyes, en la estructura piramidal del orden interno.

Aún así y reconocido por la mayoría de los Estados, al tratarse de un derecho de coordinación el derecho internacional no avanza sobre el efecto directo ni la aplicación inmediata de sus normas, quedando en una mera expresión de jerarquías que, como máximo, generará responsabilidad internacional al Estado que no decida respetar esa primacía por sobre el derecho interno.

Si lo expuesto lo trasladamos al objetivo perseguido, se deja en evidencia una vez más que el avance y desarrollo de los procesos de integración alteran la composición del Estado de derecho del siglo XX. Aquí también se refleja cómo la preeminencia del derecho internacional en el devenir de los Estados fue marcando una ruptura en su constitución interna, generando un espacio de apertura para el derecho “de fuera”. Esa apertura se convierte en reestructura, cuando aparece el derecho comunitario. Así, según el grado de integración que se desarrolle en una región, mayor será la implicancia del derecho internacional y del derecho de integración en el derecho interno de los Estados parte. Y a su vez, cuando se avanza

(31) El cual “consiste en que sus normas [...] también crean derechos y obligaciones para las personas, instituciones, etc., comprendidas dentro de su ámbito de aplicación”. GONZÁLEZ, F., en SOTO, A. y GONZÁLEZ, F., *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 150.

(32) MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 390.

(33) MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., op. cit., p. 394.

en la integración, y se traspasa a una organización supranacional, la interferencia es tal que hasta modifica jurídicamente el ordenamiento interno.

Ahora bien, en el derecho interno de un Estado, siguiendo las características propias del derecho constitucional y en un esquema piramidal, la ley suprema —constitución— tiene jerarquía superior a todas las normas que constituyen el ordenamiento jurídico de ese Estado; en consecuencia, la supremacía de la constitución “significa que dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado”, y “revestida de *superlegalidad*, obliga a que las normas y los actos estatales y privados *se ajusten a ella*” (34). Ello quiere decir que toda norma derivada del funcionamiento de los órganos del Estado, incluido el derecho internacional, deben respeto a la máxima Norma, la constitución, que es ley suprema de todo el ordenamiento jurídico.

A partir de la *supremacía* de la constitución, se estructura jerárquicamente el orden jurídico interno. Y en esa estructura jerárquica se incorpora tanto el derecho internacional, como el derecho comunitario, para el caso de la Unión Europea. Pero en todo momento, la norma fundamental, la que organiza, estructura, ordena, jerarquiza, habilita, es la constitución.

En resumen, tenemos por un lado, el principio de la primacía del derecho internacional y del derecho comunitario específicamente; y por otro, la supremacía de la constitución en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Si bien ambos son conceptos autónomos, al coexistir sobre un mismo ámbito de aplicación, producen tensiones y planteos sobre su funcionalidad en los sistemas nacionales e internacionales.

La evolución de la integración dio lugar a la existencia del derecho comunitario. Éste, dijimos, cuenta con la característica de primar por sobre el derecho interno de los Estados involucrados. Ello genera en algunos casos una tensión entre lo que disponga la constitución del Estado y lo que pueda disponer una norma derivada del ámbito comunitario. Así, cuando el conflicto se instaura entre una norma comunitaria y la constitución del Estado, el problema se traspasa a la génesis y sentido tanto del Estado como de la organización supranacional. La discusión se instaura entre sostener la supremacía de la constitución, de manera que ésta es quien habilita al derecho comunitario a entrar en su ordenamiento interno y provocar efectos; o bien sostener que, al haber cedido competencias el Estado haya aceptado acatar un ordenamiento comunitario incluso aún por sobre su constitución.

Se trata de un planteo que presenta grandes dificultades porque, en todo caso, se produce una suerte de tambaleo de los cimientos de los Estados de derecho. De todas formas, aún está primando que la constitución nunca deja de ser suprema, siendo ella la que permite la existencia de la primacía de un nuevo ordenamiento dentro de su propio ordenamiento. No se admite aún “una con-

(34) BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 35 (el destacado en el original).

cepción de 'primacía supraconstitucional' que convertiría en irrelevante desde el punto de vista jurídico cualquier situación de ofensa a la norma o principios constitucionales" (35).

c. *Ciudadanía*

Para finalizar es necesario dar un lugar al concepto "*ciudadanía*". También es un concepto modernizado por las realidades internacionales contemporáneas. Si bien se trata de un estatus reciente en el mundo jurídico, y que se actualiza día a día, la noción de una ciudadanía complementaria que vincula al individuo con un bloque regional o comunidad integrada, por sobre la comunidad de su propio Estado, es una revelación en la materia.

Así, una misma persona genera un vínculo de pertenencia con su propio Estado del cual es nacional, pero a la vez, lo hace de igual manera con una organización internacional conformada por varios Estados. Esta situación genera para la persona, en el ámbito regional, la dupla derechos-obligaciones que podrán ejercerse en la medida que el proceso de integración avance y formalice los mecanismos necesarios tanto para hacer efectivos los derechos, como para generar las obligaciones.

Se trata de un aspecto jurídico complejo que amerita un análisis más profundo y extenso, mas aquí nos limitamos a enunciarlo y encuadrarlo dentro de los conceptos que necesitan evolucionar en torno a la realidad contemporánea.

El reconocimiento de la ciudadanía en los procesos de integración deviene del camino andado por las organizaciones internacionales, a través de la suscripción de acuerdos, firma de tratados, aprobación de normativa de integración, etc., cuya finalidad intrínseca debe ser el bienestar y respeto de los individuos. Si bien tiene un origen en la práctica misma de los procesos de integración, teniendo como modelo a los convenios suscritos entre los Estados sociológica e históricamente más vinculados, su incorporación con mayor relevancia se enmarca en el desarrollo del respeto de los derechos humanos en los Estados democráticos. La aprobación de un Estatuto de Ciudadanía suele ser el procedimiento formal para su existencia jurídica en el proceso regional ya creado.

En este aspecto, la incorporación, respeto y garantía de los derechos humanos en la región toma mayor fuerza al dar lugar a una ciudadanía del Espacio Integrado, donde los valores y principios democráticos se buscan armonizar en todos los Estados parte, generando un estándar mínimo más integral.

Entonces, del concepto clásico de ciudadanía, remarcado por el derecho internacional general, se extiende el concepto de una ciudadanía ampliada que abarca derechos y libertades por sobre las fronteras nacionales, así como también obligaciones y responsabilidades.

Otro concepto propio de los Estados modernos que presenta repercusiones por la impregnación del fenómeno de la integración. Y su relevancia en el acon-

(35) PIZZOLO, C., *Derecho e Integración regional*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 132.

tecer diario de los individuos que conforman el Espacio Integrado indica que su evolución es necesaria y apresurada.

La implicancia del nivel de integración alcanzado por el bloque es proporcional al grado de desarrollo de la ciudadanía complementaria. Esto es, cuanto más evolucionado esté el proceso de integración, más evolucionada estará (o deberá estar) la ciudadanía como complemento jurídico necesario de las poblaciones para su desarrollo, garantía y protección de sus derechos.

Ahora bien, para dar realidad concreta al ejercicio de una ciudadanía regional, el proceso de integración tendrá que presentar signos de madurez y crecimiento, mediante el fortalecimiento de las relaciones entre sus miembros, y la estructura más sólida de sus instituciones, incluyendo la institución de representación ciudadana (Parlamento) y la institución para el control del derecho de integración (Tribunal de Justicia).

III. LA INFLUENCIA DE LA CRECIENTE FUERZA INTEGRACIONISTA SOBRE EL ESTADO

Analizadas algunas de las alteraciones transitadas por los elementos que componen un Estado de Derecho, vemos que la adecuación del Estado desde la ciencia jurídica es inevitable ante el fenómeno de la integración y los formatos integracionistas que imperan las regiones.

Los efectos de la evolución tecnológica, la revolución de las telecomunicaciones y la globalización, se sienten aún en los conceptos más rígidos que se creían invulnerables. Esos avances permitieron la intromisión de otras miradas por sobre lo que dentro de un Estado ocurría, y forjaron un camino de apertura hacia el derecho internacional que fomentó el reconocimiento de tratados internacionales que recogen preceptos básicos de convivencia entre pares, entre Estados.

Asimismo, la globalización, como fenómeno del nuevo milenio, comprendió también "...la protección universal de un conjunto de derechos básicos, inherentes a la persona humana, contenidos en instrumentos internacionales ratificados por la mayoría de los países, cuyas cláusulas son aplicadas incluso con preeminencia a la legislación interna" (36).

En los tiempos actuales, desde los años '60, la necesidad de ser parte de un bloque regional que aúne esfuerzos en pos de superar diferencias y trabajar hacia una comunidad integrada es más acentuada día a día. Ello nos obliga a replantear el papel del Estado fronteras hacia afuera y a consolidar la posición que necesitamos sostener ante la comunidad internacional que se reorganiza.

El fenómeno de la integración avanza sobre los Estados y las regiones como magma que va recorriendo e impregnando las superficies, dejando rastro y remodelando en virtud de sus propiedades.

(36) ROJAS, R., *Los Derechos Fundamentales y el Orden Jurídico e Institucional de Cuba*, Fundación Cadafal: Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005, p. 7.

Cabe recordar que Latinoamérica es una región joven a la luz de las experiencias europeas, con ánimos de crecer como región y avanzar hacia la puesta en común de determinados criterios que lleven a los Estados a compartir ámbitos de desarrollo que permitan actuar y negociar en bloque, presentarse como mercado común frente al mercado mundial, maximizando el aprovechamiento de los recursos disponibles en la zona. Y que las ambiciones en la búsqueda de armonización de la normativa interna se orientan cada vez más a transitar por nuevas áreas como cultura, salud, derechos humanos, consumidores y usuarios, entre otras, superando el campo exclusivamente económico.

El fenómeno de la integración se está desarrollando. Es una fuerza de empuje que consigue el movimiento o desplazamiento de piezas que hasta entonces eran estratégicas en la organización mundial. Esa fuerza se expande y extiende por todas las regiones, perdiendo energía o cobrando vitalidad según el receptor local.

La adecuación, cambio, o reorganización de elementos originarios de los Estados deviene imperativa como consecuencia del fenómeno del siglo XXI. Integrar es un paso más luego del reconocimiento de las implicancias del derecho internacional; un paso de complejidad que comienza a penetrar en las ideas de los sujetos que componen una sociedad, que necesitan “integrarse” para la supervivencia de la especie.

Así, planteando la necesidad de reacomodar parámetros, pueden pensarse caminos a transitar desde el Estado soberano hasta llegar a conformar un espacio regional, advirtiendo cuáles deberían ser los objetivos del Estado en esa regionalización, y qué requisitos mínimos de comportamiento se esperarían en su actuar.

1. De la existencia del Estado soberano a la formación de un espacio regional

Hemos visto que en nuestros días existen nuevas formas de relación entre los Estados. Sea que sirva de alteración en la conceptualización del término “Estado” o se trate de un sujeto internacional *sui generis*, el tiempo y los hechos nos darán la respuesta. Más aún, los dirigentes de los países se encuentran compelidos a reaccionar, con ritmo y con cautela a la vez, ante los cambios que conlleva la globalización, ante los movimientos de la sociedad actual y ante los requerimientos y desafíos de las grandes potencias del mundo.

Así, “los países latinoamericanos, a partir de la década del sesenta, iniciaron una política de integración económica como medio de responder a los desafíos del mundo exterior y al estancamiento en que habían caído sus respectivas economías” (37); lo que en nuestro país se traduce, en primer término, en la firma del Tratado de Montevideo (1980), constituyendo la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y, posteriormente, en la firma del Tratado marco que da nacimiento al MERCOSUR, llamado Tratado de Asunción (1991).

(37) BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1999, pp. 576/577.

En lo que respecta a Europa, su fecha de inicio se localiza en un período comprendido entre el final de la Segunda Guerra Mundial y el comienzo de la década del '50.

Los caminos evolutivos presentan grandes diferencias según nos situemos en América o Europa. Pero en ambos casos, entendemos, se trata de un mismo fenómeno integracionista, en todo caso desfasado, que da empuje y compele a los Estados a innovar en la participación de procesos regionales. Quizá uno de los preceptos a considerar al analizar el progreso de cada proceso esté vinculado a la madurez o crecimiento del Estado a integrar, tanto desde el perfil del ciudadano que lo compone como de la madurez en la convivencia, de sus estructuras internas, de su legislación, de su relación con sus pares.

Lo cierto es que la realidad imperante consiste en agruparse, pero en una agrupación más consciente y sentida, de manera que se logre la “integración” de las partes hasta conformar un nuevo “todo” (38). Es avanzar más allá de la armonización y coordinación de sujetos y normas: crear nuevos espacios, distintos a los preexistentes, pero con componentes característicos de cada integrante, ajustando el comportamiento a las variables coyunturales del momento.

Luego, estas ideas podemos aplicarlas gráficamente, —proyectando el eje sobre la realidad política y jurídica actual—, en las figuras de los Estados modernos, soberanos, pares e individuales a la vez, impulsados a vincularse entre sí con el primer objetivo de construir un nuevo esquema, espacio, estructura institucional; unificando componentes, apostando a la creación en la diversidad y también a la maximización de recursos y beneficios. Formar un espacio común por regiones. Suena complejo.

a. Ser parte de un espacio regional

Con la idea de encaminar la temática al pensamiento de una posible teoría de “transformación” del Estado, derivada del fenómeno de la integración en crecimiento, incipientemente se podría establecer un sistema de pasos-procesos que el Estado avanza desde el modelo absolutista hasta alcanzar un modelo supranacional.

Podemos plasmar la idea (39) de esta manera:

1º. Estado soberano absoluto	Indemandabilidad; inaccesibilidad por la ciudadanía.
2º. Estado moderno	Desarrollo del derecho administrativo; teoría del órgano; responsabilidad del Estado.
3º. Estado inserto en la Comunidad Internacional	Responsabilidad internacional; tratados internacionales; cooperación; principios de igualdad soberana y de no intervención en asuntos internos.

(38) RAE “Integrar”: “Dicho de las partes: constituir un todo. Completar un todo con las partes que faltaban”.

(39) Se trata de un primer esquema de pensamiento propio, a la hora de satisfacer a la necesidad de adoptar las transformaciones actuales, configurarlas y darles vida jurídica.

4°. Estado integrado con vecinos	Procesos de integración; bloques; uniones regionales; armonización y unificación legislativa.
5°. Organización supranacional	Cesión de competencias; aparición de instituciones y de normativa supranacionales; desvanecimiento de las fronteras exteriores.

En resumen, del régimen absolutista se logra avanzar hacia la formación “Estado moderno”, o Estado de derecho, con instituciones que lo organizan, con procesos de legitimación, con un proceso constitucionalista de por medio que permite obtener, luego de años de evolución, el modelo de Estado vigente hoy en día.

Se configura así el esquema “Estado moderno”, con soberanía del pueblo, democracia representativa, instituciones legitimadas, etc., que se enfrenta luego a procesos de integración que instan al modelo de Estado soberano a “integrarse”, ceder su posición de “estadio superior” para amalgamarse con otros Estados y organizaciones cooperando para la concreción de fines comunes.

Entonces, el Estado que se caracterizaba por dictar y hacer cumplir sus propias normas, hoy tiene que aceptar cumplir él mismo normas externas, oriundas de otras instancias —superiores o pares— con que coexiste en ámbitos regional e internacional. Esta aceptación implica el reconocimiento de existencia de otro “órgano de poder” que, o bien en paridad o por superioridad, modifica el curso de las políticas del Estado, y, en sí, su esencia.

Uno de los roles del Estado en este siglo XXI será el reaccionar ante esa necesidad actual de generar espacios regionales comunes, para reinsertarse en el mercado mundial y evolucionar en una política común, dejando atrás ciertos individualismos propios de una era de invasiones, conquistas y dominios.

Más allá de la doctrina que sigamos, lo cierto es que las relaciones jurídicas entre los Estados de la comunidad internacional se diferencian en relaciones de coordinación y relaciones de subordinación, entre otras clasificaciones. Las primeras son las que rigen el derecho internacional general, mientras que, a raíz de la evolución de los roles de los Estados actuales, las segundas han comenzado a darse en ámbitos más avanzados, llegando a diferenciar al derecho de la integración como generalidad, del derecho comunitario como especialidad (40).

Para receptar e incorporar la variante derecho de la integración, los Estados han tenido que amoldar sus estructuras comenzando por internalizar la idea del cambio. La búsqueda por legitimar la “regionalización” de los Estados a los ojos del constitucionalismo aún se encuentra en pleno proceso. Las teorías sobre la armonización y modernización del término “soberanía” son vastas y están orien-

(40) Es posible encontrarnos con varias posturas en función del uso de la denominación y aplicación de estos conceptos. Por mi parte, considero apropiado sostener la diferencia entre el derecho de la integración y el derecho comunitario, sin tenerlos por sinónimos, y reservar exclusivamente, al menos hasta nuestros días, al derecho comunitario como propio del sistema europeo (UE).

tadas a dar un marco sólido a los procesos de integración, ya que éstos serán la denotación del siglo XXI y la piedra angular de una nueva estructura mundial.

En consecuencia, desde la óptica del derecho internacional, el deber del Estado actual consiste en revisar sus instituciones, su ley fundamental, su normativa, así como también las necesidades de sus nacionales, en virtud de integrar espacios regionales —a través de tratados marco— y de receptor el derecho derivado del proceso de integración en armonía, concordancia, como complemento del ordenamiento jurídico interno.

Desde el ámbito interno, por transición, el constitucionalismo precisa generar movimiento para eliminar los frenos que emergen en el sistema, procedentes del contraste entre la actualidad jurídica y la realidad vigente.

b. Integración como vía de acceso a la supranacionalidad

Ahora, si nos situamos en Europa, las consecuencias del avance del fenómeno de la integración son de mayor calado, presentando características y particularidades innovadoras.

El grado de integración europeo reviste la cualidad de haber alcanzado el desarrollo de un nuevo derecho autónomo, el comunitario. Éste, entre sus esencias contiene el principio de atribución de competencias, lo cual implica que los Estados parte de un mismo bloque regional conceden ámbitos de competencia a una estructura supranacional que se crea partiendo de la manifestación voluntaria de los Estados a través de las ratificaciones de tratados constitutivos internacionales.

“...El Estado Constitucional Moderno no es más quien concede el Derecho y sí un instrumento en las integraciones regionales. En la esfera de la integración, caracterizada por una nueva interpretación de la Soberanía, la deliberación última no es del Estado; he aquí que transfirió el poder de normatizar, ejecutar y juzgar determinados asuntos para instituciones de características supranacionales (STELZER, 2000b: 193-205)...” (41).

Es decir, se crea una organización institucional diferente de los Estados, que cuenta con poder normativo, y órganos ejecutivo y de control, una organización que se coloca por sobre los Estados que así lo hayan aceptado, para dirigir el rumbo, un rumbo común, en específicas competencias atribuidas por los Estados.

La Unión Europea es hasta hoy la máxima expresión de desarrollo de integración entre Estados modernos. Este desarrollo, avanzado en la práctica, implica que hoy estemos replanteando los conceptos del Estado de derecho en función de todas las modificaciones que las estructuras originarias sufren a la vista del efecto *impregnador* de este nuevo fenómeno.

Si bien pareciera ser que alcanzar la supranacionalidad sería el comienzo para avanzar sobre una verdadera construcción regional eficaz —en términos

(41) CRUZ, P., op. cit., p. 20.

integracionistas— no todas las vertientes de pensamiento son unánimes en ese punto.

Como vimos, cuanto más se vincula el Estado con el contexto internacional, y cuanto más compromete su presencia, acción y respuesta, más condicionado se encuentra en la toma de sus decisiones y en el rumbo de sus políticas públicas, y, en consecuencia, más afectada su soberanía que lo caracteriza e independiza como sujeto de derecho en evolución.

Los cambios que el Estado va advirtiendo son de mayor implicancia para su constitución interna en el terreno de la supranacionalidad, ya que, entre otras características, “(...) posee un ordenamiento jurídico autónomo y actúa con independencia de los gobiernos de los Estados miembros, que le están subordinados; posee instituciones propias y está dotada de personalidad jurídica, con capacidad jurídica de ejercer competencias determinadas, transferidas por los Estados miembros; adopta, por mayoría o unanimidad, decisiones obligatorias, directamente aplicables en el ámbito interno de los Estados partes, sin ningún acto posterior de aceptación o transformación interna (...)” (42).

Si bien la integración es el foco, pareciera que la supranacionalidad sería el objetivo final. Según el punto de vista que se adopte, podemos deducir que: a) ser parte de un proceso de integración puede desembocar en la configuración de un innovador mapa mundial, caracterizado ya no por Estados, sino por organizaciones regionales o internacionales supra-estatales, pero ello como consecuencia no planificada; o bien, b) para alcanzar la supranacionalidad y elevar la política y lo jurídico a otro plano, como lo hace Europa, hay que dar empuje a la integración cual vía de llegada a una instancia superior.

Son caras de la misma moneda; son encuadres que pueden dar fundamento para sostener una u otra teoría y así justificar la rotación de roles y personajes que la globalización, la revolución tecnológica, la exaltación económica, en fin, la actualidad social mundial, están propulsando.

2. El rol del Estado en el avance regional

Las integraciones regionales de las que somos testigos están fundadas principalmente, refiriéndonos en concreto a Latinoamérica, en la coordinación de Estados que a través de acuerdos - tratados crean y generan obligaciones inter e intrapartes, con objetivos comunes fijados. Bajo el principio de “uniones intergubernamentales”, con el fin de cooperar y afianzar lazos entre determinadas regiones, y lejos del modelo comunitario, se plantea un nuevo escenario en bloque.

La finalidad primordial que da lugar a estas uniones regionales es el crecimiento de la economía a través de la creación de mercados regionales a nivel internacional. Más allá de las diferentes etapas que cada región se propone —unión aduanera, mercado común, mercado interior—, lo cierto es que los intereses

(42) RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006 [2005], T. I, p. 390.

económicos son los que priman y rigen las nuevas relaciones jurídicas entre los Estados, a su vez reguladas por el propio derecho internacional general.

En este contexto, el MERCOSUR no escapa de su naturaleza intergubernamental, con la cual fue fundado, como puesta en común de sus cuatro Estados fundadores. Esa naturaleza indica que si bien nos encontramos ante un proceso de integración regional, donde el propósito y la finalidad radican en la conformación de un mercado común; esta nueva estructura como sujeto internacional con personalidad jurídica propia se regula mediante los principios y normas del derecho internacional general, y lleva implícitas algunas trabas en lo que respecta a la evolución del mercado común.

Aún así, es conveniente resaltar que, al tratarse de derecho internacional (por su naturaleza intergubernamental), no incurre en los principios que la doctrina desarrolla como propios del derecho comunitario, estos son la primacía, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata (43). Nótese que el conformar un espacio regional como el MERCOSUR conlleva responsabilidad para el Estado parte que la asume en virtud de los Tratados firmados entre los miembros (44).

Entonces, como se mencionó al comienzo, la consolidación del Estado de derecho permitió que se formalice y desarrolle el derecho internacional, partiendo del principio de la igualdad soberana de los Estados. Este principio sostuvo por un largo período la inexistencia de ente superior a los propios Estados al cual responder u obedecer; lo que permitió la coexistencia de Estados pares en una comunidad internacional, que así se proyecta en función de establecer, mejorar, subsanar las relaciones entre ellos mismos, (derecho internacional clásico).

Sin embargo, en la práctica, luego de la I Guerra Mundial, quedó algo relativizado ese principio ya que las grandes potencias parecían ser más soberanas que otros Estados. Es con posterioridad a la II Guerra Mundial cuando —en un período de reconstrucción total tras los vejámenes y barbaridades sufridas—, en el seno del continente europeo comienzan los intentos por organizar la comunidad internacional, a través de la creación de entes superiores que la ordenen. Esto ocurre en paralelo con la aparición de las Naciones Unidas (ONU) y otras organizaciones internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) (45).

(43) Sobre este tema hay variable doctrina, entre la que encontramos SOTO, A. y GONZÁLEZ, F., op., cit., NEGRO, S., op. cit., MOYA DOMÍNGUEZ, M. T., op. cit.; PIZZOLO, C., ops. cit. y DE LUCA, S., *Unión Europea y Mercosur. Los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; entre otros.

(44) Respecto del derecho que pueda emanar del Mercado Común del Sur, el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

(45) Y entre otras, de creación posterior, la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), el CARICOM (*Caribbean Community*, en castellano Mercado Común del Caribe), el MERCOSUR (Mercado Común del Sur), la CAN-SAI (Comunidad Andina de Naciones), la ASEAN (*The Association of Southeast Asian Nations*, en castellano Asociación de Naciones del Sudeste Asiático), el SICA (Sistema de Integración Centroamericana), la NAFTA-TLC (*North America Free Trade Agreement* o Tratado de Libre Comercio) y la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas).

Lo que nos propone el derecho internacional contemporáneo es seguir ese “hilo conductor en la historia de la comunidad de naciones (...) que se pasó de una primera etapa de Estados meramente yuxtapuestos (...) a una en que la cooperación internacional está alcanzando concreciones institucionales considerables” (46).

Situándonos en la misión de identificar cuál es el rol del Estado en este devenir del fenómeno de la integración, confluyen percepciones de diversos sectores de la realidad social, en especial de los aspectos necesariamente más humanos, aunque partiendo de los intereses económicos.

Pese a los intentos por transitar caminos políticos, lo cierto es que los movimientos integracionistas fueron generados por motivaciones comerciales. La necesidad de producir ventajas económicas, buscar la ampliación de mercados, maximizar los beneficios, habilitar intercambios transnacionales, etc., fomentó las alianzas y estrategias entre distintos Estados y, para dar fuerza al alcance de objetivos, la reunión en bloques regionales resultó una salida. Luego de años de desarrollo y creación de distintos procesos de integración de mercados, el rol de los Estados en dichos procesos comenzó a virar sobre otros aspectos fuera de los meramente económicos y comerciales.

Allí aparecen las medidas e intereses interregionales en aspectos como la política, el sistema democrático, la cultura, la historia común, la disminución de asimetrías intra-bloque, o los acuerdos entre bloques; y entre todo ello, la preeminencia del respeto y protección de los derechos humanos, tanto en los Estados parte como en los procesos de integración.

Este nuevo enfoque implica, entre otras, la necesidad de trabajar en los espacios regionales de integración sobre los caminos para el acceso del ciudadano a las instituciones de la organización regional, la evolución de la ciudadanía del bloque, la creación de mecanismos de protección de los derechos humanos en cada rincón del Espacio Integrado, o la incorporación de normativa derivada que garantice el ejercicio de derechos de forma unificada y armoniosa en toda la jurisdicción de la ciudadanía integrada.

En síntesis, lo que nació como derivado del derecho internacional, y como necesidad económica extiende sus fines y objetivos a campos de la sociedad y humanidad, dando un vuelco a sus primeras expectativas. Ello nos lleva a repensar en la situación de los Estados frente y dentro de una comunidad internacional que está a la expectativa de sus comportamientos, con miras a evaluar si los procesos de integración cumplirán metas, o bien quedarán en el imaginario colectivo de un grupo de ilusos.

a. Hacia la integración. Conformar la integración

Recordamos que estos nuevos tiempos traen nuevas formas de relación entre los Estados “modernos” del siglo XXI, nuevas estructuras, movimientos que

(46) BARBOZA, J., op. cit., p. 35.

implican cambios o, al menos, dinamismo en el pensamiento de un panorama mundial futuro.

Para vincularnos más con estos nuevos vocablos como son “espacio integrado”, “proceso de integración”, “integración”, hay que afianzar, como signo de madurez y crecimiento, algunos conceptos que la vieja doctrina sostiene. Si queremos aprender a correr, primero habrá que saber caminar; si queremos aprender a convivir y ser respetados en un ámbito integrado, primero será ineludible saber convivir y respetar y hacerse respetar individualmente. Así los Estados.

El proceso de integración, presentado como fenómeno, va dejando marcas en su avance sobre las regiones; marcas que se utilizan luego de base estándar de cumplimiento mínimo que los Estados comienzan a exigir a sus pares, a la hora de conformar, ampliar o modificar el Espacio Integrado.

Recogemos parte de la doctrina que considera fundamental, al momento de avanzar hacia la integración, plantearse el siguiente interrogante: “¿por qué integrarnos? El éxito o fracaso del proceso de integración regional, por más simple que parezca (...) está condicionado —en gran medida— por el grado de madurez y reflexión social que éste haya alcanzado” (47). La búsqueda de la integración necesita tener su origen en el seno mismo de la sociedad que compone el Estado a integrar. Ciertos valores y parámetros sociales deberán estar arraigados y fundados en la propia esencia humana, para luego extenderlos al plano de las relaciones jurídicas, donde la noción de validez sociológica se refiere a la vigencia o eficacia de la norma.

En consecuencia, para intentar conformar un Espacio Integrado dotado de “madurez y eficacia” es preciso reunir ciertos requisitos y elementos presupuestos a la hora de firmar un tratado. Dichos requisitos podrán variar en virtud de la doctrina a seguir, y en función del estudio de la evolución permanente que se evidencia en la práctica; mas es elemental alcanzar un estándar mínimo que garantice un nivel de integración efectivo.

Dijimos que para integrarse el Estado firma un tratado constitutivo que funda el espacio regional. Ese tratado, como instrumento internacional, genera obligaciones para ese Estado parte. Y esas obligaciones son parte del mecanismo desarrollado en las páginas anteriores.

Entonces, ¿se puede considerar al cumplimiento y observancia de las obligaciones contraídas por el Estado parte, al firmar un tratado regional, y en caso de responsabilidad internacional al cumplimiento efectivo del deber de reparar, como presupuesto necesario para un proceso de integración válido y eficaz?

b. Cumplimiento del deber de reparar vs. integración regional

El interrogante planteado corresponde dividirlo en dos partes. En primer lugar asumimos que el Estado, miembro de la Comunidad Internacional, adopta al derecho internacional en su ordenamiento interno y por lo tanto resulta implí-

(47) PIZZOLO, C., *Globalización...*, op. cit., p. 37.

cito que respetará las obligaciones que aquél le impone en general. Este sería el primer paso: el cumplimiento y la observancia de las obligaciones primarias contraídas en los tratados ratificados y por lo tanto incorporados al derecho interno.

En segundo lugar, nos paramos frente al supuesto en el que un Estado viola una obligación e incurre en responsabilidad internacional y su consecuencia necesaria. Y al hablar de la obligación de reparar, al posicionarnos sobre el caso en que un Estado no cumplió con las obligaciones primarias asumidas generando responsabilidad, surge la necesidad de plantear en qué medida o hasta qué punto incidirá el incumplimiento de esa obligación —obligación secundaria— ya sea con miras hacia la integración regional, o bien ya dentro de un Espacio Integrado.

Aquí se abren a su vez dos posibilidades. Por un lado, el Estado responsable asume y cumple con la obligación de reparar, a través de las posibles vías previstas, reparando al Estado lesionado. Esta es la conducta esperable —deber ser— y necesaria para dar solidez y credibilidad a la institución Estado como sujeto activo de un proceso integrador. Con lo cual, si bien es un presupuesto, al ser la conducta deseable y esperable, se trata de un elemento implícito en las propias relaciones internacionales preexistentes, basadas entre otros, en el principio de buena fe.

Por otro lado, puede ocurrir encontrarnos ante el caso del Estado que, frente a la obligación de reparar, pase de ella y nuevamente incumpla. Como contrario a lo anterior no debería ser tema de análisis, ya que al igual sería un elemento implícito. Pero ocurre y el proceso de integración está activo y/o latente. ¿Cuál es la implicancia entonces?

Quiere decir que si un Estado firma un tratado por el cual se compromete y obliga para con otros Estados parte, de manera tal que conforman un Espacio Integrado, y ese Estado, pese al compromiso incurre en responsabilidad internacional por haber violado una obligación pactada en el tratado marco, mas ante el deber de reparar, no actúa de la manera esperada por el resto de los Estados miembros de dicho espacio, ¿cuál debería ser la postura a tomar por esos Estados? Y aún así, ¿qué perspectivas de integración, en base a la seguridad jurídica internacional que el Estado incumplidor plantea, se pueden vislumbrar hacia el futuro?: ¿hay que acostumbrarse a pasar por alto las reparaciones no realizadas, y soslayarlas para buscar la integración a cualquier precio, o será el momento de ponerlas sobre la mesa a la hora de negociar tratados regionales, ya que significa un paso de “madurez” en un proceso de integración que aún tiene mucho camino por recorrer? Aunque tampoco hay que dejar de lado las circunstancias específicas que condicionan a cada Estado dentro de la Comunidad Internacional.

Así como la buena fe es un principio consagrado en el derecho internacional que ilumina el deber de reparar, en la idea de abrir las fronteras hacia nuevas formas de asociación la reparación por el Estado infractor es un presupuesto que debe estar presente al momento de integrarse en una región. Se trata de compromiso, seriedad, integridad, confiabilidad, en síntesis, “madurez”, de una sociedad que representada por su organización “Estado” orienta sus esfuerzos

hacia la obtención de nuevos logros a escala intergubernamental intensificando las relaciones sociales, primarias y secundarias, fortaleciendo su posición en el mundo, abriendo mercados; con miras a futuro. Es un desarrollo del cual no estamos exentos atento su avance y globalización.

IV. HACIENDO CAMINO. (CONCLUSIÓN)

Las innumerables definiciones del término “Estado” varían en función del momento, contexto, autor, época. Pero deteniéndonos en el Estado de derecho y en la clásica definición que se utiliza para dar inicio al estudio del Estado moderno, con la división de poderes, con la ruptura del cúmulo de poder en un sólo dirigente y con la incorporación de instituciones que descentralicen funciones y competencias, etc., los principios que fueran rectores se ven afectados tanto desde dentro como desde fuera del propio Estado, a través de la modificación de la ciudadanía y sus derechos y obligaciones por un lado, y de su intervención en el escenario internacional en un mundo hábilmente globalizado, por otro.

La evolución de las ciencias jurídicas y políticas derivó en la creación del Estado de derecho como modelo a instaurar y conservar en los Estados modernos. Ese logro trajo con sí la formación del concepto de soberanía, la distribución de los poderes, el control y límite al uso de la fuerza, la construcción de una sociedad jurídica y políticamente organizada que constituye el elemento humano, entre otras nociones.

El esquema imaginario de un Estado con fronteras exteriores, con principio de territorialidad estricto, con invulnerabilidad frente al mundo exterior, aún vecinos limítrofes, se desdibuja pensando en un nuevo esquema donde aquellas fronteras exteriores pierden nitidez y se convierten en líneas esfumadas; donde la coexistencia en vecindad es sinónimo de pérdida de fuerza en el “poderío estatal”, donde ya las decisiones de un gobierno no recaen solamente sobre su ciudadanía, sino que afectan —y a su vez se ven acompañadas por— principios y directivas que otros Estados, organizaciones y la comunidad internacional aportan.

Estas ideas conducen a la necesidad de adecuar al dinamismo propio de la vida social, jurídica, política y humana, los parámetros y definiciones que se manejan diariamente en el ámbito estadual e internacional. Quiere decir que la revisión de la estructura de los Estados es imperiosa atento a las modificaciones operadas en su funcionalidad como parte de un nuevo mapa interactivo. Y para seguir el ritmo, hay que ser flexible y ágil.

El Estado como definición clásica estudiada durante el último siglo presenta alteraciones importantes y evidentes. La cuestión radica en ver si continuamos con el uso de la misma terminología, pero reconociendo cambios, o bien reconocemos que la terminología cambia y encaramos la posibilidad de advertir una nueva figura en la teoría del Estado, analizando la metamorfosis de cada símbolo convencional utilizado por la doctrina para denominar y clasificar los elementos y finalidades de lo que hasta ahora llamamos Estado.

Los procesos de integración tienen su origen y desarrollo en el plano meramente económico a través de acuerdos y alianzas comerciales, mediante tratados de libre comercio que apuntan a la libre circulación de bienes y servicios, a la abolición de restricciones arancelarias a alcanzar un arancel externo común, a obtener un mercado común.

Éste fue el camino que Europa encontró hacia una estabilidad regional, luego de años y años de guerras y desencuentros, de enfrentamientos y avasallamientos. Ante el fracaso de intentar una unión política, los vientos cambiaron su rumbo y dieron envión a las relaciones comerciales como inicio de un proceso que permitiera reunir voluntades y que lo que comenzara como tratado económico, años más tarde se expandiera a tratados políticos.

Siguiendo un modelo *sui generis* por excelencia, el camino de un proceso de integración pareciera iniciarse a través de tratados comerciales, para luego ampliar su competencia de diferentes áreas de una región.

La integración en sí no sólo consiste en un proceso estadual que implica el compromiso de representantes e instituciones de respetar y cumplir con un acuerdo o tratado firmado. También trae consigo la necesidad de componer y consolidar un espacio diferente al propio de cada Estado, mediante la interconexión y armonización de costumbres, aceptando y cediendo a la vez, respetando y recibiendo el respeto de los distintos factores que se intentan integrar. Esta tarea es parte de las obligaciones de los Estados en su calidad de soberanos, pero también supone un compromiso de la sociedad de ser partes del proceso desde su posición, de contribuir a la mejora de calidad humana en cualquier ámbito, aceptando la apertura hacia una sociedad de segundo grado, es decir, integrada en un espacio común.

Se trata de aceptar la realidad internacional actual que nos rodea en la cual los esfuerzos apuntan hacia el desarrollo progresivo de la integración de todo Estado, moldeando las definiciones clásicas y avanzando sobre los objetivos ya cumplidos, creando nuevas relaciones jurídicas, nuevos formatos de organización.

La realidad de los procesos de integración, al menos en Latinoamérica, aún no acarrea una pérdida de identidad de los Estados miembros. Sin embargo, sí genera limitaciones en la implementación de políticas públicas, sobre todo en las áreas comerciales, políticas y de derechos humanos, donde parte de sus competencias se encuentran condicionadas por instancias exteriores.

De ello deviene el elemental pensamiento, presente en la doctrina general, en el cual, según la cara del derecho de donde se mire, se resaltan unos aspectos u otros.

Se trata de las posturas constitucionalista e internacionalista. Desde la primera, el eje parte de la legitimidad y, para ello, busca mecanismos constitucionales vigentes y posibles para dar lugar a la integración de un Estado frente al esquema regional instaurado. Esa búsqueda se centra, al menos en parte, en la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y la creación de un orde-

namiento jurídico derivado de un proceso de integración (según sea el grado, será supranacional o intergubernamental).

Desde el plano internacionalista, las miradas se posan sobre la responsabilidad internacional generada por los Estados en caso de omitir tratados o acuerdos internacionales suscritos, y sobre la evolución de las instituciones internas para alcanzar la integración de órganos, normativa, intereses, políticas, con la finalidad de maximizar las potencialidades individuales y adecuarse al movimiento mundial de regionalización.

Concluyendo algunas ideas, hemos analizado que el modelo de Estado moderno, tal cual nos fue heredado trabajosamente del siglo pasado, está siendo alterado por cambios estructurales en sus cimientos.

Así, vimos que sus elementos primarios se impregnaron de consecuencias prácticas y necesariamente han tenido modificaciones en cada ámbito de desarrollo. Esto es, desde el territorio, el fenómeno de la integración se aprecia ante la real difuminación de fronteras y a su vez, la formación de un “territorio” en bloque conectando distintas regiones. En cuanto a la población, la globalización marcó un intercambio humano dinámico y evolutivo que presenta rasgos de novedosas culturas, producto de la propia integración de personas. Ello también se vio fomentado a través de la exaltación del respeto y garantía de los derechos humanos como punto de partida para el propio proceso conector.

El tercer elemento del Estado es, en principio, el más influenciado por la integración. El gobierno, más allá de su ideología o características propias, se interrelaciona con gobiernos pares, y juntos buscan puntos de conexión que permitan avanzar con la integración en la región. Esta tarea va de la mano de las presiones internacionales, del *lobby*, que la comunidad internacional realiza en busca de un mayor grado de compromiso y entrega de los Estados en pos de un proceso integrador exitoso, fundando sus actuaciones en el reconocimiento y sostén de un derecho internacional en esplendor.

Por su parte, hemos mencionado algunos de los conceptos jurídicos importantes que caracterizan a los Estados modernos, deduciendo que también en este plano la integración deja su huella.

La noción de soberanía es insoslayablemente alterada por el proceso mundial actual. Más allá de la flexibilización de su significado, hoy por hoy resulta uno de los principales obstáculos a resolver por el derecho constitucional y el derecho internacional debido a que su concepción (insistimos, aún flexibilizada) no permite que los procesos integracionistas —que en la práctica se llevan efectivamente a cabo— sean legítimos, o al menos sólidos, desde lo jurídico. A su vez, se vincula estrechamente con la primacía que el derecho de la integración y comunitario exigen para su eficacia y avance regional. Las discusiones doctrinarias sobre la preexistencia de una “venia” constitucional para la incorporación del derecho comunitario o, por el contrario, el reconocimiento de una cesión de competencias por el Estado son justamente problemáticas derivadas del raudo avance fáctico del fenómeno integracionista.

Por último, la evolución del concepto ciudadanía, con la aparición de una ciudadanía comunitaria, consiste el rasgo más distintivo del camino forjado hasta ahora hacia un nuevo modelo de Estado integrado.

Ante todo ello, nos enfrentamos a una etapa de revisión y estudio, donde el trabajo de reacomodar conceptos y preceptos —que sin ser contrapuestos con la realidad devienen en abstracto— es la base para encauzar un nuevo esquema de formación “vigente” de Estados ya sean integrados, posmodernos, del siglo XXI.

El camino hacia la integración mundial no parece ser posible de evitar. Las pulsiones de la comunidad internacional son tan influyentes que aún los Estados más chicos (en cualquier sentido) deben acceder a ser parte de este fenómeno que avanza intensamente sobre el globo terrestre.

Finalizando, el planteo que efectuamos cobra importancia si lo proyectamos hacia un crecimiento de las uniones regionales latinoamericanas. Es decir, para aspirar al avance en los procesos de integración es menester madurar en varios aspectos, entre ellos, a nivel estructura, funciones, situación, parámetros de los Estados que la componen. Lo que implica también una madurez a nivel ciudadanía, ya que el Estado está integrado por ésta, sin la cual no habría estructura vigente necesaria.

Frente a este desafío, las posibilidades son, en principio, dos: o bien estamos frente a un cambio radical de estructura, descartando el Estado de derecho y dando lugar a un nuevo formato de organización que pueda llamarse Estado Integrado o Estado expandido; o bien estamos dentro de un desarrollo evolutivo del Estado de derecho *aggiornado*, sin cambios radicales ni quiebre de paradigma.

Pero si fuera así, esta misma etapa de *aggiornamento* del Estado de derecho quién dice, dentro de unos años más, sea el comienzo de un verdadero cambio de estructura. Cae por su propia evidencia que si hoy no estamos frente a un cambio de Estado como cambio de modelo, sí lo puede ser mañana, y ser el hoy el origen del mañana.

Y si nos situamos en la idea de sostener que somos testigos de un nuevo modelo de Estado que asoma en este siglo es insoslayable indagar cuál o cuáles fueron los hechos que marcaron el cambio de paradigma, el quiebre de un esquema tan sólido, para caer en el comienzo de una nueva etapa de cambios, de transformaciones en las estructuras. Ese sería otro de los interrogantes a descubrir.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS LÍMITES NORMATIVOS EN LA INTEGRACIÓN REGIONAL (1)

María de la Paz Herrera

I. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN COMO UNA NUEVA FUENTE DE PODER

Sabemos que cualquier acuerdo internacional que pretenda integrar diversos Estados en cuanto a la regulación de ciertas competencias soberanas —que se transfieren o se acuerdan gobernar mancomunadamente— supone dos cosas: el desplazamiento de la decisión a otro espacio, lugar o centro; y la creación de una estructura institucional que asuma la potestad de adoptar decisiones sobre esas materias. Así, la integración “*supone el ejercicio del poder más allá de las fronteras estatales*” (2).

El mayor o menor desarrollo de la estructura institucional como la mayor o menor cantidad de decisiones o ámbitos de decisión que se desplazan de los Estados hacia nuevos lugares dependerá de la intensidad del pacto, de la historia e idiosincrasia de los Estados que buscan unificar sus esfuerzos, del involucramiento de la sociedad en ese proceso, de las personalidades que lo encaren, de la voluntad política de los gobiernos, de la cantidad de intereses comunes y disímiles que motiven a los Estados y a los gobiernos a integrarse o a no hacerlo; etc. Razones e intereses de todo tipo intervendrán en esta decisión.

Por otra parte, cualquier proceso de integración, aunque histórica y principalmente se haya dirigido a aunar esfuerzos en materia económica, directa o indirectamente, genera repercusiones en otros ámbitos, como ser derechos de los trabajadores, atribuciones reconocidas legalmente a las personas jurídicas (empresas), movilidad de los factores de producción, recursos naturales y medio ambiente, etc. De este modo, lo que en principio podría verse como un mero

(1) “Tornar real la democracia en su dimensión transnacional, tomar en serio los derechos humanos solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales significa (...) reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y en consecuencia desarrollar, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y satisfacerlos aun contra o sin sus Estados”. FERRAJOLI, L., *Democracia y Garantismo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2008 [2010], p. 38.

(2) BUSTOS GISBERT, R., *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2005, p. 13.

acuerdo regional encaminado al mejoramiento del sector productivo y económico, luego puede mostrar que las consecuencias de ese entendimiento original tienen la virtualidad suficiente para generar efectos en esferas sociales y políticas (3).

Cada Espacio Integrado en sus acuerdos constitutivos creó instituciones. Por ejemplo, en los orígenes de la hoy conocida Unión Europea (en adelante, UE) encontramos el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) (4). Este acuerdo que involucraba a seis Estados europeos (5) importaba que éstos se desprendieran de su capacidad legislativa y de gestión respecto a la producción y comercialización del carbón y del acero y se la transfirieran a una Alta Autoridad formada por técnicos especializados en estas materias. Además de la Alta Autoridad, el Tratado creaba un Consejo de Ministros en el que participan los representantes de los Estados parte, una Asamblea constituida por parlamentarios elegidos por cada órgano legislativo nacional y un tribunal encargado de dirimir cualquier conflicto y de interpretar la norma fundacional: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE). Hoy la UE reviste una complejidad institucional con órganos tales como el Consejo Europeo (la reunión cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros), la Comisión (que sucedió a la Alta Autoridad de la CECA), el Consejo (anterior Consejo de Ministros, en el que participan los ministros del gobierno y se reúnen según el ramo), el Parlamento, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo, entre otros.

La Comunidad Andina de Naciones (a la que llamamos CAN), regida por el Tratado de Cartagena, estipula en su artículo 6 una serie de instituciones y órganos que tienen el deber de llevar a cabo los objetivos del Espacio Integrado, entre ellas el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, y los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral.

Por su parte, en el MERCOSUR, según el artículo 9 del Tratado de Asunción que lo rige, existen dos órganos principales: el Consejo del Mercado Común, órgano superior, encargado de ejercer la conducción política del Espacio Integrado y de dar las directrices hacia las que debe encaminarse el proceso de integración; y el Grupo Mercado Común, institución ejecutiva del Mercado Común, encargada de velar por el cumplimiento del tratado y diseñar programas o planes de trabajo para implementar las decisiones del Consejo.

Por otro lado, el novedoso proceso de integración sudamericana conocido como Unión Suramericana de Naciones (en adelante, UNASUR) tiene un sistema

(3) Cfr. CHAHÍN LIZCANO, G., "El derecho comunitario en el constitucionalismo andino" en CHAHÍN LIZCANO, G. *Integración política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 172.

(4) Para más información sobre la historia y contenido de este tratado puede accederse a Unión Europea, *Asuntos institucionales* [en línea] http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_es.htm [consulta: 25/05/2012].

(5) República Federal de Alemania (Alemania Occidental), Francia, Italia, y los reinos de Bélgica, Holanda y Luxemburgo (BENELUX).

institucional conformado por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno (que da los impulsos políticos, establece prioridades para su implementación y aprueba la normativa, actuando como un órgano legisferante), el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores (se encarga de desarrollar e implementar los objetivos fijados por el Consejo de Jefas y Jefes, aprueba el presupuesto y algunas normativas), el Consejo de Delegadas y Delegados (que implementa las decisiones de ambos Consejos, elabora los proyectos normativos y da seguimiento a los grupos de trabajo específicos) y la Secretaría General (que verifica el cumplimiento de la normativa y da apoyo técnico y administrativo al resto de los órganos) conforme lo dispone el art. 4 del Tratado Constitutivo.

En esta institucionalidad emergente, producto del proceso integrador, aparece ya la idea de ejercicio de atribuciones que los Estados han transferido a los órganos del Espacio Integrado. Esto implica, desde la óptica política, la transferencia del ejercicio del poder pues quien decide cómo y a través de qué medidas e instrumentos regular las competencias atribuidas, es el Espacio Integrado. En este caso nos referimos a un proceso integrador al estilo comunitario, como el de la UE. Sin embargo, lo dicho se puede también predicar respecto de iniciativas intergubernamentales en las cuales las competencias se ejercen mayormente por consenso, que se logra en el marco de una institucionalidad regida por el derecho internacional general.

Para ejemplificar podemos citar que en el MERCOSUR, atento que se trata de un proceso de integración con un fuerte anclaje económico y por tratarse de una unión aduanera imperfecta, se ha dictado la Decisión 1/09 del Consejo Mercado Común mediante la cual se establecen las reglas de origen. Esto significa que el Espacio Integrado, en ejercicio de los poderes que le han atribuido los Estados que lo conforman, ha establecido los criterios para calificar a un producto o materia como perteneciente a este espacio para así poseer el consecuente beneficio de circular libremente por todo el territorio mercosureño sin tributar derechos de importación y exportación.

Por su parte, la CAN ha dictado normativa tendiente a asegurar la liberalización del comercio de servicios en el marco de la construcción del mercado común andino, objeto del tratado constitutivo de este bloque regional. La norma que posibilita esta libertad económica es la identificada como 439 de la Comisión Andina.

En el marco de la UE podríamos referirnos al acervo Schengen que es el marco jurídico que habilita la libertad de circulación de las personas dentro del territorio comunitario, armoniza los controles migratorios y fronterizos externos, y pone fin a los internos. Este acervo compuesto por el tratado de igual nombre y decisiones referidas al mismo, si bien no es una política nacida al amparo de este proceso de integración se ha convertido en una fuente del derecho de la Unión y, por lo tanto, es la principal norma que regula este tópico, con la salvedad de los Estados que han decidido voluntariamente no participar (por ejemplo, Reino Unido e Irlanda del Norte) o los que aún no cumplen los requisitos para hacerlo (v. gr., Bulgaria, Chipre y Rumania).

El ejercicio de estas competencias, en tanto posibilitan la generación de políticas públicas en diversas áreas (6) tienen la virtualidad de llegar directamente a los ciudadanos que componen cada espacio. Esto implica que las definiciones que puedan tomarse en el marco de la institucionalidad del Espacio Integrado tienen repercusiones directas o indirectas en las personas y en los Estados que lo componen (7).

De este modo, aquí aparece la cuestión relativa a cuáles son los límites para el ejercicio de esas competencias que los Estados atribuyeron al Espacio Integrado; cuál es el marco jurídico y político que contiene la regulación de estas competencias; cuál es el contorno normativo y axiológico que informa el trabajo de las instituciones generadas por el proceso integrador.

Es importante en este punto traer a colación las conclusiones del doctrinario Jesús CASAL HERNÁNDEZ quien afirma que:

“la integración comunitaria implica la atribución de competencias estatales a instancias supranacionales, las cuales pasan a ostentar potestades que pueden incidir en el disfrute de los derechos fundamentales de la persona. Frente a esta transferencia del poder público nada más justificado que una correlativa transferencia de los límites al ejercicio de la autoridad. Y los derechos humanos son la expresión más acabada y sólida de las barreras que no es lícito rebasar por los detentadores del poder. Además, desde la óptica de estos derechos sería inaceptable que la celebración de acuerdos de integración supusiera la creación de ámbitos de poder público (supranacional) vacíos de derechos humanos, a pesar de la capacidad de los órganos correspondientes para afectarlos” (8).

En este sentido, para que el proceso pueda funcionar es necesario poner en claro esos límites. En esa línea, debemos discutir cuáles serían esos límites y qué instrumento(s) jurídico-político(s) debe(n) contenerlo(s).

(6) Por ejemplo, en materia laboral, la Unión Europea ha sancionado las directivas 75/117/CEE que determina el principio de no discriminación en razón del sexo en cuanto a las condiciones laborales y 76/207/CEE que establece que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe aplicarse en lo que hace al acceso al empleo, la formación y promoción profesional. Así como la UE puede regular aspectos laborales, también tiene injerencia en la política comercial, agrícola, pesquera, ambiental, monetaria, entre otros campos. Si nos referimos al MERCOSUR o a la CAN sus posibilidades de intervenir en políticas públicas, por un lado, están un poco más condicionadas por el sistema de toma de decisiones y la estructura institucional de estos Espacios, por el otro, por la extensión de los poderes atribuidos, mucho más concentrados en aspectos comerciales.

(7) Por ejemplo, manteniendo los ejemplos ya citados: si soy un comerciante asentado en uno de los países que componen el MERCOSUR y quiero comprar y vender mercadería en este Espacio Integrado con los beneficios que supone la unión aduanera será necesario que me atenga a las reglas de origen; en cambio, si mi empresa de telefonía celular está radicada en Colombia y quiero extender la prestación de servicios a Ecuador y Perú deberé atenerme a las normas de la CAN en materia de circulación de servicios con ventajas aduaneras; por su parte, si soy un ciudadano de cualquier Estado no comunitario deberé cumplir con los requisitos que imponen las normas Schengen para acceder a alguno de los países miembros de la UE pero si soy ciudadano comunitario me veré beneficiado por la posibilidad de cruzar la frontera del país del que soy nacional sin necesidad de realizar controles migratorios siempre y cuando ello implique pasar a otro Estado que componga el territorio de la UE.

(8) CASAL HERNÁNDEZ, J. M., “Los derechos humanos en los procesos de integración” en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 1, vol. 3, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2005, p. 254.

II. LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER

En tanto que los procesos de integración regional implican el traslado de la fuente de poder a nuevos órganos es menester hacer algunas consideraciones. Éstas deberían estar encaminadas a garantizar la integridad de los Estados, que son los “donantes” de ese poder, y la protección de sus conciudadanos como destinatarios de su ejercicio.

Así, en primer lugar, se considera necesario que los propios Estados fijen ciertas pautas para concertar ese traslado: es preciso que los Estados determinen las condiciones que garanticen que esa transferencia de poder y su ejercicio respeten su *status* como persona del derecho internacional público y también el de sus ciudadanos y habitantes. De este modo, los Estados tienen la potestad de establecer los primeros criterios para traspasar el mando y capitalizar los beneficios de esa transferencia. Esos límites están dados por el respeto a su integridad y a su soberanía, por un lado, y por el reconocimiento y la protección de sus ciudadanos mediante la salvaguarda de sus derechos y libertades, por el otro.

Estas primeras limitaciones que operan frente al proceso de integración se revelan como una garantía en favor de los Estados, sus gobiernos y sus pueblos pues fijan el margen hasta el cual los procesos de integración pueden avanzar. De este modo se protegen los atributos propios del Estado y de la persona humana.

Por lo tanto, los primeros límites al proceso de integración deben provenir de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, serían o deberían ser las Constituciones Nacionales las que impriman ese primer coto pues ellas son la expresión soberana de la voluntad popular y, por lo tanto, cuentan con legitimidad suficiente para que los Estados y las sociedades puedan vincularse en estos proyectos con garantías suficientes de respeto a su integridad política, cultural, económica y social. Así, por ejemplo, cada Constitución Nacional debería contemplar en sus normas qué tipo de competencias está dispuesta a transferir y con qué alcance, qué aplicación tendrían las decisiones nacidas al amparo del proceso de integración en el territorio nacional, qué aspiraciones motivan al Estado a encaminarse en este tipo de desafíos, si hay preferencia por vincularse a determinados espacios integrados o voluntad de hacerlo sólo con algunas naciones.

Otra estrategia que los Estados podrían utilizar para la preservación de su *status* es la determinación en el tratado constitutivo del Espacio Integrado de ciertas pautas para la integración. Una de ellas es el conocido “principio de atribución” (9) que en la UE funciona como una cláusula que permite identi-

(9) TUE, art. 5: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan.

Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción

car qué competencias y con qué alcance se han transferido al Espacio Integrado. Dentro de las competencias específica y expresamente “donadas”, la UE puede actuar: tiene poder de decisión sobre ámbitos concretos y estipulados; sobre el resto, permanece vigente y en su plenitud la soberanía estatal.

A este principio se le pueden sumar otros que lo complementan: el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. El primero está llamado a ser una regla de trabajo: en el ámbito de competencias concurrentes, la UE sólo podrá actuar en lugar de los Estados cuando ello sea más beneficioso y eficiente. El segundo, en cambio, es una limitación cuantitativa para el bloque europeo: éste sólo podrá ejercer sus acciones en la medida de las competencias que le han sido atribuidas y de los objetivos del tratado constitutivo.

Estas vías claramente se orientan a proteger la entidad estatal: le proveen reglas claras acerca de qué ámbitos de su soberanía podrán verse afectados por la actuación del Espacio Integrado y clarifican qué competencias quedan al amparo de las decisiones nacionales. A su vez, estas pautas al sumarse a las previsiones constitucionales de cada Estado se constituyen en criterios rectores del obrar nacional y regional, y, por lo tanto, se erigen como límites precisos dentro de los cuales podrán “moverse” el Espacio Integrado y los Estados.

No obstante, también es necesario ocuparse de las personas: los habitantes y los ciudadanos de los Estados deben ser resguardados del accionar del Espacio Integrado.

Como ya anticipamos, la configuración de un Espacio Integrado supone la atribución del ejercicio de ciertas materias que hacen a la vida cotidiana de las sociedades: puede tratarse de aspectos comerciales, productivos, pero también laborales, sociales y hasta incluso políticos. De modo que será prudente que los ciudadanos, en tanto principales destinatarios de esas políticas, conozcan no sólo su rol dentro del proceso sino que también cuenten con garantías que los amparen frente a decisiones reñidas con sus derechos y obligaciones.

Como los ciudadanos y los habitantes de cada Estado nación están dotados de un decálogo de derechos y obligaciones en relación con su posición jurídica frente al propio ente estatal y el resto de la sociedad, en razón de ello se impone pensar algún esquema que se constituya como un glosario de libertades y derechos fundamentales en su vínculo con el Espacio Integrado, y que también asu-

pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad’.

ma la función de ser un límite claro y concreto a su accionar en el ejercicio de las competencias transferidas.

Es decir, la idea es plantear que como en algún momento de la historia de los Estados-Nación fue concebida la necesidad de una Constitución como máxima norma interna de control y regulación del poder absoluto de las monarquías y las aristocracias también es imprescindible ahora, ante nuevos esquemas de ejercicio del poder, (re)configurar esos límites.

Las técnicas a utilizar podrían ser variadas y muchas de ellas serán repasadas en las próximas páginas. Adelantamos que creemos que deberían tener por principal eje un sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de las personas de modo que ese mecanismo se materialice como un límite estricto y real frente a las decisiones que sean fruto del Espacio Integrado, y que ese sistema además se constituya como un tamiz efectivo (tanto normativo como institucional) para evaluar si las resoluciones que se adoptan respecto a las políticas que cada Estado ha cedido al bloque son respetuosas de las personas sobre las cuales se van a terminar aplicando.

No sería aceptable que el Estado, que se encuentra sometido a la ley constitucional y al control que estatuye tal norma, sustraiga de su ámbito una serie de cuestiones sin que paralelamente se adopten mecanismos apropiados que la sujeten a un esquema de limitaciones y contralores. Si en el ámbito doméstico ese esquema está construido sobre la base de una norma fundamental que consagra derechos y determina el funcionamiento de las instituciones, creando un ámbito encargado de verificar que los poderes políticos actúen dentro de los parámetros fijados por la Constitución, el Espacio Integrado también debería contemplar en su diseño límites específicos para el accionar de sus instituciones y espacios de verificación del sometimiento de éstas respecto de aquéllos.

Sin dudas, copiar el modelo estatal podría ser una de las posibilidades pero también el ingenio político y jurídico de sus participantes podría aportar novedosas opciones. Aunque creemos que cualquier alternativa debería tener una misma columna vertebral: el respeto por las personas a quienes van a llegar y a afectar las decisiones públicas, a través de la consagración de sus derechos y libertades y de la existencia de instituciones y mecanismos aptos para su defensa y garantía.

III. LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LAS PREMISAS DEL PROCESO

1. Las “condiciones del acuerdo”

Si partimos de la idea de que para que un proceso de integración pueda surgir, desarrollarse y consolidarse deben darse ciertas condiciones, debemos conocer cuáles son.

Desde el punto de vista político, deberíamos considerar las necesidades de los Estados, los intereses en común y en conflicto entre las partes, la voluntad de encarar o acompañar el proyecto, la necesidad de posicionamiento internacio-

nal, el contexto político, económico y social de la región y del mundo, las potencialidades y realidades de los posibles socios, entre muchos otros.

Desde esa misma óptica, deberíamos también concentrarnos en tres puntos que la teoría general de la integración ve como esenciales: la soberanía de los potenciales socios; los ciudadanos y la necesidad de respeto de su *status*; y las características de la estructura gubernamental tanto del Espacio Integrado como de cada uno de los potenciales asociados.

Esta mirada sobre los factores fundamentales de la decisión de participar de un proceso de integración regional la denominamos “condiciones del acuerdo”. Según ella, los Estados soberanos deben reunir ciertos requisitos a la hora de iniciar las negociaciones para el armado de este plan y mantenerlos a la hora de la concreción y desarrollo del proceso.

2. Soberanía estatal e igualdad entre los Estados

Ser soberano implica tener la capacidad jurídica y política para poder vincularse con otros Estados (10); “poder” para generar un acuerdo creador de una estructura institucional ajena al propio Estado, a la cual, mediante el “renunciamiento” de materias típicamente estatales, se conceden competencias a favor de las nuevas instituciones, cuyas decisiones son aceptadas por los Estados, lo mismo que la jerarquía y la fuerza vinculante de ellas respecto del nivel interno. Importa, además, el establecimiento de un sistema de solución de conflictos y de aplicación de las decisiones; la determinación del financiamiento del Espacio Integrado, etc.

Para conocer si un Estado goza de tal capacidad debería recurrirse a su Constitución y verificar si tiene inserta alguna cláusula que habilite este tipo de cesiones y en qué condiciones. En la mayoría de los Estados europeos (11) y latinoamericanos (12) encontramos en sus cartas fundamentales normas referidas a este punto.

En este punto, resulta curioso el caso de Estados que no cuentan con normas referidas a la integración regional o a la posibilidad de transferir competencias a entes extra-estatales. ¿Cómo resolver la falta de habilitación (constitucional) expresa para participar en un proceso de integración?

(10) Va de suyo que “ser soberano” implica también la capacidad de autonormarse y gobernarse en forma independiente y sin intromisiones o injerencias externas.

(11) Por ejemplo, Italia prevé en el art. 11 de su Constitución su participación en procesos de integración; Alemania lo hace en el arts. 23 (respecto de la UE) y 24 (respecto de otras organizaciones interestatales); por su parte, España determina en el art. 93 la posibilidad de transferir el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales; Francia específicamente contempla en los arts. 88-1 y 88-2 su participación en la UE, mientras que Grecia tiene su cláusula de apertura en el art. 28 de su Constitución.

(12) V. gr., la Constitución Política del Perú lo determina en los arts. 55, 56 y 57; El Salvador incluye su fórmula en el art. 89; Venezuela, por su parte, contiene la cláusula de apertura en el art. 153 de su Constitución; Brasil, en el art. 4 párrafo único; Uruguay la tiene inserta en el art. 6; Costa Rica, en el art. 121 de su Constitución Política; la República del Paraguay determina en el art. 145 la posibilidad de participar en un proceso de integración; finalmente, Argentina ha previsto su fórmula de apertura en el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional.

Corresponde aquí apuntar la solución adoptada por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte (UK) (13). Como allí el soberano es el Parlamento, éste es el único habilitado para realizar reformas a la Constitución, y quien puede tomar decisiones que impliquen la “exportación” de competencias soberanas a instituciones que trascienden la órbita estatal. En ese sentido, el Parlamento británico, a los fines de posibilitar el acceso de UK a las Comunidades Europeas, dictó en el año 1972 la *European Communities Act* (14): la ley mediante la cual se habilitó el ejercicio de competencias en materias directamente relacionadas con el establecimiento del mercado común europeo a las instituciones de las Comunidades Europeas, se autoinhibió en tanto Parlamento de legislar en los temas transferidos a las Comunidades, y se aceptaron los principios de primacía y de efecto directo de las normas comunitarias y la limitación del poder de la judicatura en cuanto a la aplicación e interpretación del derecho comunitario.

En este sentido, el profesor inglés John BRIDGE ha dicho que:

“Para 1972, año de adhesión a la Comunidad Europea, si bien en el Reino Unido no hubo un procedimiento de revisión constitucional a la usanza del seguido en Europa continental, sin embargo, sí se produjo un proceso de revisión constitucional en el cual la pieza clave fue el *European Community Act* de 1972, cuya sanción puede decirse que enmendó la Constitución británica. Mientras esa Ley esté vigente en el Reino Unido, las exigencias constitucionales de la integración regional puede considerarse que están cumplidas” (15).

En definitiva, ante la carencia de una norma expresa en la Constitución que habilite a un gobierno a hacer ingresar al Estado que representa a un proceso de integración regional, corresponderá que el soberano (en el caso de UK, el Parlamento; en casos en los que se reconoce que la soberanía reside en el pueblo, a éste) se manifieste de manera expresa y concreta en torno a esta posibilidad.

(13) Vale la pena tomarnos un breve espacio para referirnos a la situación constitucional de UK. Este Estado carece de una Constitución escrita y unificada en un único texto, no obstante tiene una suerte de Constitución dispersa en un conjunto de fuentes jurídicas variadas: la Carta Magna del año 1215 que protege los derechos de los ciudadanos frente a la Corona, la Declaración de los Derechos Fundamentales del año 1689, que amplía los poderes del Parlamento haciendo impracticable que el Soberano ignore los objetivos del gobierno; y el Acta de la Reforma (1832), que modifica el sistema de representación parlamentaria; asimismo la componen el derecho común que se deriva de los precedentes legales y las costumbres —y que es interpretado por los jueces en cada caso en particular—, y las convenciones, que son normas y prácticas que no tienen obligación de ser cumplidas pero son consideradas indispensables para la actividad gubernamental y que, en general, derivan de eventos históricos que han impulsado la evolución del sistema político y jurídico británico.

Por su parte, la Constitución de UK puede ser alterada por un Acta del Parlamento, o por un acuerdo general para enmendar una convención.

(14) Gran Bretaña, *Legislación*, [en línea] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_19720068_en.pdf [consulta: 21/05/2012].

(15) BRIDGE, J., “Constitutional Implications for the United Kingdom of Participation in Regional Integration in Europe” en *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carias de Derecho Público de la Universidad Católica de Tachira*, Nº 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 18. También disponible en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Biblioteca Andrés Aguilar Mawdsley* [en línea] <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Brewer/L-0263.pdf> [consulta: 25/05/2012].

Según la tradición política y jurídica a la que responde ese Estado, esa manifestación debería provenir de una ley o de un plebiscito.

Asimismo, los Estados soberanos deben negociar los alcances del proceso de integración en un pie de igualdad. Si bien en el ámbito de las relaciones internacionales y conforme el derecho internacional público la igualdad soberana de los Estados es un principio orientador del vínculo intra-estatal, además positivizado en la Carta de las Naciones Unidas (arts. 1 y 2), la dinámica de las relaciones demuestra que no todos los Estados tiene el mismo poder.

Las diferencias (mejores o peores) económicas, políticas, geográficas, sociales y culturales pueden aventajar o desaventajar la posición de una de las partes a la hora de participar en las conversaciones que inicien o desarrollen los proyectos integradores.

Sin embargo, y aún siendo concientes de tales circunstancias “condicionantes”, vale mantener el principio de igualdad desde una óptica teórica y práctica. Así y todo decimos que un Estado debe acceder al proceso de integración por su propia voluntad, no pudiéndosele imponer la obligación de hacerlo. Creemos que en el momento fundacional la igualdad y libertad de cada Estado de participar y negociar las bases del acuerdo de integración debe ser una cuestión visible y pareja para todas las partes. En este sentido, la opinión de los representantes políticos, de la academia, de las organizaciones de la sociedad civil, de las agrupaciones empresariales y sindicales y de la prensa, pero, por sobre todo, el ánimo de la ciudadanía frente a la iniciativa serán los indicadores fundamentales.

La cuestión se torna mucho más compleja cuando la propia dinámica del proceso de integración, con su sistema de toma de decisiones y por la obligatoriedad de ésta, genera que un Estado que ha accedido en condiciones de igualdad soberana se vea sujeto a aceptar y aplicar decisiones con las que no está de acuerdo (16).

No obstante ello, debe tenerse en cuenta que para salvar este tipo de problemas los Estados deben prever sistemas de flotación y aún válvulas de escape en relación al Espacio Integrado: desde períodos de transición en cuanto a la transferencia de competencias y la correspondiente aplicación y obligatoriedad de las normas emanadas del proceso de integración, pasando por la posibilidad de que los Estados tengan un margen razonable de maniobra para aplicar las normas emanadas del espacio hasta la salida del Estado que no acuerda con el rumbo que va tomando el proceso de integración.

(16) Piénsese, por ejemplo, en la actual UE respecto a las decisiones que hacen a la política agrícola. Éstas son adoptadas por los miembros del Consejo y por el Parlamento tras una propuesta de la Comisión, por un sistema de mayorías en el cual no es necesaria la concurrencia del voto afirmativo de todos los miembros de tales instituciones. En este sistema, si los consejeros de uno de los Estados no acuerdan con el proyecto normativo pueden votar negativamente. Sin embargo, por el juego de mayorías podría darse que, pasado el filtro del Parlamento, esa iniciativa se transforme en un acto normativo jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros, incluso para aquellos que expresaron su desacuerdo.

3. El principio democrático

Otro de los puntos sustanciales que se inscribe dentro de lo que llamamos las “condiciones del acuerdo” es el respeto del principio democrático, el cual debe verificarse tanto a nivel estatal como en el ámbito del Espacio Integrado.

Según esta premisa, en ambos órdenes debe existir tanto a) un sistema representativo de modo tal que los gobernantes sean elegidos, directa o indirectamente, por el titular del poder soberano, es decir, el pueblo, en elecciones libres, transparentes y periódicas a través de un mecanismo electoral que garantice la mayor participación política posible; como b) un sistema de gobierno con alternancia en los cargos y cuyas decisiones sean tomadas a través del debate público y estén sujetas a las mayorías estipuladas por las normas correspondientes, y en el cual se cuente con 1) instancias de control sobre la legalidad y la legitimidad de sus decisiones, 2) organismos de protección de los derechos de las personas, 3) canales de participación y petición de los ciudadanos en el ámbito público y 4) sistemas de rendición de cuentas, y además se cumpla el resto de las condiciones que caracterizan a una democracia moderna.

4. El *status* de los ciudadanos

En lo que respecta al *status* de los ciudadanos, vale la pena decir que al igual que con el principio democrático, tanto en la faz nacional como en la integrada, debe estar previsto un régimen de reconocimiento, tutela y garantía de la dignidad humana y de los derechos ciudadanos. Esto podría verse satisfecho mediante la previsión en los tratados constitutivos de una carta de derechos y la instauración de un sistema propio de protección. O bien a través de la adhesión del espacio a algún esquema internacional de garantía de derechos humanos. O, en el caso más extremo, una combinación de ambas posibilidades.

En ningún caso, este aspecto se vería satisfecho con la remisión absoluta a los sistemas de garantía de derechos propio de los Estados que forman parte del Espacio Integrado pues ello podría implicar la falta de uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas emanadas del bloque regional. Así, esta posibilidad queda descartada por poner en peligro uno de los principios básicos del derecho de la integración: su autonomía respecto al derecho interno (17).

Como ya anticipamos, un Espacio Integrado tiene la capacidad de ejercer funciones propias del poder, como ser, la del reglar y aplicar las decisiones y normas que dimanan del ejercicio de las competencias que los Estados miembros le atribuyen. Por esta razón, tienen la virtualidad de influir en el curso de acción de la vida cotidiana de las personas. Teniendo esto en cuenta es necesario que en este nuevo ámbito de toma de decisiones haya un marco referencial que contemple los derechos de las personas potencialmente afectadas por esas determi-

(17) Sin perjuicio de esto, vale decir que el derecho interno sí puede servir como fuente de inspiración para la inclusión de ciertos derechos en la carta del Espacio Integrado, y también para su interpretación y aplicación. De hecho, esto ocurrió en el ámbito de las Comunidades Europeas cuando el TJCE sentenció el asunto 11/70, “Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und vorratsstelle für Getreide und Futtermittel”, del 17/12/1970, tal como lo veremos más adelante.

naciones, y opere como un coto contra el ejercicio abusivo del poder y como una garantía de libertad para las personas.

5. Las condiciones del acuerdo en la práctica

La concepción de las “condiciones del acuerdo” ha sido inscrita en diversos instrumentos jurídicos de integración. En el ámbito del MERCOSUR encontramos el Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático y el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; en la UNASUR están receptadas en el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre el Compromiso con la Democracia. Por su parte, el Tratado de la UE tiene recepcionados estos principios como así también la Comunidad Andina de Naciones en su Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena de Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia.

Así, el Protocolo de Ushuaia, establece en su artículo 1 que *“la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”*. A su vez, el Protocolo de Asunción determina que *“la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”*.

Asimismo, el Protocolo de la UNASUR sobre Compromiso Democrático se inspira en el Tratado Constitutivo de la UNASUR, el que instituye que *“la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto de los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común y prosperidad económica y social y para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Miembros”* y por otro lado, en la Declaración de Buenos Aires que reafirma el compromiso democrático inscripto en el citado instrumento. El Preámbulo del tratado constitutivo determina también que el *“compromiso con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y sus instituciones, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, incluyendo la libertad de opinión y de expresión, como condiciones esenciales e indispensables para el desarrollo de su proceso de integración, y requisito esencial para su participación en la UNASUR”*.

En Europa, por su parte, el artículo 2 del Tratado de la UE determina: *“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”*.

La CAN, por último, establece en el artículo 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, que *“La plena vigencia de las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y*

el proceso de integración económica, social y cultural en el marco del Acuerdo de Cartagena y demás instrumentos del Sistema Andino de Integración”.

De este modo, las “condiciones del acuerdo” se proponen como un primer escalón hacia la necesidad de hablar y pensar la tutela de los derechos humanos desde el punto de vista de la integración regional. Si para que los Estados se integren es necesario que se den las premisas antedichas será necesario, entonces, estudiar con qué alcance y bajo qué parámetros se protegerán los derechos de las personas, cuál será la infraestructura jurídica y política que servirá a esos fines y cómo se interpretarán los derechos fundamentales desde la perspectiva de la integración regional y sus objetivos.

La discusión y el análisis de qué tipo de camino debe adoptar cada Espacio Integrado para hacer efectiva la garantía de respeto y tutela de los derechos humanos frente al poder público que este nuevo ente ejerce es el objeto de este capítulo. ¿Deberá hacerlo mediante la instauración de una carta de derechos propia y de un sistema de control propio del nuevo ámbito de poder? ¿O podrá referirse a algún otro sistema? ¿Cuál es el camino más conveniente para ello? ¿En función de qué parámetros debe establecerse esa conveniencia? Todas estas preguntas son las que trataremos de responder a lo largo de este capítulo, y en definitiva, al final de la investigación que presentamos.

IV. EL CASO DE EUROPA: DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Las razones de la integración

Conocido es el origen de la UE en cuanto a las razones que llevaron a los Estados fundadores a crear un sistema de integración. Nos referimos a la necesidad de evitar cualquier riesgo de rearme de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial y el desencadenamiento de nuevos conflictos bélicos; así como lograr que la industria francesa pudiera crecer a partir del uso del carbón que pudiese adquirir a precios competitivos de las minas de la cuenca de Ruhr, Sarre y Renania, constantemente disputadas entre Francia y Alemania.

Para ello, los gobernantes y consejeros de la época entendieron que la manera de concretar tales objetivos era mediante acuerdos sobre estos temas entre Alemania y Francia (a la que posteriormente se sumaron otros países). Luego de discusiones en torno a qué grado de vínculo debía forjarse entre ambas naciones, el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Robert SCHUMAN, siguiendo un plan sectorial elaborado por Jean MONNET, propuso el control de la producción y comercialización del carbón y del acero, materias primas de la industria pesada, a través del traspaso de las competencias de regulación y ejecución de decisiones a una Alta Autoridad Común creada por un Tratado, que sería diferente a la de cada Estado y a la que todas las partes deberían atenerse.

Así, por necesidades políticas, se constituía el germen de la UE: la integración de los Estados en aspectos económicos respecto a recursos sensibles cuyo

control se consideraba estratégico para preservar la paz en Europa y, a la vez, aseguraran el crecimiento y la recuperación industrial de Francia.

Sin embargo, la integración europea no quedó acotada al ya mencionado Tratado de la CECA: el proceso avanzó hacia otros sectores de la economía, tal cual lo había pensado el consejero MONNET, por decisión de las autoridades gubernamentales nacionales. Esto significó que se celebraran nuevos tratados internacionales que generaron entre las seis partes contratantes iniciales renovados compromisos orientados a la integración de otras ramas de la economía. En este sentido encontramos el acuerdo sobre la energía atómica (Tratado del Euratom) y la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE), ambos en 1957.

En ese momento, la CEE concentró los principales objetivos de la integración europea: la creación de un mercado común en el que circularan libremente los factores de producción y las mercancías, en el que se propendiera a un crecimiento equilibrado con estabilidad de precios, en el que existiera un alto nivel de competencia económica y que se tendiera al pleno empleo y al progreso social, con una preocupación orientada a la protección y mejora del medio ambiente.

En el marco de este proceso, comenzaron a darse situaciones en las que las personas y las compañías comerciales empezaron a sentir en su cotidianeidad los efectos de la integración. Esta nueva situación causó no sólo beneficios sino también ciertos escenarios que implicaban la puesta en juego de los derechos fundamentales tal cual eran entendidos en ese momento por las legislaciones nacionales y/o internacionales, su puesta en riesgo o, directamente, su vulneración.

Sin embargo, desde su inicio, la integración en el marco de las Comunidades Europeas no supuso la inclusión de un catálogo de derechos ni disposiciones relativas a la protección de los derechos fundamentales. Este hecho puede tener dos explicaciones: una histórica y otra, de orden político.

Desde el punto de vista histórico, el acentuado sesgo económico que impregnaba los Tratados de la CECA y de la CEE sumado al fracaso de las Comunidades Europeas de Defensa y Política marcaron una opción por dejar de lado la inclusión expresa de los derechos fundamentales en este proceso de integración. Se asumía que las cuestiones económicas no tenían por qué tener un impacto en los derechos de los ciudadanos y que el tema relativo a la cuestión de la protección de éstos debía canalizarse en el ámbito del Consejo de Europa (18). A este plano se le sumó el fracaso que devino de la falta de ratificación de los Tratados de las Comunidades de Defensa y Política, que sí tenían menciones expresas a la cuestión de los derechos fundamentales (19). Esto pareció indicar cierta des-

(18) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 72.

(19) El art. 3.1 del Tratado de la Comunidad Europea para la Defensa, firmado el 27/05/1952, determinaba: *"la Comunidad intervendrá... en la medida necesaria para el cumplimiento de sus tareas, garantizando en todo caso los derechos fundamentales del individuo"*. Por su parte, el proyecto de Estatuto para la Comunidad Política Europea, establecía que una de las tareas de esta entidad era *"la*

aprensión de la preocupación del marco comunitario por este tema e impuso el retorno al tratamiento de cuestiones eminentemente económicas en las normas fundantes.

Según la otra explicación posible, la ausencia de un catálogo de derechos y de una preocupación explícita por el tema (o sea, recogida en los tratados constitutivos de las comunidades existentes) se debió a una decisión político-jurídica. Según RASMUSSEN, quienes idearon y redactaron los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas deliberadamente optaron por guardar silencio en torno a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales.

En el contexto de los años cincuenta, estando frescas las aberraciones cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, es indudable que los autores de los textos jurídicos tuvieron en consideración el tema. Sin embargo, por su candencia en un contexto en el cual la soberanía se jugaba en cada decisión y en el que había cierto recelo a ceder mayores poderes a las Comunidades (20), y al cual se sumó un fuerte desacuerdo entre los redactores en torno a cómo debía encararse este tema a nivel comunitario (incluir una carta de derechos propia o referirse a otra), se optó por la llamada "*solución nacional*". Ésta implicaba que fueran los marcos jurídicos e institucionales de cada Estado miembro los que se ocupasen de la protección de los ciudadanos respecto de cualquier vulneración que en sus derechos pudieran sufrir por la actividad comunitaria. De este modo dejaban la tutela de los derechos humanos en manos de sus naturales guardianes: las Constituciones y los jueces nacionales (21).

Sin embargo, la "*solución nacional*" no fue conteste con lo que, años más tarde, el TJCE proclamó al determinar la primacía del derecho comunitario frente al derecho interno y al consagrarse como el guardián comunitario de los derechos y, en consecuencia, el garante de su protección en ese espacio.

Tal como lo apuntamos previamente es sabido que el accionar comunitario impactó en la cotidianidad de ciudadanos y empresas, particularmente en los derechos reconocidos por los sistemas nacionales, pero que la normativa comunitaria parecía contradecir, vulnerar o desconocer. En razón de ello, y dado que los tribunales nacionales no fueron el resorte último ni pertinente para dejarlos a salvo, se hizo necesaria la intervención del TJCE para zanjar la cuestión. Era menester saber, ahora explícitamente, si los derechos fundamentales —en la etapa de la integración europea de corte económico— estaban en la agenda comunitaria pese al silencio de los tratados constitutivos. Esto no lleva más que a analizar

contribución a la protección de los derechos humanos y libertades públicas en los Estados miembros", indicando —además— que las disposiciones de la primera parte de Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, nacido en el ámbito del Consejo de Europa, formarían parte del propio Estatuto de la citada Comunidad. Cfr. PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 20.

(20) Cfr. WEILER, J., "Method of protection: towards a second and third generation of protection" en CASSESE, A. y otros (edit.), *Human Rights and the European Community: methods of protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, p. 574.

(21) Cfr. RASMUSSEN, H., *On law and policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, p. 390.

si las cartas de derechos constitucionales tenían alguna virtualidad en el plano comunitario, y en su caso con qué alcance.

2. La postura inhibicionista del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): el caso “Stork” (22)

Hacia fines de la década del cincuenta, encontrándose en pleno funcionamiento la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), comienzan a presentarse ante el TJCE ciertos casos relacionados con supuestas violaciones a derechos de propiedad, ejercicio libre de la industria, del comercio e igualdad que enarbolaban empresas extractivas del carbón. El caso más conocido es el que comentamos seguidamente.

En el año 1958 la empresa Stork (dedicada a la distribución y comercialización de carbón de la cuenca del Ruhr) interpuso ante el TJCE un recurso de anulación de una decisión de la Alta Autoridad de la CECA emitida el 27/11/1957 (23) al entender que la misma implicaba una violación a sus derechos consagrados en la Ley Fundamental de Bonn y en todas las constituciones de los Estados miembros de la CECA.

Ante el planteo, el TJCE rechazó el recurso señalando que su función se ceñía a asegurar la vigencia del derecho comunitario y, por lo tanto, bogaría por la aplicación e interpretación del derecho originario y derivado, sin poder en ningún caso referirse al derecho interno de un Estado miembro.

Concretamente, el TJCE expresó:

“...de conformidad con el artículo 8 del Tratado, la Alta Autoridad únicamente ha de aplicar el Derecho comunitario, que carece de competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembros (...) de igual manera, y a tenor de lo previsto en el artículo 31 del Tratado, este Tribunal debe garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los Reglamentos de ejecución; que, por regla general no debe pronunciarse sobre las normas nacionales, que, por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que, al adoptar su Decisión, la Alta Autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán (en concreto, los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental)...” (24).

Así, éste fue uno de los primeros casos en el que se planteó una cuestión referida a derechos humanos. Sin embargo, el Tribunal evitó pronunciarse sobre el tema, argumentando que los únicos parámetros normativos para evaluar la legalidad del proceder comunitario eran los tratados y reglamentos mas no el derecho constitucional de los Estados parte.

(22) TJCE, asunto 1/58, “Stork & Cia. c. Alta Autoridad”, del 04/02/1959.

(23) Esta decisión estaba encaminada a conjurar ciertas prácticas colusorias que se daban en el sector.

(24) Considerando 4, apartados a y b.

3. Las razones de la acción pretoriana en la protección de los derechos fundamentales

a. El efecto directo y la primacía del derecho comunitario.

Más allá de la presión que por vía judicial ejercían los ciudadanos y las empresas para la defensa de sus derechos y la preservación de sus intereses, la construcción jurisprudencial en materia de derechos fundamentales también estuvo directamente enlazada con otras dos cuestiones: el diseño que el propio TJCE fue haciendo respecto del derecho comunitario y el fenómeno conocido como la “rebelión de los jueces”.

En cuanto a la primera, podría apreciarse la evolución jurisprudencial que comentaremos seguidamente como parte del proceso de delineamiento y construcción de las características y principios fundamentales del derecho comunitario. En este sentido, fue el propio TJCE el que a partir de la interpretación de los tratados fundantes de las Comunidades, con una visión integracionista y siempre apostando al desarrollo del bloque europeo hacia nuevos campos, dio calado y profundidad al derecho comunitario en su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Así, pasó de una visión inhibicionista con respecto a la protección y tutela de los derechos fundamentales en función del derecho interno (caso “Stork”) a una postura proteccionista. El paso de un posicionamiento a otro fue posible sólo después de que el TJCE delimitara los principios de autonomía, efecto directo y primacía del derecho comunitario, lo cual desencadenó la necesidad de adoptar un criterio respecto al tema y provocó que el Tribunal tuviera que expedirse.

Con el *leading case* “Van Gend & Loos” (25) el TJCE estableció que las normas comunitarias (tratados, reglamentos, directivas y decisiones) tienen la virtualidad suficiente para poner en cabeza de los ciudadanos y de las empresas derechos y obligaciones (éstas también pueden alcanzar a los Estados) que pueden ser reclamados ante las jurisdicciones pertinentes, siendo éstas las encargadas de protegerlos. Este principio es el llamado “*efecto directo*” y está directamente encaminado a tutelar la situación jurídica de los particulares y hacer posible que éstos puedan hacer operativo el reconocimiento de los beneficios que el derecho comunitario originario y derivado les acuerda.

En este caso se debatía la validez de una norma holandesa que había recalificado una materia prima a los fines aduaneros, y eso implicaba que por la importación de este producto debía pagarse un derecho superior al que se tributaba antes de la entrada en vigor del Tratado de la CEE. Éste, por su parte, fijaba en el artículo 12 la prohibición de incrementar los derechos de aduana y de imponer nuevos, ello en miras a la constitución de la unión aduanera.

Asimismo, en este fallo, el TJCE dijo que el derecho comunitario es:

(25) TJCE, asunto 26/62, “NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Nederlandse administratie der belastingen (administración tributaria de Holanda)”, del 05/02/1963.

“un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”.

De esta forma, el Tribunal consagró no sólo el efecto directo sino también la autonomía del derecho comunitario respecto del derecho nacional.

Un segundo resolutorio del TJCE terminó por delinear el alcance del derecho comunitario y estableció el principio de primacía. Se trata de la sentencia “Costa c. ENEL” (26), según la cual el derecho interno sancionado con posterioridad a la entrada en vigor de los tratados de derecho comunitario no es oponible a éste que debe aplicarse en “detrimento” de aquél.

Así el Tribunal, en primer lugar, reafirmó el carácter autónomo del derecho comunitario:

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

A partir de ello, derivó el principio de primacía que comentamos:

“Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”.

Y luego, selló la cuestión resaltando que:

“del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una

(26) TJCE, asunto 6/64, “Flaminio Costa c. Ente Nazionale de Energia Elettrica - ENEL”, del 15/07/1964.

limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.

En definitiva, si el derecho comunitario podía por sí mismo crear derechos y obligaciones en cabeza de los particulares y estas normas debían aplicarse de manera uniforme en todos los Estados parte de la Comunidad Europea, sin que el derecho interno de cada uno de ellos pudiera prevalecer frente a aquél en el ámbito de las competencias transferidas, ¿la actuación de la Comunidad en ejercicio de éstas debía tener algún marco de contención que brindase seguridad a los particulares en cuanto a su *status* jurídico?

Como no lo había en los Tratados y el TJCE debía siempre asegurar la efectiva aplicación de los Tratados sin poder referirse para ello al derecho interno (constitucional) de los Estados miembros, sumando la postura inhibicionista que en este sentido había planteado el propio Tribunal al auto-limitarse en la protección de los derechos fundamentales (caso “Stork”), y considerando además el mayor poder que iba cobrando la Comunidad al tomar decisiones vertebrales en temas cada vez más cotidianos y sensibles a las personas, hubo una reacción por parte de las jurisdicciones nacionales. Éste es el tema que pasamos a tratar.

b. La reacción de los tribunales constitucionales de Alemania y de Italia

Las jurisdicciones nacionales, encabezadas por los Tribunales Constitucionales de Alemania y de Italia, se encontraban en la siguiente situación: por un lado, en el ámbito interno, contaban con una carta de derechos inscrita en su máxima norma, la Constitución Nacional, que servía de contención a la actuación del poder público nacional y, por ende, de parámetro de control de validez de las decisiones públicas; por otra parte, el TJCE había consagrado la primacía de la normativa comunitaria, que su aplicación uniforme en toda la Comunidad era responsabilidad y deber de las administraciones estatales y que el respeto a su observancia debía ser garantizado por los jueces nacionales, quienes también asumían un rol comunitario. En este contexto, los jueces se planteaban hasta qué punto debían asumir la garantía de cumplimiento y aplicación uniforme del derecho comunitario cuando éste era cuestionado por los particulares por vulnerar los derechos humanos que les eran reconocidos en las cartas constitucionales de los Estados a los que pertenecían. De este modo, los jueces discutieron y controvertieron, por un lado, el principio de primacía del derecho comunitario, deficitario en cuanto a la carencia de todo parámetro de defensa de los derechos fundamentales; por el otro, la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad respecto al derecho comunitario derivado cuando éste era atacado en la integración regional por los particulares en cuanto a la vulneración de sus derechos.

Sin embargo, la discusión tenía una raíz netamente política: ¿hasta dónde podía avanzar el afán integrador si no existían instancias concretas de protección de los derechos humanos de los ciudadanos en sintonía con los estándares fijados por las Constituciones Nacionales?

A continuación, comentaremos los dos casos que pusieron “contra las cuerdas” al TJCE.

b.1. Sentencia “Solange I” (27)

En este caso el Tribunal Constitucional alemán se expidió acerca de la viabilidad de ejercer un control de constitucionalidad (28) respecto del derecho comunitario derivado a los fines de preservar los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn diciendo que:

“en tanto el proceso de integración de la Comunidad no haya alcanzado un desarrollo suficiente como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobados por un Parlamento y con vigencia efectiva, que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un Tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del ‘procedimiento de control de normas.’ Y una vez recibido el preceptivo dictamen prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Tratado, el Tribunal podrá estimar si la norma de derecho comunitario —aplicable al caso tal cual el fallo interpretativo emanado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— colisiona con uno de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental”.

En otro pasaje de la resolución, los jueces constitucionales consideraron que la transferencia de poderes soberanos operada en Alemania a favor de las Comunidades Europeas debía entenderse en el marco del respeto de la estructura fundamental de la Constitución y, por lo tanto, de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales.

De este modo, el *BVerfGE* (29) consideró que la integración europea era un proceso incipiente, que no tenía un parlamento democráticamente elegido ni un catálogo de derechos propio por lo que las Comunidades carecían de un nivel de protección de los derechos equiparable al que otorgaba el Estado teutón. En este punto de su argumentación, el Constitucional usó el adverbio que dio nombre a la sentencia que comentamos, *solange*, que significa “mientras que”, “en la medida que”, “en tanto y en cuanto que”. Así, en tanto que no exista un catálogo de derechos fundamentales emanado de un parlamento democrático, elegido de modo directo y por sufragio universal, se debe mantener y reafirmar la competencia del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales y a la Ley Fundamental de Bonn como parámetro de control de aplicabilidad de las normas comunitarias secundarias.

Como consecuencia, los tribunales alemanes inferiores, después de acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial fijada en el artículo 234 del Tratado de Funcionamiento de las Comunidades Europeas (TFCE), tendrían la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando el sentido hermenéutico

(27) BVerfGE 37, 271, asunto “Solange Beschluß”, del 26/05/1974.

(28) Veremos luego que se trata de un control de aplicabilidad. Hay una variación en los términos utilizados que hacen más diplomática la posición del Tribunal, pero a los fines prácticos no produce ninguna modificación.

(29) Son las siglas en alemán que representan al Tribunal Constitucional de Alemania.

dado por el TJCE a la norma comunitaria fuera incompatible con los derechos fundamentales inscriptos en la Carta Constitucional. A partir de ello, quedaría expedita la competencia del Tribunal Constitucional para analizar la aplicabilidad de la normativa impugnada, a la luz del derecho constitucional alemán, pero considerando la interpretación dada por el TJCE.

Es preciso decir que el BVerfG no se reconoce competente para decidir acerca de la validez o invalidez de las normas comunitarias. Sí, en cambio, se reconoce competente a los fines de considerarlas no aplicables por los tribunales o autoridades alemanas, en la medida que dicho precepto colisione con un derecho fundamental consagrado en el Ley Fundamental de Bonn.

Si bien, la mayoría del Tribunal Constitucional alemán no vio esta sentencia como un obstáculo a la aplicación uniforme del derecho comunitario y el cuestionamiento al principio de primacía fue minimizado, en el voto en disidencia de tres magistrados dejaron a salvo su opinión. Apuntaron que la salvaguardia de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario era adecuada y suficiente, remarcando que la (in)existencia de un catálogo escrito de derechos propio no era relevante. Asimismo plantearon que la subordinación del derecho comunitario a los derechos fundamentales, tal cual estaban previstas en el ordenamiento constitucional de cada Estado parte atentaba contra la unidad jurídica europea, poniendo en peligro la existencia misma de la Comunidad (30).

b.2. Sentencia “Frontini” (31)

En esta ocasión, algunos meses antes de la sentencia alemana, el Tribunal Constitucional italiano se detuvo a analizar la relación entre el derecho comunitario y el interno cuando lo que se encuentra en la picota son los derechos humanos de los ciudadanos italianos. Afirmó:

“por otro lado, es necesario recordar que la competencia normativa de las instituciones de la CEE, previstas en el artículo 189 del Tratado de Roma, se limita a materias relativas a las relaciones económicas, es decir, aquellas para las cuales nuestra Constitución establece ciertamente la reserva legal o reenvío a la ley, pero las disposiciones precisas y particulares del Tratado ofrecen una garantía segura, de manera que parece difícil admitir incluso en abstracto el caso en el cual un reglamento comunitario podría tener incidencia en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticos, incluyendo disposiciones contrarias a la Constitución italiana. Apenas si es preciso añadir que, sobre la base del artículo 11 (32) de la Constitución, las limitaciones de soberanía no han sido autorizadas más que para la consecución de las fina-

(30) Cfr. PI LLORENS, M., op. cit., pp. 30-31.

(31) Corte Costituzionale, decisión 183/1973, “Frontini et Pozzani”, del 27/12/1973.

(32) El art. 11 de la Constitución determina que *“Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos y como medio de solución de controversias internacionales; consentirá en condiciones de igualdad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”*. Esta disposición es la cláusula de apertura que le ha permitido participar en el proceso de integración regional europeo.

lidades que se indican en dicha norma, es necesario, pues, excluir que estas limitaciones, concretamente precisadas en el Tratado de Roma, firmado por países cuyos órdenes jurídicos se inspiran en los principios del Estado de derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos, puedan de algún modo suponer, para las instituciones de la CEE, un poder inadmisiblemente de violar los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana. *Es evidente que, si se debiese dar una interpretación tan aberrante del artículo 189, la garantía del control constitucional de este tribunal sobre la compatibilidad constante del tratado con los principios fundamentales mencionados estaría, en este caso, siempre asegurada*" (33).

Como podrá leerse, el *Constituzionale* realiza un fuerte y claro llamado de atención a las autoridades comunitarias: si ellas, con las decisiones nacidas en el ejercicio de las competencias que les fueron transferidas, vulneran los derechos fundamentales reconocidos en el orden constitucional, el Tribunal ejercerá el control de constitucionalidad de tales medidas a los fines de salvarlos.

De las dos decisiones explicadas se colige que las jurisdicciones constitucionales de dos Estados con un pasado reciente similar (34) bogaron por la extensión de las facultades de control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario en caso de que éste pudiera poner en peligro o vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en las cartas constitucionales nacionales. En este sentido, reafirmaron su poder de garantes de los derechos humanos ante un nuevo actor capaz de ejercer competencias otrora soberanas, con la virtualidad suficiente para penetrar en los espacios de libertad protegidos por los decálogos de derechos. Así, se cuestiona jurídica y políticamente el principio de primacía que el TJCE había estipulado a favor de las normas de las Comunidades Europeas pues establece que si una ellas puede violentar los derechos de los ciudadanos, los tribunales nacionales competentes pueden ejercer su poder de invalidación constitucional por considerar vulnerada, de ese modo, la Constitución Nacional, norma que establece el marco en el cual cada Estado cede el ejercicio de sus competencias soberanas a las nuevas instituciones comunitarias.

c. La postura proteccionista del TJCE

Luego de haber delineado los principios estructurantes del derecho comunitario europeo al TJCE se le planteó un nuevo desafío: mantener esos principios sin desconocer los derechos individuales.

A partir de la presión que las jurisdicciones constitucionales alemana e italiana hicieron en relación a la puesta en tela de juicio del principio de primacía del derecho comunitario a la luz de la falta de previsión y respuesta en cuanto a la

(33) El destacado es propio.

(34) Ambas naciones vivieron un pasado dictatorial que avaló y promovió sistemáticas y masivas violaciones a los derechos humanos. Nos referimos, claro está, a los regímenes nazi y fascista.

protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, el TJCE se vio “contras las cuerdas”. Esto significa que se colocó y fue colocado en la posición de tener que dar alguna respuesta concreta y satisfactoria respecto del compromiso que las Comunidades Europeas tenían en cuanto a la protección efectiva de los derechos de los particulares alcanzados por su accionar. Esa respuesta se plasmó, principalmente, en las cuatro sentencias que pasamos a comentar.

c.1. Caso “Stauder” (35)

La Comisión, hacia el año 1969, había autorizado a los Estados miembros a vender manteca a un precio diferencial a personas con necesidades económicas apremiantes, de modo tal de reducir y poner en el mercado cierto excedente de este producto. Ahora bien, para determinar los sujetos que podían beneficiarse con esta medida, en Alemania se decidió identificarlos mediante la provisión de una tarjeta con cupones en la que estaba inscripto el nombre de la persona que podía acceder a la manteca a menor valor.

Stauder, beneficiario de esta medida, consideró que el deber de presentar la tarjeta identificatoria para adquirir el producto a precio diferencial era violatorio de su derecho constitucional a la dignidad humana. Por ello, al entender que se estaba vulnerando los artículos 1 y 3 de la Ley Fundamental de Bonn, planteó un reclamo administrativo para que se suprimiera la exigencia comentada. En el marco de este procedimiento se articuló una cuestión prejudicial para que el TJCE se expidiera respecto a la interpretación de la decisión de la Comisión a la luz del derecho comunitario.

El TJCE, luego de analizar las distintas versiones idiomáticas en las que fue traducida la decisión de la Comisión, estableció que las tarjetas que habilitaban la compra a menor valor de los excedentes de manteca no debían necesariamente identificar al beneficiario con nombre y apellido pero sí individualizarlo de algún modo.

En lo que hace al tema de la presunta violación de derechos humanos, el Tribunal dijo *“Que así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de hacer peligrar los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal...”* (36).

Esta sentencia supone un cambio de visión en el TJCE: diez años antes se había negado a pronunciarse en cuanto al agravio en materia de derechos individuales; ahora modificaba su actitud de cierta indiferencia hacia el tema y explícitamente determinaba que los derechos fundamentales son una preocupación del TJCE, son garantizados por la institución e integran el derecho comunitario como principios generales.

(35) TJCE, asunto 29/69, “Stauder c. Ciudad de Ulm”, del 12/11/1969.

(36) Considerando 7.

c.2. Caso “*Internationale Handelgesellschaft*” (37)

Internationale Handelgesellschaft había obtenido su certificado para la importación y exportación de productos agrícolas luego del pago de la fianza correspondiente. Ese certificado se había condicionado al respeto, por parte de la empresa, de las condiciones de la fianza, pero como la compañía se había excedido en el uso de ese certificado fue sancionada mediante la retención de un porcentaje de aquélla. En razón de esto la empresa impugnó la sanción ante el Tribunal Administrativo de Frankfurt al considerar que violaba el principio de proporcionalidad creado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional alemán en virtud de la interpretación de los artículos 2 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn.

El TJCE, al analizar si el régimen de fianza podía violentar derechos fundamentales, consideró:

“que, en efecto, el respeto a los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal [y] que la protección de estos derechos, al inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad” (38).

El Tribunal de Luxemburgo terminó sentenciando que ni el marco jurídico de las fianzas para la obtención de autorizaciones para importar y exportar productos agrícolas ni su aplicación vulneraban los derechos fundamentales de la empresa demandante. Sin embargo, dejó explícita la primera referencia hecha desde el derecho comunitario al derecho interno, especialmente al constitucional: éste es fuente de inspiración para aquél a la hora de garantizar, en el marco de la Comunidad Europea, la efectividad de los derechos fundamentales.

Sin duda, esta innovación en el sistema jurídico comunitario estuvo dada por la especial consideración que los jueces del TJCE han tenido respecto del dictamen del Abogado General, quien dijo que “...*los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos nacionales contribuyen a formar el sustrato político y jurídico común a todos los Estados miembros que, a través del case-law y del Derecho comunitario no escrito, emerge, uno de cuyos principales objetivos es precisamente asegurar el respeto de los derechos fundamentales del individuo...*”

c.3. Caso “*Nold*” (39)

Este asunto versaba sobre a quiénes y bajo qué condiciones las empresas mineras de la región del Ruhr podían vender su producción (40). Esta cuestión

(37) TJCE, asunto 11/70, “*Internationale Handelgesellschaft mbH c. Einfuhr- und vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*”, del 17/12/1970.

(38) Considerando 4.

(39) TJCE, asunto 4/73, “*C.N. Nold, Kohlen- und Baustoffgrobhandlung c. Comisión*”, del 14/5/1974.

(40) Sólo se autorizaba la venta directa de carbón a comerciantes al por mayor que en el año carbonífero anterior hubiesen revendido cierta cuantía de su *stock* o, que sin haberlo hecho, se hubiesen aprovisionado de cierta cantidad de combustible.

estaba regida por una serie de decisiones que hacia diciembre de 1972 fueron modificadas, motivo por el cual la empresa Nold interpuso un recurso de anulación y suspensión de los efectos de la nueva normativa. La empresa consideraba que los nuevos requerimientos que la CECA imponía (aumentaba las cantidades de carbón que las compañías mayoristas debían adquirir para poder comprárselo directamente a las firmas extractivas) la dejaban fuera del mercado de comercialización de carbón, afectando sus derechos de propiedad y ejercicio de actividades profesionales, protegidos por la Constitución alemana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al resolver, el Tribunal manifestó:

“Considerando que, como ya lo ha afirmado el Tribunal, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura; que al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados; que los instrumentos internacionales, relativos a la protección de los derechos del hombre en que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido, pueden, asimismo, proporcionar indicadores que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario...” (41).

Si bien el Tribunal comunitario rechazó la pretensión de Nold, estableció un nuevo paso en materia de protección de los derechos fundamentales. Así, reiteró los extremos establecidos en las sentencias “Stauder” e “Internationale Handelsgesellschaft”, apuntando un nuevo criterio de protección: los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que participan los Estados miembros de las Comunidades.

c.4. Caso “Hauer” (42)

Se trata de una persona de nacionalidad alemana que deseaba plantar una viña en terrenos de su propiedad. Para ello, solicitó las autorizaciones pertinentes al “Land” (43), las cuales le fueron denegadas en base a un reglamento comunitario mediante el cual se prohibía la concesión de nuevos permisos. Hauer, ante esto, planteó la impugnación de tal decisión argumentando que la norma comunitaria era incompatible con los derechos de propiedad privada y de ejercicio libre de la actividad profesional previstos en los artículos 12 y 14 de la Constitución de Alemania.

Si bien el TJCE falló declarando la validez del reglamento en cuestión, tuvo oportunidad para decir lo siguiente:

(41) Considerando 13.

(42) TJCE, asunto 44/79, “Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz”, del 13/12/1979.

(43) El “Land” o los “Länder son los estados federados que componen la Federación Alemana, es decir, unidades territoriales con un gobierno propio y autónomo, que deben responder a los principios constitucionales del Estado de derecho consagrados en la Constitución alemana.

“Como lo ha afirmado el Tribunal en su Sentencia del 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, el tema relativo a una eventual violación de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades *no puede apreciarse más que en el propio marco del Derecho comunitario*. La introducción de criterios de apreciación particulares, procedentes de la legislación o del ordenamiento constitucional de un Estado miembro determinado, al suponer violación a la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario, tendría ineluctablemente por efecto romper la unidad del Mercado Común y hacer peligrar la cohesión de la Comunidad;

“El Tribunal ha subrayado asimismo, en la Sentencia citada y posteriormente, en la Sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold, que los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura; que, al asegurar la protección de estos derechos, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de estos Estados; que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre, en que han cooperado los Estados miembros, o a los que se han adherido, pueden, asimismo, proporcionar indicadores que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario. Esta concepción ha sido posteriormente reconocida por la declaración conjunta de la Asamblea, el Consejo y la Comisión, de fecha 5 de abril de 1977, que tras haber recordado la jurisprudencia del Tribunal, se refiere, por una parte, a los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados miembros y, por otra, al Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950...” (44).

La frase “*el tema relativo a una eventual violación de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede apreciarse más que en el propio marco del Derecho comunitario*” deja muy en claro que el derecho comunitario sólo puede medirse a sí mismo. Pero como en ese momento no tenía parámetros propios para evaluar su validez, incorporó a su órbita e hizo propias, como principios generales del derecho, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, los tratados sobre derechos humanos en los que estos “cooperan”, haciendo una particular referencia al CEDH. Todo esto encerraba un objetivo: salvaguardar y reafirmar la autonomía y primacía del derecho comunitario respecto de los derechos nacionales y el derecho internacional, por un lado; y tranquilizar a las jurisdicciones nacionales en cuanto a su preocupación por la protección de los derechos fundamentales, por el otro. De este modo, el TJCE salvaguardó la construcción del derecho comunitario como sistema jurídico autónomo y dio respuesta a una demanda de la ciudadanía y de los Estados: la tutela de los derechos individuales, la garantía de la libertad y la auto-restricción y el auto-control en el ejercicio de las competencias atribuidas por los Estados a las Comunidades.

Así las cosas, la validez de los actos comunitarios debe ser apreciada a la luz del propio derecho comunitario, puesto que recurrir a reglas o nociones

(44) Considerandos 14 y 15, el destacado es propio.

jurídicas externas atentaría contra la unidad y eficacia del derecho comunitario (45).

Nos queda hacer una observación del desarrollo jurisprudencial en un sentido jurídico. En la línea sugerida, puede decirse que el TJCE ha establecido preterianamente un sistema de protección de derechos en el ámbito de las Comunidades Europeas basado en cuatro pilares:

- La comprensión comunitaria de los derechos fundamentales (*Internationale Handelsgesellschaft*).
- La manifestación de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario como principios generales del derecho (*Stauder*).
- La existencia de un compromiso del TJCE con la tutela de los derechos (*Stauder*).
- La referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que éstos hayan ratificado, en particular al CEDH (*Internationale Handelsgesellschaft, Nold y Hauer*), como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales. Esto implica que los parámetros de referencia se establecen por remisión a normas extra-comunitarias.

Luego de analizar los antecedentes jurisprudenciales comentados y contextualizando ello en el proceso de la integración regional, la situación histórica y la trama política del momento, podríamos concluir que la garantía de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas, antecesoras de la UE, sólo fue posible gracias al activismo judicial y al diálogo interjurisdiccional. Asimismo, ello estuvo motivado no sólo en la necesidad real de dar un marco de protección a las personas y empresas en su interacción con las normas comunitarias sino también en la de sostener el proceso de integración europea y sus principios jurídicos fundamentales (la primacía y el efecto directo de las normas). Además, fue prioritario tranquilizar las preocupaciones aventuradas por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano y conjurar cualquier destello de insurrección en otros Estados. Fue preciso dotar de confianza a los Estados, a los particulares y también proteger el proyecto europeo cuyo diseño tomaba mejor forma a partir de la interpretación que de los Tratados hacía el TJCE. Generar un discurso en torno a la protección de los derechos humanos pareció ser la vía más útil para ello.

d. *¿El fin de la disputa?*

La discusión inter-jurisdiccional pareció zanjarse recién en 1986, cuando el Tribunal Constitucional alemán dictó la sentencia conocida como “Solange II” (46), a través de la cual los jueces manifestaron que ante el incremento de las garantías de los derechos fundamentales a nivel europeo, el Tribunal estaba

(45) Cfr. PI LLORENS, M., op. cit., p. 24.

(46) BVerfGE 73, 339, asunto “Solange II Beschluf”, del 22/10/1986.

en condiciones de reconocer la preeminencia del derecho comunitario sobre el ordenamiento interno en tanto y en cuanto este nivel de protección se mantuviera. Mientras que (“solange”) en el ámbito de las Comunidades existiera un nivel de protección de los derechos fundamentales suficiente no sería menester aplicar los derechos fundamentales tal cual estaban inscriptos en la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, si dicho nivel disminuiese en forma drástica y manifiesta, se haría necesario volver a acudir a su jurisdicción en los términos de la sentencia “Solange I”.

De esta forma el *BVerfG* al paso que asumió la primacía del derecho comunitario sobre el derecho alemán se reservó la competencia de determinar la existencia de un nivel de protección de derechos aceptable a la luz de la Constitución germana. Esto significaba que si bien el *BVerfG* le daba una tregua al TJCE, seguía concibiéndose capaz de intervenir pues “...la abstención de enjuiciar la conformidad de los actos comunitarios con las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, y la correspondiente inadmisibilidad de cuestiones de inconstitucionalidad, estaban condicionadas al mantenimiento de un nivel de protección adecuado de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario...” (47).

4. El camino hacia la positivización

a. La actuación de las instituciones comunitarias: una carta comunitaria vs. la adhesión al CEDH

Tal como lo comentamos en el apartado anterior, la UE (y sus antecesoras: las Comunidades Europeas) nació desprovista de un marco de protección sobre los derechos humanos. Sin embargo, ese déficit inicial fue cubierto mediante el accionar jurisdiccional del TJCE.

Pese a ello, la cuestión relativa a la garantía de los derechos fundamentales no fue finiquitada en los años setenta con las sentencias referenciadas. A medida que fue complejizándose el marco institucional al paso de ampliarse el ámbito de competencias ejercidas por las Comunidades (48), existieron otros hitos en la evolución del derecho comunitario que mantuvieron viva esta preocupación.

(47) VIDAL PARDO, C., “Tribunales Constitucionales Nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en CARRASCO DURÁN, M., y otros (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, 2006, vol. 1, pp. 2337-2360.

(48) El Acta Única Europea del año 1986 (publicada en el Diario Oficial, L 169, del 29/6/1987) implicó una ampliación sustantiva de las competencias comunitarias en tanto supuso la constitución del mercado común europeo. Esto, sin dudas, tuvo implicancias directas en el quehacer cotidiano puesto que podía afectar los derechos de los consumidores, de los trabajadores, de las empresas, etc. Sin embargo, esta ampliación de la actuación comunitaria no fue acompañada de medidas tendientes a enmarcar las decisiones de las instituciones en un plano de respeto a los derechos y, por ende, en la fijación de límites más precisos y controles más fuertes para evitar decisiones reñidas con la justicia y los derechos fundamentales. Sólo se dedicó un párrafo a la cuestión en el preámbulo del Acta en la que se expresó el compromiso de los Estados signatarios en “promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular, la libertad, la igualdad y la justicia

En 1977, el Parlamento, la Comisión y el Consejo suscribieron una declaración conjunta sobre su compromiso con los derechos humanos resaltando la importancia de los derechos fundamentales particularmente los que se derivan de las Constituciones de los Estados signatarios y del CEDH.

También las mismas instituciones comunitarias se plantearon la posibilidad de que las Comunidades se adhirieran al Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) (49). En 1979 se cristalizó esta visión en el Memorandum de la Comisión, el que afirmaba “*la adhesión como la mejor vía para fortalecer la protección de los Derechos Fundamentales en la órbita comunitaria*” (50).

La propuesta de adhesión de la Comunidades al CEDH se presentaba como la más conveniente: parecía el mecanismo más sencillo para asegurar la garantía de los derechos, en contraposición con la consagración de una carta de derechos propia pues aquella vía partía de un nivel de protección mínimo y común a todos los Estados parte y asimismo era una solución avalada por el prestigio de un sistema en funcionamiento y exitoso, cuyas cualidades destacadas y sentencias habían sido también enfatizadas por el propio TJCE.

No obstante ello, esta solución propiciada por la Comisión para dar un paso más concreto en la protección de los derechos estableciendo un marco normativo específico y no librado a la interpretación del TJCE no tuvo acogida por el Consejo.

Por su parte, en 1989, el Parlamento Europeo adoptó la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales. Ésta es un catálogo de derechos que recopila los derechos consagrados en las Constituciones de los Estados parte y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales. Esta declaración, de carácter político, sirvió de inspiración para la posterior Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El mismo año se adoptó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, instrumento sin carácter vinculante que sirvió para resaltar la di-

social”. Esta manifestación, no obstante su valor político, no significó un avance concreto hacia la instauración normativa de un sistema de tutela ni, por ende, una mejora en este plano.

(49) Creado en el ámbito del Consejo de Europa, y también conocido como “Carta de Roma”, es el tratado fundamental en materia de protección de derechos humanos en el sistema europeo de salvaguardia de los derechos. A la fecha 47 Estados europeos se han obligado internacionalmente por el primer instrumento jurídico vinculante en materia de derechos humanos, entre ellos, los 28 miembros de la UE. Como en todo sistema internacional de tutela, sólo pueden ser demandados los Estados adherentes por la violación de los derechos consagrados en tal documento, siempre y cuando el denunciante haya agotado los recursos internos. En este sentido, el sistema europeo, al igual que el interamericano y el universal, es subsidiario al nacional en cuanto a la protección de los derechos de las personas y se encamina a hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado que viola el Convenio o que es tolerante con hechos que implican la vulneración de los derechos inscriptos en la Carta de Roma.

(50) CORCUERA ATIENZA, J., “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel” en CORCUERA ATIENZA, J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 77.

mención social de la Comunidad en el contexto de la implementación del mercado único.

A partir de este momento comienza a plantearse entre los teóricos y funcionarios de las Comunidades una dualidad excluyente de soluciones: la consagración de un decálogo de derechos propio vs. la adhesión de la Comunidad Europea (CE) al CEDH.

En el año 1994, la Comisión volvió a insistir con la idea de hacer parte a la ahora UE del CEDH y el Consejo decidió plantear esta inquietud al Tribunal. Éste se expidió en el Dictamen 2/94. La pregunta presentada por el Consejo consistía en si la adhesión de la CE al CEDH era compatible con el Tratado Constitutivo.

En este pronunciamiento, el TJCE tomó por primera vez intervención en la polémica ya instalada en el ámbito de las instituciones políticas de la Comunidad y determinó:

- Que en el ámbito de la Comunidad existe la garantía judicial de los derechos como principios generales y hace referencia al bagaje jurisprudencial en este sentido.
- Que el respeto a los derechos fundamentales constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios.
- Que *“la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario”*.
- Que el principio de atribución de competencias es el que guía los límites de actuación de la Comunidad y, en ese sentido, impide la adhesión al CEDH, la que sólo podría materializarse mediante una modificación del Tratado.

Concretamente expresaron: *“Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones constitucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”*.

A partir de la posición manifestada por el TJCE, apoyada en la interpretación del derecho originario y sustentada, también, en una visión política (51) de la

(51) No nos olvidemos que originariamente fueron los Estados los que hicieron, a través de sus cartas constitucionales, el reconocimiento de los derechos individuales y los que, en consecuencia, fueron los garantes de esos derechos. Es decir, que estas cuestiones estaban enmarcadas en el ámbito interno gobernado por el principio de soberanía estatal. Por lo tanto, cualquier consideración en esta temática tenía que hacerse pero de una manera cuidadosa, a los fines de que los Estados no vieran menguadas sus tradicionales potestades.

cuestión, quedó abierto el camino. ¿La discusión ahora pasará al ámbito de los tratados? ¿Habrá alguna mención a los derechos humanos en ese campo? ¿Podría esperarse una carta de derechos propia de la Comunidad? ¿O se reformarán los tratados para hacer viable la idea de obligar internacionalmente a la CE mediante su adhesión al CEDH?

b. El Tratado de Maastricht

En el año 1992 se firmó un nuevo tratado que aglutinó a los Estados fundadores y a los miembros que fueron adhiriéndose entre los '70 (Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Dinamarca e Irlanda) y '80 (Grecia, España y Portugal). Este acuerdo fue de máxima importancia toda vez que es el que creó la UE, la que asumió la continuidad de las Comunidades del Carbón y del Acero y Económica Europea y reemplazó el compromiso del Acta Única Europea en torno a la plena constitución del mercado común.

Asimismo este instrumento supuso un importante momento en la historia jurídica de la integración europea pues, por primera vez, el derecho originario hizo una mención explícita y vinculante en materia de derechos fundamentales. La incorporación del artículo F.2 expresó positivamente el compromiso con la vigencia de los derechos humanos del siguiente modo:

“la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Como podrá apreciarse, la formulación incorporada al derecho originario de la UE siguió los lineamientos aportados por la jurisprudencia del TJCE antes desarrollada. De esta forma se positivizó la creación pretoriana del Tribunal de Luxemburgo en materia de protección, respeto y garantía de los derechos fundamentales. Con esta formulación quedaron, en efecto, comprometidos jurídicamente no sólo los Estados parte de la UE sino también sus instituciones y los ciudadanos europeos (cuyo status se reconoció también con este tratado).

Sin embargo, aún quedaban ciertos puntos pendientes de atención: no había una catalogación de los derechos sino que se mantuvo la remisión a textos externos al derecho de la Unión, por lo que no había una definición expresa sino una mera indicación. El otro estaba dado por el hecho de no haberse incluido en el ámbito de competencias del ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la posibilidad de que sea la jurisdicción comunitaria la que tuviera capacidad de examinar el apego de las instituciones a esta nueva norma, el F.2.

Se ha dicho, en el sentido sugerido que:

“...el TUE [Tratado de la Unión Europea] no hace sino dar forma legislativa a la práctica jurisprudencial del TJCE. La mención al CEDH en su artículo no supone en modo alguno configurar ésta como una fuente directa de derecho comunitario, del mismo modo que no lo es el derecho constitucio-

nal de los Estados miembros. De hecho, la mención explícita y simultánea de ambas fuentes confirma que éstas sólo pueden tener carácter orientativo: la Unión debe respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en la CEDH, pero también tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La vinculación simultánea a dos normas que pueden diferir en los estándares, como de hecho sucede, no hace sino confirmar que su carácter de fuente de derecho comunitario se agota en el nivel, mucho más genérico, de los principios” (52).

También fue una innovación fundamental el reconocimiento de la ciudadanía europea como el *status* jurídico propio de los nacionales de los Estados que componen la Unión. De esta manera, se afirmó la idea de que este Espacio Integrado tiene proyección directa sobre la vida de las personas y se permitió su mayor participación en este ámbito, mediante el reconocimiento de derechos y obligaciones específicas a quienes reúnen la condición de ciudadano europeo. En capítulos posteriores nos encargaremos de la envergadura de este tema.

c. El Tratado de Ámsterdam

En 1997 encontramos un nuevo punto en el devenir de los derechos humanos en la integración europea. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, cuyo mayor trabajo estuvo dado en adaptar del sistema institucional a la incorporación de nuevos Estados a la UE, se zanjó una de las mayores críticas que recibió el Tratado de Maastricht: se le otorgó competencia al TJUE para que evaluar el cumplimiento del artículo F.2, es decir, el respeto de la Unión por los derechos humanos.

d. El Consejo Europeo de Niza: la proclamación solemne de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

Desde el punto de vista jurídico, ni el Tratado de Maastricht ni el de Ámsterdam hicieron las modificaciones necesarias para que la UE pudiera adherir al CEDH. En este sentido, a este momento, no se consideraron los extremos apuntados por el TJCE para hacer viable que la UE pudiera obligarse internacionalmente por este instrumento de derechos humanos.

De este modo, y luego de las referencias que en ambos tratados se hizo a la cuestión, el trabajo de las instituciones comenzó a encaminarse hacia la otra solución que inicialmente se visualizaba para garantizar los derechos fundamentales: la adopción de una carta propia.

Con este objetivo, en 1997 la Comisión creó un grupo de expertos para que estudiaran la situación de los derechos fundamentales en la UE y la posible inclusión de una declaración de derechos en la próxima revisión de los tratados. Este equipo presentó en 1999 su informe denominado “Afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de

(52) RODRÍGUEZ VERGARA, A., “Ordenamiento comunitario y convención europea de derecho humanos” en CORCUERA ATIENZA, J., op. cit., p. 111.

actuar” (53) en el que alegaba que: “*La ampliación de las tareas de la Unión Europea demuestra que el reconocimiento de los derechos fundamentales no es una política a largo plazo, sino una necesidad a corto plazo*”.

Asimismo, los notables afirmaron que la garantía de los derechos humanos debería abarcar todo el accionar de la UE, sin distinguir por pilares (54) y que era necesario clarificar el estado de situación de los derechos efectivamente reconocidos mediante una catalogación y no mediante la técnica de la remisión a textos extra-comunitarios (55). Por estas razones, el comité de sabios aconsejó adoptar una carta de derechos que agrupara los ya consagrados en el CEDH, que sumara una formulación adaptada a las experiencias y necesidades de la UE y que estuviera incluida en el derecho originario.

Vale aquí citar las palabras de Javier CORCUERA ATIENZA a modo de resumen:

“En sus recomendaciones, la Comisión de expertos aconseja adoptar un planteamiento amplio pues ‘garantizar el respeto a los derechos fundamentales con independencia del asunto o pilar de que se trate no es sólo un deber básico de la Unión Europea, sino también una responsabilidad común de los Estados miembros y de la Unión’. Los Derechos han de afectar también las relaciones con los no ciudadanos de la UE, deben ser ‘visibles’, ‘lo que implica su enumeración expresa, a riesgo de repetirse, en lugar de una simple referencia general a otros documentos en los que figuran’ y han de poder ser protegidos por los Tribunales. La Unión ha de mantener competencias en materia de Derechos Fundamentales y coordinarlas con las de sus Estados Miembros, y ha de conjugarse también un sistema que permita la coordinación entre el TJCE y el TEDH” (56).

Así y gracias a la propulsión de la presidencia alemana de la UE (enero-junio de 1999) se le dio gran impulso al tema pues era uno de los objetivos de esta delegación lograr la adopción de una carta de derechos que se incorporara a nivel de los tratados. De este modo, las recomendaciones del grupo de expertos fueron tenidas en cuenta cuando se celebró el Consejo Europeo de junio de 1999 en Colonia (Alemania). En esa oportunidad, los Jefes de Estado y de Gobierno en-

(53) Universidad de Salamanca, *Servicio de Información sobre Discapacidad* [en línea] <http://sid.usal.es/idos/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf> [consulta: 28/05/2012].

(54) El Tratado de Maastricht organizaba las competencias atribuidas a la UE en tres grupos o “pilares” —según la jerga especializada—: el pilar comunitario contenía todas las competencias plenamente cedidas a la UE que referían al mercado común y continuaba las labores de la CECA y la CEE; un segundo pilar agrupaba actividades relacionadas con el espacio de justicia y asuntos interiores; y el tercero, abarcaba la política exterior y de seguridad común. Los dos últimos se implementaban por medio de la cooperación entre los Estados parte. Sólo al pilar comunitario se aplicaban las previsiones relativas a los derechos fundamentales tal como estaban reconocidos en el art. F.2 del Tratado de Maastricht.

(55) “*Todos los derechos deberían figurar en un texto único. Sería conveniente abandonar tanto la actual dispersión en los Tratados como las amplias referencias a diversas fuentes internacionales y supranacionales, a fin de garantizar la claridad que exige el carácter fundamental de estos derechos*”. Cfr. Informe “Afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar”, op. cit., p. 18.

(56) CORCUERA ATIENZA, J., op. cit., p. 83.

tendieron que había que poner en práctica una carta de derechos fundamentales en el marco de la UE. Ésta debía consagrar los que hacen a la libertad e igualdad, las garantías procesales tal cual están previstas en la CEDH y como surgen de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados parte, además de contener los derechos exclusivos que hacen al *status* de ciudadanía y una referencia a los derechos económicos, sociales y culturales siempre y cuando ello no interfiriera con los objetivos de la UE. Así, el Consejo Europeo de Colonia dio mandato para la elaboración de este catálogo.

Un año más tarde, en diciembre del 2000, en el marco del Consejo Europeo celebrado en Niza, se presentó la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (57) (en adelante, CDF), la que fue aprobada por esa institución y proclamada solemnemente el 7 de diciembre por las instituciones comunitarias (Comisión, Consejo y Parlamento).

Sin embargo, la CDF no se incorporó al derecho comunitario originario: quedó como un instrumento de la UE que cristalizaba la voluntad política de los órganos comunitarios y de los Estados de respetar y garantizar los derechos de las personas que se encontraran bajo la jurisdicción de la Unión (58). Esto significó que la proclamación de esta carta tuvo un carácter eminentemente solemne y simbólico mas no tuvo fuerza vinculante en términos jurídicos. Este punto ha sido objeto de críticas porque a esa altura del proceso evolutivo en materia de derechos humanos estaban dadas las condiciones para dar un paso más firme. Sin embargo, debe reconocerse el avance que significó establecer un listado de derechos autónomo en cuanto a otros catálogos.

Analizar el contenido de la CDF escapa al objeto de nuestro trabajo, sin embargo podemos brevemente decir que la enumeración de derechos estuvo fuertemente inspirada en el CEDH en lo que respecta a los derechos civiles y políticos, y en la Carta Social Europea en lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales. Además, agregó derechos con una formulación que podríamos considerar “más moderna”, es decir, ajustada a la realidades actuales: por ejemplo, el matrimonio y la constitución familiar no quedaron circunscriptos a la unión hombre-mujer, el derecho al respeto de la correspondencia se sustituyó por la privacidad de las comunicaciones, y se incorporaron derechos relativos a la protección de los datos personales y al acceso a documentos oficiales (59). Este aspecto ha sido muy bien estimado por los especialistas y en ese sentido se consideró a la UE como un espacio vanguardista en materia de reconocimiento de nuevas situaciones y de los derechos que las contemplan y protegen.

(57) Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), el 18/12/2000, en el boletín C 364/I-22.

(58) En este sentido, significó un “acuerdo interinstitucional ... un compromiso de adhesión a unas directrices comunes de procedimiento que genera obligaciones morales y políticas para las instituciones que lo han suscrito, si bien no confiere derechos sobre las terceras partes”. Cfr. DUTHHEIL DE LA ROCHERE, J., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos” en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009, T. II, p. 196.

(59) Para un análisis exhaustivo de la CDF recomendamos la lectura de DUTHHEIL DE LA ROCHERE, J., op. cit., pp. 161-217.

En lo que respecta a los sujetos comprendidos por la norma, el artículo 51 apartado 1 de la CDF determinó que las disposiciones de este instrumento estaban dirigidas a las instituciones y órganos de la UE así como a los Estados miembros cuando aplicaran el derecho comunitario (60). Con esta afirmación se superó la idea de que las instituciones comunitarias sólo estaban comprometidas con los derechos fundamentales cuando ejercían las competencias del pilar comunitario (mercado interior). El hecho de que la CDF no alcanzara a los particulares importó una de las mayores alertas pues se establecía un catálogo de derecho sin que las personas quedasen directamente comprometidas por él. El punto era que la CDF involucraba a instituciones y a Estados en sus relaciones con las personas pero no a los particulares en sus relaciones privadas: así, si bien estaba garantizada la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23) esta norma no se podía invocar y aplicar en las relaciones laborales cuando un empleado estableciera un trato diferencial y arbitrario entre hombres y mujeres; pero sí era invocable y aplicable cuando fuera el Estado, al aplicar derecho comunitario, el que hiciera distinciones ilegítimas. De este modo, se consagró el efecto directo vertical de la CDF pero no el horizontal (61).

Un punto que quisiéramos destacar ahora es la relación de la CDF con otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos que significan una plena obligación jurídica para quienes los han ratificado. Nos referimos particularmente a la vinculación que pudiera existir entre el CEDH y la CDF.

Como lo hemos afirmado, la CEDH fue una fuente de inspiración de la protección jurisprudencial de los derechos humanos por parte del TJCE, además de incorporarse a los principios generales del derecho comunitario. Por otra parte, la CDF tiene una fuerte influencia de la Carta de Roma y del TEDH, que a partir de sus sentencias ha interpretado el Convenio Europeo y ha ampliado, bajo el criterio evolutivo, el alcance de la protección convencional a nuevas situaciones. ¿Cómo resolver su relación ante eventuales conflictos de interpretación? ¿Qué pasa cuando esa relación se traza entre algún derecho consagrado en la CDF y otro reconocido en una carta constitucional? ¿Ahora el derecho comunitario podrá medirse directamente con la vara del derecho interno?

La CDF hace una mención a estas situaciones en sus artículos 52 y 53. El primero concretamente dice:

“Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios (...) 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miem-

(60) Por ejemplo, cuando realicen la transposición de una directiva o cuando los jueces nacionales se comporten como jueces comunitarios al aplicar el derecho de la UE.

(61) Cfr. DUTHHEIL DE LA ROCHERE, J., op. cit., pp. 183-184.

bros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones...”

En tanto, el artículo 53 se orienta a clarificar el nivel de protección que garantiza la CDF a la luz de otros centros normativos que se dirijan al mismo objeto de tutela:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”

Ahora bien, ¿qué Tribunal estará dispuesto a aceptar el nivel de protección que fija otra jurisdicción que interpreta y determina el alcance de otras normas? La pregunta es: ¿el TJUE aceptará dar a los derechos que consagra la CDF el mismo sentido que fija el TEDH pero que están inscriptos en otro instrumento (CEDH)? ¿Es creíble y plenamente aceptable esta idea? O bien, ¿el Tribunal de Luxemburgo admitirá ahora que el nivel de protección que debe dar la UE debe ajustarse a las Constituciones nacionales cuando años atrás había dicho que el derecho interno no es parámetro de control del derecho comunitario? ¿Acaso esa aceptación no significaría repensar el principio de primacía del derecho comunitario?

Abordaremos las posibilidades y los inconvenientes que estas figuras aportan al tema que venimos tratando en unas páginas más.

e. El Tratado de Lisboa

Finalmente nos encontramos con el Tratado de Lisboa (62), una de las modificaciones más importantes en materia jurídica y que impulsó, a su vez, cambios importantes en la complejidad del trabajo de la UE.

Este tratado, además de surgir luego de los años de *impasse* y reflexión venidos de la falta de ratificación del Tratado por el cual se establecía una Constitución para Europa (63), deja de lado el esquema de pilares, incorpora nuevas

(62) Publicado en el Diario Oficial de la UE (DOUE), el 09/05/2008 en el boletín 2008/C 115/01.

(63) El Tratado Constitucional, firmado por 25 Estados en Roma en 2004 (BO 2004/C 310/01, del 16/12/2004), no obtuvo las ratificaciones de Francia y Países Bajos, por lo cual nunca pudo entrar en vigor. En ambos Estados la ciudadanía se expidió desfavorablemente en los referendums convocados para ratificar el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, por lo que este instrumento —que significaba un avance político muy importante en el proceso de integración europea— no pudo implementarse. En razón de ello, se estableció un período de reflexión (2005) y en 2006 comenzó a trabajarse en la modificación del derecho originario, con el objetivo de tratar de recuperar la mayor cantidad de elementos del Tratado Constitucional y volver a negociar sobre aquellos temas que causaron rispidez en la ciudadanía: en primer lugar, el abandono del nombre del tratado. Se esperó hasta el año 2006 para reiniciar las conversaciones ya que en ese año había elecciones en los países en los que se habían producido los referendums negativos y se esperaba, de ese modo,

competencias al ámbito comunitario y prevé una cooperación reforzada para las políticas exterior y de seguridad común y para la de justicia y asuntos interiores. Asimismo, la UE refleja en este nuevo marco jurídico su preparación institucional para nuevas incorporaciones, haciéndole —de este modo— un guiño a los países del este europeo.

En términos de ordenamiento del derecho comunitario, plasma en un mismo tratado —el de Lisboa— todo el derecho originario. De este modo, fusiona en el Tratado de la UE (TUE) los Tratados de la CEEA y de la CEE, y agrega el Tratado de Funcionamiento (TFUE), y las declaraciones, anexos e instrumentos complementarios que forman parte de las máximas normas del sistema.

En lo que respecta a los derechos humanos, en el TUE encontramos el artículo 6 (ex F.2 del Tratado de Maastricht) el que reiterando las formulaciones ya puestas a nivel del derecho originario en el año 1992, amplía su panorama en los siguientes términos:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados (64).

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados (65).

que al cambiar el contexto político nacional, pudiese nuevamente darse impulso a la modificación de los tratados. Para ampliar este tema, resulta conveniente consultar la obra MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, J., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.

(64) Una de las declaraciones anexas del Tratado de Lisboa (la A.1) determina: “*La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*” y enfatiza que: “*La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados*”.

(65) En la declaración anexa A.2 relativa a las disposiciones del Tratado de Lisboa se explicita que: “*La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio*”.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Así, el Tratado de Lisboa trae la novedad de darle fuerza vinculante a la CDF y la pone al mismo nivel de los tratados constitutivos. Otra de las importantes innovaciones es que expresamente impone el mandato de que la UE, como persona del derecho internacional público, se obligue por el CEDH, aunque aclara que dicha adhesión de ningún modo significará la modificación de las competencias atribuidas a la UE en los tratados.

En tanto, el último apartado del artículo 6 reitera lo que ya había dispuesto el Tratado de Maastricht: se mantiene en el ámbito del derecho originario la referencia a la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de derechos fundamentales.

Como podrá apreciarse, el Tratado de Lisboa implica un nuevo punto de partida en lo que respecta a la tutela y garantía de los derechos humanos pues retoma las vías de protección que se habían planteado como excluyente: la de una carta de derechos autónoma y con fuerza normativa, por un lado, y la posibilidad de que la UE se obligara por el CEDH, por el otro. Ambas habían sido inicialmente propuestas para resolver el déficit democrático que traían en su germen la CEEA y la CEE por no considerar la cuestión de los derechos individuales, sin embargo, ahora los Estados parte las colocan en el máximo peldaño jurídico y de modo simultáneo.

De inigualable valor es que los Estados aceptaran hacer las modificaciones que ni en Maastricht ni en Ámsterdam lograron consensuarse para que la Unión pudiera vincularse por el CEDH de modo de generar algún tipo de control externo sobre la UE. Pero también lo es el hecho de adoptar el catálogo de derechos propio de la UE y darle sentido jurídico, abandonando la simple proclama solemne que habían hecho las instituciones comunitarias en Niza.

Sin embargo, en este punto se desatan muchas preguntas: esta doble y simultánea solución ¿es realmente una solución?, ¿otorga mayor protección a los ciudadanos?, ¿significa solventar de ahora en más la carencia normativa con la que nacieron las Comunidades respecto a previsiones sobre el *status* de las personas?, ¿o en verdad, vienen a enredar o complicar aún más las cosas?

Sin dudas, el tema del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos ahora parece verse envuelto en una triple encrucijada: la del sistema interno de cada Estado, la del sistema europeo de derechos humanos y la de la propia UE. ¿Cómo jugarán estos tres ámbitos de protección?, ¿y cómo se articularán las jurisdicciones destinadas a proteger a los ciudadanos?, ¿habrá superposición de planos normativos y, por ende, de jurisdicciones?, ¿o quedarán espacios que se vuelvan ajenos a las fuentes jurídicas y a los controles de los Tribunales?, ¿cuando la UE sea la causante de la vulneración de derechos consagrados en la Constitución Nacional, el CEDH y la CDF, cómo, cuándo y ante quién el ciudadano

común deberá ocurrir: a qué Tribunal e invocando qué norma?, ¿al TJUE o al TEDH? Quizá deba primero plantearle la cuestión a su juez nacional que también tiene un rol comunitario.

En definitiva, el hecho de ahora contar con muchas normas ¿nos da la confianza y seguridad suficiente en el sistema jurídico por el cual todos los días nuestra vida se ve impregnada? Realmente ¿la *inflación* normativa nos deja tranquilos de que nuestros derechos serán verdaderamente considerados, respetados y garantizados?

5. Perspectivas a futuro

Las previsiones del artículo 6 del Tratado de Lisboa nos ponen en la situación de tener que plantearnos la cuestión relativa a la adhesión de la UE, como persona del derecho internacional público, al CEDH. La declaración anexa A.2 relativa a las disposiciones del Tratado de Lisboa, como parte del derecho originario, marca pautas orientadoras sobre este tema.

En primer lugar, y como ya adelantamos, la adhesión no debe suponer una modificación de las competencias que los Estados han transferido a la UE ni tampoco respecto de las materias que quedan bajo el ámbito de las cooperaciones reforzadas. Otra de las cuestiones importantes es que deben preservarse los principios propios del sistema jurídico de la UE con especial interés en la ratificación del principio de autonomía del derecho comunitario.

Vale poner de resalto que este tema plantea varias complejidades, pues como ya hemos visto, el ordenamiento de la UE es sumamente intrincado y no puede verse alterado por la adhesión a este tratado.

Así, por ejemplo, la adhesión plantea la pregunta de si la UE, como paso previo o concomitante, debe hacerse parte del Consejo de Europa. Ello pues, tradicionalmente, un Estado que busca adherirse a la CEDH debe participar como miembro activo de la organización europea, dentro de la cual se establece el sistema europeo de protección de derechos humanos siendo la Carta de Roma su documento jurídico base.

Asimismo, otro punto que parece crucial es que si bien los veintiocho Estados que componen la Unión son parte del Consejo de Europa y además han ratificado el CEDH, existen otras diecinueve naciones en la misma condición que deberían dar su consentimiento para que la UE logre vincularse jurídicamente por esa norma. ¿Es viable que Estados no comunitarios y con intereses distintos a los de este bloque (por ejemplo, Rusia) presten la conformidad requerida? Proyectando esto a futuro ¿podría esta diversidad —y en ciertos casos, antagónicas posiciones— comprometer la unidad, integridad y autonomía del derecho comunitario y los objetivos de la UE?

Otro tema es si la adhesión al CEDH supone además la aceptación de los protocolos adicionales a dicho instrumento.

Un aspecto muy relevante es que la adhesión al CEDH importa la aceptación de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Estrasburgo. En este caso las preguntas pasan a ser: ¿con qué alcance el TEDH ejercerá el control sobre la UE en materia de derechos fundamentales partiendo del aseguramiento de la autonomía del derecho comunitario?, ¿cómo se manejará la cuestión relativa a la representación del bloque regional en el Tribunal?, ¿y, de qué manera se agotarán los recursos internos a los fines de posibilitar la intervención del TEDH para cotejar la compatibilidad de las decisiones de la UE con la Carta de Roma?

El 7 de julio del año 2010, la Comisión como representante de la UE en este procedimiento, ha comenzado las negociaciones con el Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los fines de materializar la adhesión. A lo largo de este proceso, aún no finalizado, se abordaron y abordarán las cuestiones que hemos destacado. Asimismo, a partir de la presentación de los problemas que se ejemplificarán sobre la relación de tres órdenes jurídicos en el apartado siguiente, nosotros también intentaremos contestar estas preguntas.

V. POSIBLE(S) PROBLEMA(S)

A partir de lo que relatamos respecto a la situación normativa en la UE, podemos decir que allí —¿y por qué no a futuro en el MERCOSUR, la UNASUR o la CAN?— existen múltiples sistemas normativos que reconocen y tutelan los derechos de los ciudadanos. Así encontramos las cartas constitucionales de cada uno de los Estados miembros, la carta de derechos regional propia del sistema europeo de protección de los derechos humanos (la CEDH), más las previsiones nacidas en el marco del proceso de integración europeo (el artículo 6 del TUE, la CDF y la jurisprudencia del TJUE). Estas normas de fuente diversa, al establecer el *status* de las personas, fijan límites al accionar de los poderes públicos estatales y europeos.

Claro que estos sistemas, a priori, plantean una lógica para no superponerse. En efecto, las Constituciones Nacionales son la fuente primigenia de reconocimiento de los derechos de los habitantes de cada uno de los Estados y son el parámetro normativo para evaluar si la actuación de los poderes públicos estatales respeta el *status* de la persona y, por ende, se consustancia con el sistema de valores y principios que la norma máxima interna impone. De esta forma, las normas constitucionales sólo cumplen un rol en el ámbito interno de cada Estado.

Por su parte, la carta de derechos humanos nacida al amparo del sistema regional de protección se coloca como un tratado internacional que vincula a los Estados que lo han ratificado en cuanto su obligación de reconocer, respetar y garantizar a las personas sometidas a su jurisdicción un listado de derechos; en ese sentido, la norma internacional pone a todas las Naciones en el deber de ajustar su actuación a ese esquema. El sistema regional funciona como un ámbito subsidiario de protección: cuando el Estado incumple su obligación de respeto y garantía de los derechos consagrados en la norma internacional, ésta aparece con toda su fuerza. En razón de ello, esto también genera en cada espacio nacional el deber de aplicar esa norma a sus relaciones jurídicas. Porque de lo contrario,

podría quedar comprometida su responsabilidad internacional. Todo esto significa que el Estado se coloca en la posición de que sus decisiones sean sometidas a un control externo.

Si hablamos de uno de los cuarenta y siete Estados que conforman el Consejo de Europa y que por ende han ratificado el CEDH, estos quedarán sujetos al control del sistema europeo de derechos humanos. Así, el Estado que ha adherido al CEDH y ha ratificado su sometimiento al TEDH asume la posibilidad de ser controlado por este tribunal: en caso de que empresas, ciudadanos o colectivos de personas se vean afectados en sus derechos por una decisión pública, luego de cumplir ciertos requisitos, pueden llevar su situación a conocimiento de dicho tribunal, y que sea éste quien evalúe si el comportamiento estatal se ha ajustado a los parámetros de la norma internacional. De esta forma, el aparato internacional actúa ante la falta de reconocimiento y tutela de los derechos humanos cuando su natural garante los incumple, desconoce, violenta o permite que ello suceda.

Por otra parte, cuando un Estado es parte de la UE se ve comprometido a aplicar la normativa comunitaria y las decisiones nacidas a su amparo en su espacio territorial. En esa línea, por ejemplo, cuando las instituciones comunitarias, a través del proceso legislativo, dictan una directiva (66), cada Estado parte tiene la obligación de sancionar la normativa interna que complemente y desarrolle el mandato dado por aquélla. De esta forma, cada Estado ejerce una función comunitario-nacional y actúa colaborando con el desarrollo del proceso legislativo comunitario: podríamos decir que hasta trabaja como un co-legislador. En el despliegue de esta función debe atenderse a los límites de la tríada normativa que hemos presentado. Así, por emitir un acto estatal, debe ajustarse a los términos de su propia Constitución y también a los que surjan de los instrumentos internacionales por los que pudiera estar obligado. Pero como ese acto tiene también fuente comunitaria, obviamente, deberá concordar con los términos del derecho comunitario en su totalidad, lo cual también incluye la CDF. Esto, obviamente, adquiere mayor relevancia cuando la materia a regular es de aquellas que puede tener consecuencias directas o indirectas en cuestiones relacionadas a derechos fundamentales. Veamos si con un ejemplo podemos clarificar la situación presentada.

Si la UE emite una directiva en materia de derechos de los trabajadores a los fines de que exista igualdad de trato en el acceso a puestos de trabajo para que las personas no sean discriminadas por su género o condición sexual y, de

(66) Es una norma de alcance general que obliga a los Estados miembros de la UE, en la que los órganos legisferantes establecen el objetivo o resultado a alcanzar dando a cada Estado miembro la libertad de completar la legislación con la utilización de los medios y formas que crean más eficientes para cumplimentar esa finalidad comunitaria (cfr. art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE —TFUE—). En este sentido se ha dicho que “...la directiva tiene una obligatoriedad parcial que recae sobre el elemento ‘resultado’ y, desde luego, en la medida en que deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la ‘forma y los medios’ de darle efectividad en el orden interno, es decir, que requiere la intermediación estatal, carece por definición de aplicabilidad directa...”, cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 351.

este modo, garantizar la libre movilidad de los factores humanos de la producción (uno de los pilares del mercado único), cada Estado, v.g. España, deberá completar esa directiva de forma tal de cumplir dicho objetivo. Al desplegar tal actividad, de naturaleza estatal y comunitaria a la vez, las autoridades hispanas competentes deberán hacerlo de conformidad con la Constitución Española de 1978, con el CEDH al cual está vinculado por su ratificación y también respetando las condiciones que en este sentido imponen los tratados constitutivos de la UE y su CDF. Así las autoridades españolas dictarán la ley, decreto ministerial o resolución administrativa necesaria para tomar las medidas pertinentes en orden a hacer efectivo ese mandato en el ámbito interno.

Claramente en el asunto que presentamos como ejemplo se vería comprometida una cuestión de derechos fundamentales: la igualdad entre personas de diferente género u orientación sexual y los derechos de los trabajadores. Además de ello, se vería comprometido uno de los objetivos del mercado común creado en el ámbito de la UE, cual es la libre movilidad de los trabajadores.

Ahora bien, si en el desarrollo interno la norma nacional asumiera contornos que pudieran verse controvertidos a la luz de los límites impuestos por la Constitución española, o por el CEDH, y/o en su caso, por el derecho de la Unión: ¿quién tendría potestad para realizar un control sobre la validez de esa norma?, ¿y a la luz de qué norma se haría?

Supongamos que la normativa interna que busca desplegar la directiva de la UE establece que para hacer viable el pretendido objetivo, determinara la renegociación de las convenciones colectivas de trabajo y a su vez, en lo que se refiere al empleo público, revisara las normas implicadas. En cuanto a este ámbito, decide establecer categorías según el tipo de trabajo y el área de desempeño y así, en lo que hace al servicio público de salud, determina que si bien no existe restricción a que personas, más allá de su género o identidad de género, puedan acceder a los puestos de cirugía en los hospitales públicos, reconoce que la mayoría de los que ocupan tales tareas son varones. A partir de este diagnóstico, el sindicato de la salud solicita a las autoridades que cuando reformulen los aspectos pertinentes de la norma que regula las relaciones laborales en el ámbito de la salud pública, establezca una medida de acción positiva de modo de lograr que mayor cantidad de personas de género o identidad de género distinta a los varones, puedan acceder a trabajar como cirujanos.

Las autoridades públicas, ante la solicitud formalizada por el sindicato, rechazan la posibilidad de establecer las medidas de acción positiva indicando que éstas exceden el objeto de la directiva emitida por la UE y que la norma española dictada como consecuencia de ella sólo se orienta a verificar que no existan requisitos discriminatorios en las disposiciones que regulan el acceso a los puestos de trabajo mas no tienen la virtualidad de generar acciones tendientes a incorporar a nuevos segmentos sociales en los puestos existentes.

Ante esta situación, el sindicato plantea una acción judicial para que se controle la actividad estatal en este punto. Argumenta que la Constitución de España, en su artículo 9 apartado 2 dispone que "*Corresponde a los poderes públicos*

promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Justifican también su protesta en previsiones de la CDF: el grupo sindical expresa que el Estado español a los fines de poner en práctica la directiva debe ajustar sus decisiones a los artículos 15.2 (67), 21.1 (68), 23 (69) y 51.1 (70), puesto que al estar desarrollando y aplicando derecho comunitario debe además respetar los límites impuestos por esa carta de derechos. Por último, citan las disposiciones del artículo 14 de la CEDH (71).

Como se podrá apreciar, en el ejemplo planteado convergen los tres sistemas normativos que resguardan los derechos individuales y que actúan como parámetro de adecuación al que debe atenerse la actividad de las autoridades públicas estatales en ejercicio de tareas comunitarias (como es el desarrollo de una directiva o también cuando aplica el derecho comunitario). Así pues, un mismo Estado (en nuestra hipótesis de trabajo, España) está sujeto a un triple sistema de control sobre su actividad, al cual debe sujetarse en el marco del ejercicio de las competencias descriptas.

Todas las preguntas parecen concentrarse en este punto: ¿qué carta de derechos debe aplicarse?, ¿pueden articularse?, ¿qué tribunal hará el control?

Otros dos casos también pueden presentarnos los mismos cuestionamientos. El primero estaría dado por la aplicación a nivel nacional de un reglamento (72): podría ocurrir que una cooperativa de productores denominada *ελλά*, dedicada a

(67) "Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro".

(68) "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual".

(69) "La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado" (el destacado es propio).

(70) "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión".

(71) "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

(72) El art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) dice que "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro". Comparándolo con las normas nacionales, los reglamentos guardan similitud con las leyes estatales en razón de su generalidad, abstracción y efecto *erga omnes*. En este sentido, ha sido caracterizado como "el acto más complejo y eficaz de la gama de instrumentos de que disponen las Instituciones", cfr. LOUIS, J.V., *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1969, p. 109.

alimentos de la región mediterránea de Grecia, quiera certificar la calidad y producción artesanal de derivados del olivo (aceite y aceitunas) con la idea de poder comercializar sus productos en mercados más sofisticados y con mayores requerimientos de perfección gastronómica y, de este modo, paliar la crisis económica que afecta al sector fruto de la grave situación que viene atravesando el país. A esos fines la cooperativa solicita a las autoridades nacionales competentes que a través del Fondo Europeo Agrícola del Desarrollo Rural, creado mediante el reglamento 1698/2005 (73), se le conceda ayuda económica y técnica en tanto que una de las disposiciones de tal norma determina el apoyo a los agricultores que participen en programas relativos a la calidad de alimentos (74).

Las autoridades nacionales competentes, luego de verificar el cumplimiento por parte de la cooperativa de los requisitos legales, estudia la solicitud y se la deniega bajo el argumento de que no existe interés estatal en dicho sector de la economía y que el Fondo Europeo está destinado a apoyar estratos con menores posibilidades de financiamiento. De este modo, la decisión administrativa de las autoridades nacionales podría significar la vulneración de derechos fundamentales del grupo cooperativista, en tanto persona jurídica, como ser el ejercicio libre de la industria, la igualdad de trato y la propiedad, conforme están declarados en la Constitución helena, en la CDF y el CEDH. Asimismo, esta decisión podría significar la puesta en riesgo de los objetivos de la UE incorporados en el derecho originario, entre los que está el autoabastecimiento de alimentos de calidad y en condiciones de seguridad, así como el mejoramiento del sector agroalimenticio y la competitividad de este estrato de la economía.

Así, la aplicación a un caso concreto de un reglamento comunitario puede afectar derechos de las personas y esto podría darse por una incorrecta intervención de las autoridades estatales competentes.

En segundo lugar —pero continuando con el ejemplo que veníamos proponiendo— podríamos pensar otra situación que nos pone de cara a las preguntas que ya anticipamos: la cooperativa *ελιά* decide judicializar el caso de modo que sea un juez heleno el que verifique si la decisión administrativa es conteste con los derechos fundamentales que invoca la sociedad. Vale la pena decir que la cooperativa afectada, además de alegar los derechos fundamentales consagrados en los ordenamientos nacional, internacional y comunitario, advirtió que la Administración griega había actuado arbitrariamente pues había decidido incorporar a otro grupo llamado *ελιές* enfocado a la producción de olivos que pretendía certificar sus productos y para eso había petitionado a las autoridades cierto financiamiento. Tengamos en cuenta que el juez griego es también juez comunitario y, por ello, garante de la justa y uniforme aplicación por parte de las autoridades internas del derecho de la UE, en este caso del reglamento que anticipamos. Si el juez considera que la Administración griega ha obrado conforme a derecho y, en consecuencia, que no se ha violentado la condición jurídica de la

(73) Europa, *Síntesis de legislación de la UE* [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:277:0001:0040:ES:PDF> [consulta: 24 de junio de 2012].

(74) Reglamento 1698/2005, art. 20.c. II.

cooperativa, ésta quedará fuera del programa de ayudas que establece el reglamento comentado. Suponiendo que esto se haya desenvuelto de este modo, el juez —a criterio de la cooperativa demandante— ha consagrado la aplicación no igualitaria, y por ende discriminatoria del derecho comunitario derivado, lo cual importa la violación de los derechos de la cooperativa.

Como vemos al aplicarse en el plano interno un reglamento de la UE, tanto por la vía administrativa como judicial nacional, podrían estarse vulnerando los derechos de las personas aún cuando no exista una objeción general sobre la validez de la norma por su contenido.

En este contexto volvemos a plantearnos: ¿qué carta de derechos debería aplicarse en estos casos?, ¿pueden articularse?, ¿qué tribunal verificará si lo decidido a nivel interno respeta los derechos humanos y los objetivos de la UE? Aunque podríamos plantear otros problemas preferimos detenernos aquí y pasar —ahora sí— a intentar posibles respuestas a los interrogantes que hemos esbozado a lo largo de este capítulo.

VI. ALTERNATIVAS FRENTE AL PROBLEMA

Es el momento de abordar las respuestas.

Entre las muchas posibles y tantas otras surgidas en las discusiones que han sustentado esta investigación, hemos seleccionado las tres que nos parecen más sugerentes y atinentes para dar respuestas sólidas.

Vale aclarar que las propuestas que presentamos se sustentan en modelos teóricos que hasta el momento no se han comprobado plenamente en la práctica de los actuales procesos de integración. Sin embargo, no por su grado de abstracción están llamadas a ser meras respuestas de laboratorio y, por ende, de imposible aplicación en la realidad. Más bien, mostramos —como respuestas a los problemas que venimos planteando— ciertas discusiones y definiciones por las que cualquier proceso de integración regional debería atravesar para establecer límites al ejercicio del poder del Espacio Integrado, poner en el centro de éste al ser humano y generar una política sustantiva en lo que respecta a la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Entonces, partiendo de estas premisas, ofrecemos ahora las respuestas que venimos prometiendo.

1. La adhesión del Espacio Integrado al sistema regional de protección de derechos humanos

Esta propuesta parte de la idea de que la multiplicidad normativa, si bien puede ser enriquecedora en cuanto a una definición más amplia y garantista de la libertad y los derechos humanos, genera dificultades en cuanto a una hermenéutica uniforme de los derechos y ciertos conflictos entre quienes son intérpretes de tales normas.

Para decirlo con mayor claridad: las normas que pertenecen a sistemas normativos diversos en general no se reconocen mutuamente como parte del mis-

mo universo jurídico por la materia que regulan. Por su parte, sus intérpretes (en general, tribunales creados por las propias normas y que se constituyen como garantes e intérpretes finales de ellas) pueden presentar divergencias en cuanto al alcance que le conceden a las normas cuya interpretación y aplicación les corresponde. Esto puede generar una “competencia” de las normas por primar y distorsiones respecto al “real” contenido de los derechos según el conjunto jurídico en el que nos encontremos sumergidos y, por lo tanto, cierta inseguridad para el ciudadano que puede sentirse con derecho además de lo que algún otro ámbito normativo le reconoce.

En algún punto, éste es el problema que se podría estar gestando en Europa a partir de que la UE se haga parte del CEDH. Por un lado, el TJUE establece que el derecho de la Unión es autónomo y, por lo tanto, no subordinado a normas nacionales ni internacionales. Asimismo este Tribunal se auto-reconoce como garante de la interpretación uniforme y final del derecho comunitario y, a su vez, ha asumido un compromiso con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas emanadas de la UE. Además, la propia UE, a partir del acuerdo cristalizado por los Estados mediante la ratificación del Tratado de Lisboa, tiene hoy su propia carta de derechos con valor jurídico: la CDF, que es parámetro de respeto y control del derecho comunitario en función de los derechos humanos.

Por otro lado, este último tratado trae la novedad de que la UE, como persona del derecho internacional público, debe obligarse por el CEDH, y ello conlleva a aceptar la jurisdicción del TEDH. Esto significa que se compromete con una norma y una judicatura internacional en lo que respecta a los derechos fundamentales. En consecuencia, el Espacio Integrado europeo quedará sujeto a normas extrañas a las producidas en su propio marco.

De esto se colige que en poco tiempo habrá dos normas que regulen la “misma cosa” y dos tribunales dispuestos a interpretarlas y aplicarlas. Creemos que este escenario sería el propicio para que se presenten los problemas que hemos aludido y frente a ellos se reediten las preguntas planteadas: qué norma se aplicará y qué tribunal en definitiva lo hará.

En función de lo acontecido en el plano europeo creemos que la solución por la que ha optado ese Espacio Integrado en algún punto es sabia y al mismo tiempo conflictiva. Sabia en cuanto supo ser un mensaje certero para los Estados y las Instituciones de la UE respecto al compromiso con los derechos humanos, aunque tardó si consideramos que en los años sesenta empezaron los cuestionamientos y sólo a fines de los noventa se propiciaron soluciones normativas. Conflictiva en cuanto permite que se genere una competencia no beneficiosa en las áreas institucional, normativa y jurisdiccional entre la UE y el Consejo de Europa, la CDF y el CEDH y el TJUE y el TEDH, respectivamente.

En razón de ello una de las posibles soluciones es que el Espacio Integrado se obligue por el tratado regional sobre derechos humanos y así esa norma sea la que detente la máxima jerarquía normativa del Espacio Integrado en cuanto a este tema. De esta manera, el Tribunal que controla el cumplimiento de tal norma sería el garante final de los derechos humanos en el Espacio Integrado por

lo que sus interpretaciones y su jurisprudencia, al igual que la norma que las sustenta, deberían ser observadas por el Tribunal del Espacio Integrado, sus instituciones y órganos de aplicación de las normas emanadas de éste, del mismo modo que debe serlo el acuerdo regional en la temática.

La idea sería sujetar al Espacio Integrado a un control externo que estaría anclado en el tratado regional de derechos fundamentales y por su tribunal como encargado de materializarlo. De este modo se cumpliría el doble objetivo: limitar el ejercicio del poder que por imperio de los Estados parte le corresponde al Espacio Integrado a través de una norma de derechos fundamentales y establecer un control externo hacia el Espacio Integrado a partir de la evaluación de la observancia de tal norma.

En definitiva, esta idea privilegia el derecho internacional de los derechos humanos por sobre la pretendida autonomía del derecho del bloque regional y potencia su rol como limitador y controlador de los focos de ejercicio de poder público (Estados y Espacios Integrados, creados por aquéllos).

Pensamos que el Espacio Integrado debería obligarse por las normas regionales de derechos humanos y no por las universales toda vez que las primeras responden al consenso regional sobre qué debe entenderse por derechos humanos. Digamos que los Estados que componen el Espacio Integrado, tal como lo veremos seguidamente, son parte de los sistemas regionales de protección y, por lo tanto, se encuentran ya vinculados por los tratados existentes en esos ámbitos. Además estas normas expresan un parámetro mínimo y común sobre el contenido de los derechos fundamentales y cristalizan los valores compartidos por los Estados de cada región. Asimismo, los sistemas regionales de protección reúnen mejores condiciones en cuanto a la efectividad de los métodos de control y sus órganos responden a la idiosincrasia y características culturales de cada ámbito regional. Por estas razones son preferibles al sistema universal.

Si pensamos que, por ejemplo, en la UE se requiere en la práctica (75) como condición de ingreso y mantenimiento que los Estados sean parte del Consejo de Europa y que hayan ratificado el CEDH; si en la UNASUR, la CAN y el MERCOSUR todos sus miembros (76), a excepción de Venezuela, son parte del sistema americano de protección de derechos humanos enmarcado en la Organización de los Estados Americanos (OEA) encabezado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tres Espacios Integrados suramericanos existe un compromiso normativo con la efectividad de los derechos fundamentales, entendemos que esta posibilidad es conteste con la voluntariedad de los Estados miembros —y de los Espacios Integrados que ellos crean— de que el poder que

(75) Cfr. DIEZ PICAZO, L. M., *La naturaleza jurídica de la Unión Europea*, Civitas, Pamplona, 2009, p. 72.

(76) A partir del 10 de septiembre de 2013 la República de Venezuela dejó de ser parte de la CADH, la cual denunció el 10 de septiembre de 2012, de conformidad con el art. 78.1 de ese IIDH. De esta manera, ese país dejó de pertenecer al SPIDH americano, cuya cabeza es la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ya no podrá tomar conocimiento en casos que involucren a dicho Estado. El texto de la denuncia puede consultarse en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Venezuela; http://www.oas.org:8101/DIL/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF.

ellos detentan (y por ende, el que transfieren a los bloques regionales) quede sujeto a la evaluación del derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien: ¿esto significa que los Espacios Integrados no puedan dictar sus propias cartas de derechos fundamentales? Creemos que sí pueden sancionarlas aunque con ciertas salvedades. En primer lugar, la norma de derechos fundamentales del Espacio Integrado debería reconocer la primacía o al menos la complementariedad del decálogo de derechos fundamentales del sistema regional de protección. En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, tanto la norma del Espacio Integrado como la internacional deberían contemplar disposiciones que prevean la obligación de privilegiar una y otra norma según su amplitud en la faz protectiva y su restrictividad en la faz limitativa de los derechos. En tercer lugar, el Espacio Integrado debería adoptar la jurisprudencia que acompaña a la norma internacional de derechos pues es ella la que esclarece su alcance y hermenéutica y, por lo pronto, completa las disposiciones de aquélla.

Además y como justificación de esta postura podemos decir que la norma internacional supone un mínimo común en materia de derechos humanos del cual todos los Estados signatarios participan en su configuración y están en posibilidades de acceder a su cumplimiento.

Entonces si son los Estados los que crean el Espacio Integrado y a su vez las mismas entidades estatales son las que han introducido los derechos fundamentales bajo el paraguas del derecho internacional con tribunales que los protegen cuando los Estados los vulneran, no encontramos dificultad teórica que imposibilite que la nueva esfera de poder a la cual los Estados le transfieren el ejercicio de materias estatales (el Espacio Integrado) sea pasible de los mismos controles por el que ellos mismos se han auto-restringido.

En definitiva, esta propuesta reproduce la relación que los Estados mantienen con el derecho internacional de los derechos humanos. Además implica establecer un límite externo al derecho creado al amparo de los Espacios Integrados y destacar el valor de la persona y del ciudadano en el ámbito de este nuevo foco de poder.

Alimenta la propuesta que hacemos, como bien lo expresa la Profesora MANGAS MARTÍN respecto al caso europeo, *“el hecho de los que los Estados hayan transferido a una Organización internacional ciertas competencias no implica la desaparición de la responsabilidad del Estado por la vulneración de un derecho de la CEDH”* (77). En este sentido, el acto estatal siempre va a quedar sometido a la posibilidad de control por parte del sistema regional de derechos humanos aún cuando sea en ejercicio de las obligaciones derivadas de un tratado internacional o del proceso de integración regional del que sea parte. Vale la pena tener en cuenta que *“el Estado no queda exonerado de toda responsabilidad respecto de la*

(77) RIPOL CARULLA, S., “Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales” en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009, tomo II, p. 105, citando a MANGAS MARTÍN, A. “Derechos humanos y libertades fundamentales” en MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 555-584.

Convención por la asunción de determinados compromisos internacionales" (78) cuestión que ha sido reafirmada por la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos: la Comisión aseveró que *"debe al menos controlar que los efectos de la aplicación, por los órganos internos de las Partes contratantes, de otros tratados internacionales no supongan una vulneración de los derechos y libertades protegidos por la Convención"* (79).

De este modo, esta propuesta significa la unificación del control y del parámetro de evaluación tanto hacia los Estados como hacia el Espacio Integrado que aquéllos componen. Así, existiría una concurrencia de criterios en cuanto al reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos fundamentales en un entorno regional en el que conviven diversos sistemas normativos.

Además, esta propuesta importa una estrategia que reduciría las posibilidades de conflictos normativos o entre jurisdicciones en cuanto al alcance de los derechos. También disminuiría la posibilidad de litigio en diversas instancias y colaboraría a que no se produzca la duplicidad normativa, cuestión que desincentivaría los problemas de interpretación jurídica y evitaría, así, sentencias contradictorias en cuanto al sentido de un mismo derecho.

En definitiva, se daría un paso más en la construcción de los derechos fundamentales, se aseguraría un esquema de límites al ejercicio del poder público dado por la efectividad de los derechos humanos y se pondría a la persona a reparo de cualquier abuso por las esferas nacionales y regionales. También, se daría claridad y estabilidad al esquema de reconocimiento, tutela y garantía del *status* jurídico de la persona lo cual redundaría en el reforzamiento de la protección del ciudadano europeo y del habitante comunitario, la cual sería análoga a la que tiene como ciudadano de cada Estado.

Y finalmente, se daría un paso destacable en un valor fundamental para las personas: conocer y poder exigir la protección jurídica que previsiblemente le corresponde, es decir, la seguridad jurídica.

2. Dos cartas de derechos y el diálogo interjurisdiccional

Esta posible solución parte de la premisa de que el Espacio Integrado tiene la capacidad de autonormarse y, por lo tanto, de darse su propia carta de derechos. Asimismo, en tanto ente con personería jurídica internacional cuenta con la posibilidad de comprometerse internacionalmente por el derecho internacional general y de los derechos humanos en particular.

Si un Espacio Integrado decide, por un lado, dictar su propia carta de derechos, y por el otro, obligarse internacionalmente por un acuerdo en materia de derechos humanos, debe decidir cuál será la relación entre ambas normas pues las dos se referirán al mismo tópico.

(78) RIPOL CARULLA, op. cit., p. 105.

(79) Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH), recurso nº 21072/92, "Gestra c. Italia", del 16/1/1995.

La relación entre esas normas, que responden a ordenamientos normativos diversos, podrá estar dada por la indiferencia de ambos sistemas jurídicos entre sí; la jerarquía normativa donde una norma subordina a la otra y finalmente, la complementariedad.

La primera opción debería descalificarse porque, como lo explicamos, los actos estatales que implican aplicación de decisiones que son fruto de los procesos de integración regional de ningún modo pueden quedar sustraídos al control de los ámbitos regionales de protección de derechos. Sería un artilugio descalificable transferir competencias desde el Estado hacia los Espacios Integrados como forma de evadir el control internacional pues ello significaría un fraude al derecho internacional y un acto de mala fe en la aplicación e interpretación de los tratados, vedado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En este punto cabe mencionar que en general son los Estados los brazos ejecutivos del derecho nacido en el Espacio Integrado en sus territorios nacionales y, por lo tanto, se necesita de su obrar para hacer efectivas las decisiones dimanadas de las instituciones de los bloques regionales.

La segunda opción estaría construida sobre una relación de jerarquía entre las normas de derechos humanos generadas, por un lado, en los sistemas regionales de tutela de los derechos fundamentales y, por el otro, en el ámbito de los bloques regionales de integración.

Esta alternativa, si bien es rescatable desde el punto de vista que ordena las normas mediante el recurso al escalonamiento a partir de la idea de que hay una suprema y otras que deben subordinarse a ella, tiene la complicación de que las normas en juego no son parte del mismo plexo normativo. Como consecuencia de ello, para que pudiera operar la ordenación jerárquica sería necesario que las normas se reconozcan mutuamente y que exista una voluntad política de las instituciones y miembros de algún sistema de hacer que una norma foránea forme parte del conjunto con una gradación superior a las propias.

Esto es de por sí complejo desde que los sistemas en general compiten por abarcar más espacios. En esta competencia, claro está, quien sufre la desprotección o se beneficia por la hiperprotección es la persona, y eso de ningún modo colabora a la seguridad jurídica. Además, una decisión como la presentada implicaría —*a priori*— un costo bastante elevado para quien se somete (en este caso, el Espacio Integrado): relegar el poder de decidir sobre el tema en base a un criterio propio. Por estas razones creemos que este tipo de decisión no sería viable.

Finalmente, encontramos la relación de complementariedad. Como lo adelantamos, podría entablarse un “pacto de no agresión” entre las normas que se reconocen mutuamente como parte de sistemas diferentes pero se identifican en un mismo punto: ambas acuerdan derechos a favor de las personas. Este acuerdo podría sustentarse en dos bases diferentes. La primera sería una fórmula de reconocimiento que parte de la premisa de que en caso de duda o conflicto en la aplicación, en el alcance o en la interpretación de un mismo derecho, debe prevalecer la norma o el sentido normativo que acuerde mayor

protección a la persona. La segunda se sustentaría en un procedimiento reglado de consulta al tribunal especializado en derechos humanos. Pasaremos ahora a explicarlas.

Por un lado, la fórmula de reconocimiento debería ser incluida en la carta de derechos del Espacio Integrado y debería determinar la posibilidad de aplicar privilegiadamente la norma de derechos fundamentales del sistema regional de protección si ésta contiene disposiciones que son más favorables a la persona. Viceversa, debería prever la obligatoriedad de juzgar conforme a la norma del Espacio Integrado si ésta es más beneficiosa para el ser humano. Asimismo, esta alternativa debería alcanzar a la jurisprudencia interpretativa de la norma pues es ella la que completa su sentido y la que determina su real y efectivo contenido.

Un ejemplo de este tipo de alternativa lo ofrece la actual CDF de la UE en sus artículos 52, apartados 3 y 4; y 53 que ya mencionamos. Sin embargo estas normas aún son insuficientes pues no realizan una referencia explícita a los productos hermenéuticos derivados del tribunal en su carácter de intérprete final del tratado regional sobre derechos fundamentales o bien de las constituciones nacionales.

La segunda opción que hace a una estrategia de complementariedad entre normas de diversa fuente, pero con el mismo objeto de protección estaría sustentada en un procedimiento reglado de interacción entre sistemas a través de sus tribunales.

Considerando que existe un tribunal especializado en materia de derechos fundamentales (es decir, el creado por el tratado regional en la materia) y que existe otro que responde al Espacio Integrado y que los procesos de integración son susceptibles de generar controversias respecto a la aplicación e interpretación de los derechos de las personas, podría entablarse un procedimiento de consulta desde la jurisdicción regional a la jurisdicción especial.

Sin embargo, para que esta alternativa pueda funcionar es necesario que, tal como surge de la teoría del pluralismo constitucional (80), se den determinadas condiciones: que concurren dos órdenes jurídicos con normas de rango supremo que actúen como límite al poder público en sus respectivas órbitas; que existan tribunales que respondan a cada sistema como sus intérpretes; que ambas normas reconozcan la existencia del otro orden normativo; que no haya una relación de jerarquía entre las normas, y que haya compatibilidad de sentido entre ellas o, como lo denomina BUSTOS GISBERT, una homogeneidad sustancial (81). Esto último significa que entre las normas haya una coherencia o conexión de sentido en cuanto a los bienes jurídicos protegidos.

(80) MAC CORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 104.

(81) BUSTOS GISBERT, R., "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 151.

La idea que sobrevuela esta teoría es que el conflicto normativo y hermenéutico es inherente a esta dualidad jurídica y que para su resolución no debería recurrirse a ninguna autoridad última pues ello significaría menoscabar la integridad y autonomía de cada ordenamiento.

En virtud de ello, la modalidad de solución de este tipo de problemas estaría dada por la noción de diálogo jurisdiccional. Este paradigma se asienta en el hecho de que los jueces de cada jurisdicción son conscientes del impacto de sus sentencias en otros niveles normativos con los que se encuentran conectados y, por lo tanto, actúan con prudencia cuando dictan una sentencia en una materia que también es sensible al otro espacio. Este tipo de interacción se materializa mediante el análisis de los criterios jurisprudenciales del otro ámbito jurídico, el uso de la argumentación jurisprudencial del otro tribunal o la cita de sus precedentes para apoyar las propias decisiones de manera de no generar incompatibilidades o conflictos.

Este tipo de diálogo informal entre tribunales se ha visto patente en la relación entre el TEDH y el TJUE: el hecho de que las Comunidades Europeas, y luego la UE, no contaran con una carta de derechos propia y un marco normativo e institucional de protección de los derechos fundamentales, y la presión que ejercieron ciudadanos, empresas y los tribunales nacionales, generaron que el TJCE (actual TJUE) tuviera que recurrir a parámetros de protección ajenos al proceso de integración regional. Nos referimos a las alusiones realizadas respecto al CEDH y a la jurisprudencia de su tribunal en su inicial protección de los derechos fundamentales por la vía pretoriana que ya hemos comentado. Ese recurso al sistema europeo de protección se mantuvo por parte del TJUE en otros casos que se presentarían, pero también se iniciaría el camino del cuestionamiento de los actos comunitarios por la vía del TEDH. En esta senda, los asuntos más novedosos por el contenido y el impacto de la doctrina emanada quizá hayan sido “*Matthews c. Reino Unido*” (82), “*Bosphorus Airlines c. Irlanda*” (83) y “*Senator-Lines c. Estados*” (84) en los que ya se explicitaba la posibilidad de que el CEDH sea un parámetro del control del derecho comunitario aún cuando la UE no fuera parte de ese tratado.

Así se ha dicho que:

El uso de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJ[U]E (implícita o explícitamente) ha sido una constante a lo largo de los años, pero especialmente en la década de los 90 del pasado siglo. Algo parecido ha ocurrido en el seno del TEDH que, cada vez con más frecuencia, utiliza en los antecedentes o en la argumentación de sus sentencias las decisiones adoptadas en el Tribunal de Luxemburgo [TJUE]. En fin, apunta SCHUECK gráficamente, el TJ[U]E “pesca” en la jurisprudencia del TEDH para cubrir sus lagunas en materia de derechos fundamentales y el TEDH “lanza sus redes” más allá de lo previsto para

(82) TEDH, asunto 24833/94, sentencia del 18/02/1999, al que nos referiremos con mayor detenimiento en el capítulo “Población y ciudadanía en los Estados Integrados”.

(83) TEDH, asunto 45036/98, sentencia del 30/06/2005.

(84) TEDH, asunto 56672/00, sentencia del 10/03/2004.

“pescar” a la Unión Europea y cubrir así la fractura en materia de derechos fundamentales, con ello se genera el proceso de cross-fertilisation que conduce a que el TEDH ha cooperado con el fortalecimiento de la arquitectura supranacional y el TJ[UE] ha dado un nuevo significado al caso Law del TEDH lo que no sólo ha conseguido la protección de los derechos en Europa, sino también la autonomía de ambos tribunales respecto a los Estados miembros de la Unión Europea (85).

En sí, los “guiños” entre ambas instancias fueron permanentes, aunque con tensiones, y permitieron que se estableciera algún margen de protección por parte del proceso de integración hacia las personas y empresas frente al impacto de las Comunidades y la UE. Seguramente estas “intromisiones” de una jurisdicción en la otra y el “manotazo” que esta ha pegado respecto de la primera hayan influido en el mandato de ratificación del CEDH contenido en el Tratado de Lisboa.

Lo que vale la pena mencionar en este punto es que, más allá de lo que suceda a futuro en Europa a partir de la ratificación del CEDH por la UE, la experiencia europea puede servirnos para diseñar algún tipo de alternativa que dé respuesta a los interrogantes que nos hemos planteado sobre la base de la teoría del pluralismo constitucional y del diálogo jurisdiccional.

De este modo, verificando los requerimientos que hemos apuntado sobre las condiciones que deben operar para que nos encontremos en un esquema de pluralismo normativo y sumando que el Espacio Integrado no sea parte del sistema regional de protección de los derechos humanos y sea necesario establecer un mecanismo de aseguramiento del *status* de la persona frente a los actos de aquél, una alternativa sería la siguiente: que el tribunal del Espacio Integrado tuviera potestad para aclarar, interpretar y/o resolver si el derecho y los actos emanados de aquél vulneran los derechos fundamentales, pero recurriendo antes a una consulta dirigida al tribunal regional especializado en derechos humanos. De este modo, si bien el Espacio Integrado tendría su propia carta de derechos que actúa como parámetro de control interno, se podría establecer un mecanismo de consulta (86) hacia el sistema regional de derechos fundamentales para que el tribunal especializado y con trayectoria en esta temática, dilucide el sentido de los derechos humanos en juego en un litigio que llegue a conocimiento de la jurisdicción regional. De esta manera, se entablaría un diálogo formal entre ambas instancias, se enriquecería la forma y el contenido del mecanismo de protección de los derechos en el Espacio Integrado y además se instalaría una suerte de control externo a priori de las sentencias del tribunal del bloque regional.

Esta modalidad redundaría en una disminución en las posibilidades de sentidos dispares en el contenido o alcance de los derechos, lo cual reduciría la viabilidad de conflictos entre las jurisdicciones con competencia en la misma materia y, quizá, lo más destacable: se enriquecería el sentido de los derechos a partir de la cristalización de la coherencia sustantiva de los órdenes normativos.

(85) BUSTOS GISBERT, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, op. cit., pp. 164-165.

(86) El mecanismo de “cuestión prejudicial” previsto por el art. 267 TFUE podría resultar inspirador para establecer el procedimiento.

La sentencia que en definitiva emita el tribunal del Espacio Integrado será rica en sentidos y habrá tenido en cuenta no sólo la propia perspectiva sobre la protección de los derechos humanos sino también la visión aportada por el sistema regional de tutela.

3. El juez nacional como el equilibrista de los sistemas

La última propuesta que presentamos está formulada sobre la base del modelo europeo y el lugar que en él ocupa el juez nacional. Asimismo, toma en cuenta la multiplicidad de centros de poder y, por lo tanto, la inflación de normas que regulan o protegen un mismo objeto: en este caso, el ser humano.

Por imperio de la jurisprudencia del TJCE (87) el juez nacional es a su vez juez comunitario (ahora, juez de la UE) y, por lo tanto, garante de la aplicación del derecho de la Unión (88).

Este juez, que en términos más claros para nuestra cultura procesal podríamos llamar “juez competente” (pues puede ser nacional, municipal, provincial o federal, según el modelo adoptado en cada Estado para la distribución territorial del ejercicio de poder público), es la autoridad que tiene al alcance el ciudadano para impugnar un acto comunitario o estatal en ejercicio de una competencia comunitaria, o bien para generar que los órganos correspondientes apliquen el derecho de la UE. Ante él se puede debatir si corresponde que el caso que se presenta sea juzgado a la luz del derecho originario o derivado de la UE. También puede litigarse contra el Estado por la inejecución de un mandato comunitario o por su ejecución deficiente o arbitraria, así como contra un particular cuando vulnera normas de la UE y eso significa un detrimento contra la situación de quien acciona, etc.

Ante este tipo de demandas, el juez competente deberá resolver considerando todas las normas y principios que son de su incumbencia: obviamente el derecho comunitario, pero también las fuentes nacionales e internacionales. Con esto queremos decir que el juez nacional o como lo denominamos nosotros, el juez competente, es quien tiene en su cajón todas las llaves que de algún modo le permiten ingresar al estudio del litigio en donde se ventile alguna cuestión que vincule la vulneración de los derechos fundamentales a partir de la acción directa o indirecta del Espacio Integrado. Él debe aplicar tanto las normas internas o nacionales, entre ellas, claro está, su Constitución Nacional, como las internacionales sobre derechos humanos (en el caso europeo, el CEDH) y las comunitarias. Debe emplearlas con un criterio armonizador, pero teniendo un horizonte claro:

(87) Recordemos que la evolución jurídica de la integración europea se dio gracias al aporte que ha ido realizando el Tribunal de las Comunidades mediante sus sentencias: los principios que moldearon el sentido del derecho comunitario (hoy, derecho de la Unión) surgieron de la evolución jurisprudencial producida por el TJCE a partir de la interpretación de los tratados constitutivos. Nos referimos a los principios de autonomía del derecho comunitario, de primacía, de efecto directo y de aplicabilidad inmediata. Para la profundización de estas nociones conviene consultar la obra de MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, op. cit., caps. 17 y 18.

(88) TJCE, asunto 106/77, “Simmenthal”, del 09/03/1978.

no sólo actúa como garante inicial del respeto de los tres órdenes normativos, prioritariamente debe custodiar el valor de la persona y el principio de justicia.

De este modo, este juez, por imperio de los tres plexos normativos, tiene competencia para aplicar las normas que cada uno contiene y posee el deber de ajustar sus sentencias a ellas. Sin embargo, este delicado trabajo importa el deber de resolver los problemas cotidianos entre particulares y entre éstos con las autoridades públicas con sentido jurídico y también con sentido común. ¿Qué significa esto?: que cuando el juez se enfrenta a un litigio concreto debe atender de manera prioritaria el valor de justicia que el caso demanda, es decir, aplicar las normas atinentes al asunto planteado guiado por la idea de que debe darse protección a la persona frente al ejercicio abusivo de los derechos (en el caso de particulares) o del poder (en el caso de las autoridades públicas).

Esto de ningún modo significa desconocer el derecho positivo o que el fallo sólo deba sustentarse en la equidad sino que el juzgador debe conocer bien el hecho por el que existe una contienda entre las partes y aplicarle las normas correspondientes con sentido de justicia.

Ahora bien, qué significa esto. Esta alternativa demanda que los jueces dominen los tres órdenes jurídicos para poder verificar qué normas (nacionales, internacionales y supraestatales) entran a jugar frente al tema que se les presenta. Una vez que han sido “seleccionadas” las reglas aplicables, el juez debe observar si entre ellas existe acuerdo en su sentido, alcance e interpretación pues antes de elegir desechar alguna debe estarse a una aplicación armoniosa de todas ellas.

Si no fuera posible resolver el caso mediante una aplicación armoniosa y con sentido de justicia de las normas, el juez tendrá que recorrer algunos caminos según cuál sea la norma “díscola”. Si la norma que estuviera dispuesto a desechar fuera de aquellas que componen el derecho de la UE o la disputa fuera sobre su interpretación para hacerla compatible con el resto de las aplicables al caso, el juez deberá plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para que éste —en tanto única instancia que puede interpretar el derecho de la Unión— examine cuál es la exégesis de la norma (art. 267 del TFUE). Para eso, el juez competente deberá explicar los hechos del caso y las razones de la consulta (por ejemplo, que existen diversas normas aplicables y que la norma europea, de aplicarse directamente al caso, generaría una colisión con los derechos consagrados en la CDF, el CEDH o la propia Constitución Nacional). El resultado interpretativo que emita el TJUE debería ser armonioso con los otros plexos normativos y recién entonces estará en condiciones de fallar sobre el litigio.

Si, en cambio, el sentido hermenéutico señalado por el TJUE no resolviera el conflicto normativo, desde nuestro punto de vista, el juez competente estaría en condiciones de apartarse de esa interpretación y, por lo tanto, no aplicar la norma UE, dando fundamentos de esa decisión. Creemos que una de las posibles argumentaciones sería que si una norma de la UE desconoce los derechos humanos ella sería inaplicable por el juez competente en razón de que esa decisión puede significar el incumplimiento de la obligación estatal de reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales anclada en el art. 1 del CEDH.

Otra podría ser que el juez tiene el deber ético de desoír esa interpretación puesto que ella no es compatible con el principio de justicia o no reconoce el valor de la persona y de su dignidad como ser humano.

En virtud de que este tipo de decisión implica dejar a un lado el derecho de la UE y el interés supraestatal, creemos prudente que el juez competente ponga en conocimiento de esta decisión al TJUE y a la Comisión de la UE, en tanto garante del interés supraestatal.

Pensemos otros supuestos. Si la norma en conflicto no fuera de las que componen el ordenamiento de la UE, sino una de origen nacional sancionada para hacer efectivo el derecho comunitario (89), debería transitarse otro camino. Si se observa que ella es incompatible con la CDF, creemos que correspondería plantear una cuestión prejudicial y seguir el derrotero tal cual lo hemos explicado anteriormente. En cambio, si la norma interna de aplicación del derecho de la UE fuere incompatible con alguna disposición del CEDH, a nuestro criterio, el propio juez podría dejarla inaplicable por ser violatoria de una disposición de mayor jerarquía y porque además su aplicación conllevaría la posibilidad de que sea declarada la responsabilidad internacional del Estado por vulneración de los derechos humanos consagrados en ese tratado.

Finalmente si la disposición nacional de ejecución del derecho supraestatal no fuera concordante con la Constitución Nacional creemos que debería activarse el mecanismo de control de constitucionalidad para que el órgano competente declare si hay o no violación a la Carta Magna Nacional o, en su caso, aporte el sentido que debería dársele a la norma para evitar su exclusión del sistema normativo.

En estos dos últimos supuestos entendemos que por haber estado involucrados aspectos que hacen al derecho de la UE, a sus mecanismos, instituciones y decisiones, corresponde poner en conocimiento de estas resoluciones a la Comisión de la UE en tanto guardiana del interés comunitario y al emisor de la disposición nacional para que formule otra. De este modo, el Estado tendría la oportunidad de dictar una nueva normativa que desarrolle el derecho de la Unión y por lo tanto evitar el incumplimiento de las obligaciones comunitarias. Asimismo, tendría ocasión de corregir los errores señalados por el juez que las ha observado.

Consideramos que esta propuesta es valorable desde el punto de vista de la proximidad que tiene el ciudadano para el acceso rápido y eficaz a la tutela de sus derechos. Esa proximidad no sólo se traduce en cercanía en términos geográficos sino también en aspectos jurídicos: será más fácil contratar un abogado, para quien el derecho procesal con el cual deberá litigar es bien conocido al igual que los criterios judiciales de la región y las vías argumentativas utilizadas.

Lo que esta propuesta en definitiva plantea es que el ciudadano “tenga a mano” las vías pertinentes para poder ejercer la defensa oportuna de sus derechos frente al poder supraestatal. Además de este sentido pragmático, entende-

(89) Por ejemplo, una ley interna que desarrolla el contenido de una directiva.

mos que el juez competente es quien tiene la facultad de aplicar todas las normas referentes a derechos fundamentales y por lo tanto, en atención a su conocimiento del caso, es quien está en mejores condiciones de evaluar y argumentar qué normas aplicar. Las opciones pasarán entre el empleo armónico de los sistemas hasta el privilegio de alguna norma en detrimento de otra/s por razones de justicia.

En este punto, vale la pena destacar que los posibles incumplimientos que pueden derivar de esta alternativa están anclados en la necesidad de evitar otros con peores consecuencias para el individuo. Sin embargo, éste es un problema inherente a la frondosidad de compromisos que los Estados asumen con el devenir del tiempo. En efecto, éste debería ser un tópico central en las discusiones sobre la protección de los derechos humanos a través de múltiples órdenes jurídicos y la variedad de convenciones de las que se hacen parte los Estados, sin verificar previo a contraerlas sus reales posibilidades de cumplir con las obligaciones que de ellas derivan.

Esta alternativa, no obstante lo explicado, podría complementarse con alguna de las presentadas anteriormente de modo tal de corregir algunas de las consecuencias negativas que podrían generarse.

VII. MIRANDO AL FUTURO

Todo lo que hemos analizado con respecto a la UE es valioso de cara a los procesos de integración latinoamericanos en los cuales participa Argentina. Si bien en ellos aún no se han presentado los inconvenientes y cuestionamientos que hemos humildemente desarrollado en este capítulo, sí está presente el desafío de anticiparse a ellos y contemplar ciertas posibilidades para cuando se materialicen. En este sentido, el ultraobjetivo es, en base al conocimiento y la visión crítica de otras experiencias de derecho de la integración, prepararnos para afrontar con herramientas teóricas y prácticas novedosas las complejidades que nuestros propios procesos latinoamericanos seguramente nos propondrán en materia de protección de derechos humanos.

El sueño de una América Latina unida, con metas comunes y medidas consensuadas, sólo será posible si la política y el derecho tienen en especial consideración que la integración sólo es materialmente posible si el beneficiario final de estas innovaciones es el pueblo hermanado de las naciones. Sin una exaltación de los derechos que protegen al conjunto y a sus individualidades, sin un compromiso y unas acciones certeras, concretas, firmes y “largo-placistas” sobre su reconocimiento, respeto y garantía sería mediocre o meramente discursivo cualquier compromiso de integración regional.

Que las discusiones, problematizaciones y alternativas que hemos compartido, al menos en esta sección, sirvan de punto de partida para que la añorada unión de los países latinoamericanos pueda avanzar de manera decidida, con bases más firmes y sin perder de vista a los seres humanos.

CAPÍTULO III

LOS TRIBUNALES EN UN ESPACIO INTEGRADO

Sebastián Martínez - Sabrina Olivera

con la colaboración de *María de la Paz Herrera y Mariano Liszczyński*

I. DE LA PROLIFERACIÓN DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. Los derechos fundamentales y la multiplicidad de garantes jurisdiccionales

En los capítulos precedentes hemos desarrollado cómo el derecho internacional y el derecho comunitario han desbordado, en mayor o menor medida, los diques que los separaban de los sistemas jurídicos internos. De la misma forma, también se explicó que, según lo vemos, esto ha traído aparejado la reconfiguración de algunas nociones que se erigían como dogmas incuestionables, tales como “Estado” o “soberanía jurídica”.

De esa manera, el Estado constitucional de Derecho contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado y limitado internacionalmente, lo que se evidencia con particular intensidad y complejidad en Europa, pero también, aunque en menor medida, en América y el resto del mundo. En todos estos casos, las relaciones internacionales se ven completadas y perfeccionadas en virtud de fenómenos de supranacionalidad de distinto grado de desarrollo.

Una de las consecuencias de esta nueva realidad es que el *bagaje* ideológico que se ha utilizado desde hace ya más de dos siglos para explicar o justificar la limitación del poder se incrementó en las últimas décadas por la presencia de un Derecho Internacional de nuevo cuño que se refiere no sólo a las relaciones interestatales sino también a las relaciones entre Estado e individuos; el Convenio de Roma y el Pacto de San José de Costa Rica son quizás los mejores ejemplos de ello (1).

(1) Estos dos tratados rigen en el ámbito europeo y americano, respectivamente, en materia de derechos humanos, siendo las normas que crean sendos sistemas de protección regional de esta temática. “Convenio de Roma” es el nombre familiar que recibe el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, Italia, el 4 de noviembre de 1950, y que también se conoce como CEDH —Convenio Europeo sobre Derechos Humanos—. “Pacto de San José de Costa Rica” es la denominación popular que se da a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y que es conocida también como CADH.

En el contexto de esta evolución, las distintas variantes del derecho internacional que hemos examinado (DIDH, DIG/DIP, DC, DPI, etc.) (2) han reproducido muchos de los elementos constitutivos de los sistemas jurídicos locales, tanto en sus formas (v.g. instrumentos reconocedores de derechos fundamentales, estructuras orgánicas ejecutivas, legislativas, etc.) como en su ámbito de aplicación; donde antes se pensaba en un derecho *extra muros*, ahora se habla de normas con la potestad de ejecutarse *intra muros*.

A la par de esta proliferación y evolución normativa también se ha registrado un significativo aumento en el número de tribunales internacionales, los que a su vez expandieron su naturaleza y competencia.

Dicho de otra forma, el fenómeno al que nos hemos referido a lo largo de estas páginas ha importado, entre otras cosas, que en un mismo territorio coexistan simultáneamente más de un catálogo de derechos y de una institución jurídica administrativa.

Sin embargo, los entuertos no se agotan aquí.

Nada más lejos de la realidad: cada uno de estos subsistemas jurídicos internacionales ha incorporado —¡por si las coincidencias con los sistemas locales no fueran ya suficientes!— sus propios órganos jurisdiccionales.

Analizar en detalle cada una de estas jurisdicciones, y cómo se relacionan entre sí y con los órdenes locales específicos, será objeto de los próximos puntos. En esos apartados ahondaremos además las situaciones conflictivas puntuales que se presentan en los hechos para, finalmente, intentar proponer soluciones a ello.

Pero antes de llegar allí, nos demoraremos en algunos interrogantes iniciales comunes a todo los sistemas a tratar.

2. Un nuevo actor entra en escena: el nacimiento de las jurisdicciones internacionales

Hoy día estamos habituados a escuchar hablar acerca del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (3). Los académicos comentan sus decisiones, los Estados las cumplen —muchas veces, a regañadientes— y los ciudadanos concurren a ellos, directa o indirectamente, en busca de tutela.

(2) Las siglas corresponden, cada una, a Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional General o Público, Derecho Comunitario y Derecho Penal Internacional.

(3) Los tribunales pertenecen a diferentes ámbitos, pero pueden superponerse, y además de por su nombre técnico también son conocidos por el del lugar en que se emplazan, así el TJUE es el Tribunal de Luxemburgo; la Corte IDH, la Corte de San José de Costa Rica; la CPI, la Corte de La Haya (sede también de la CIJ —Corte Internacional de Justicia—) y el TEDH, el Tribunal de Estrasburgo.

Sin embargo, este fenómeno que hoy parece cotidiano es más bien reciente. Y bastante.

Si reflexionamos acerca de ello unos instantes descubriremos que, históricamente, la regla siempre fue que dentro de las fronteras de cada país el único derecho válido era el local, que sólo podía ser aplicado —obviamente— por órganos locales.

De allí que estemos en presencia de una cuestión novedosa y que aún suscita múltiples discusiones y equívocos. Por ello, corresponderá ya desde aquí aclarar las aguas y señalar que, en lo que sigue, llamaremos “jurisdicción internacional”, “tribunal internacional”, “corte internacional” o —lo que consideramos más apropiado— “órgano jurisdiccional internacional”, a aquél órgano creado por un sistema jurídico internacional (sea de DIG, o de DIDH, o de DC, etc.) con el objeto de interpretar y aplicar —ya sea en forma consultiva o bien contenciosa— los sentidos normativos de ese mismo sistema.

Preferimos el término “órgano jurisdiccional internacional” porque la idea de “tribunal internacional” o “jurisdicción internacional” remite inevitablemente a sus análogos locales: cuerpos personales o colegiados compuestos por jueces, y lo cierto es que no siempre un órgano internacional que cumpla la función jurisdiccional poseerá tales características; por el contrario, muchas veces estos órganos se asemejarán más a un tribunal administrativo local que a uno propiamente jurisdiccional. Más adelante, cuando tratemos el caso del DIDH se verá con mayor claridad esto que aquí se afirma.

Sin embargo, si tenemos presente esta diferenciación, no existe óbice alguno para utilizar cualquiera de los términos mencionados.

Aclarado ello y retomando, se recordará que al hablar, en los capítulos previos, acerca del constitucionalismo clásico y de los derechos como límites del poder, hicimos hincapié en la aparición de textos escritos como fuente jurídica de organización política y como estatutos de reconocimiento de derechos fundamentales.

No obstante, y a riesgo de incurrir en una *verdad de Perogrullo*, podríamos coincidir desde un inicio en que todo sistema jurídico requiere que “alguien” interprete los alcances de los sentidos normativos que lo conforman y que, en su caso, posea la facultad de resolver los distintos conflictos que se produzcan en su seno.

Esta afirmación no es azarosa ni arbitraria, sino el correlato de los distintos puntos desarrollados hasta aquí. Las controversias son tan inevitables como la vida misma en sociedad, pues la sola comunión de varias personas importa que puedan existir tantos intereses distintos como personas, y a mayor pluralidad de intereses en juego, mayor es también la posibilidad de que éstos riñan entre sí.

Esto es aún más patente cuando las normas que establecen derechos y regulan relaciones (y que por ende deberían ser el punto de partida para la resolución de estos conflictos) no siempre poseen un sentido claro, uniforme y pacífico.

Las controversias que apuntamos pueden provenir de una colisión de derechos que requiera que alguien coloque certeza sobre cuál es el que debe prevalecer —si acaso debe prevalecer alguno, claro está— o bien porque un sujeto obligado a cumplir un acto se niega a hacerlo por propia voluntad. Se trata aquí de resolver, si se quiere, *una omisión*.

Con esto pretendemos dejar en claro que, por principio, es válido y hasta incluso deseable que un texto jurídico cuente con un órgano que lo interprete y resuelva los casos contenciosos o consultivos que se produzcan en su seno.

Por supuesto, que sea necesario que alguien interprete un texto jurídico no significa necesariamente que ello deba ser cumplido por un cuerpo colegiado, tal como tradicionalmente los conocemos internamente. Por el contrario, para nuestra tradición jurídico-cultural resulta chocante que un juez oriundo de una potencia extranjera pueda sentenciar en un pleito que involucra, por ejemplo, a un particular contra su propia nación. Se podría señalar, por consiguiente, que el mejor calificado para resolver este tipo de casos es el propio Estado.

Por nuestra parte consideramos que esto no es conveniente, ya que entendemos que la historia demuestra con sobrados ejemplos la conveniencia de adoptar el sistema jurisdiccional de corte independiente e imparcial que ya se ha consolidado en la mayor parte del mundo occidental; por caso, basta con remitirse al debate que en la Alemania de entreguerras mantuvieron al respecto HANS KELSEN y CARL SCHMITT (4).

En breves líneas: mientras SCHMITT señalaba que el *führer* era, por su legitimación en el voto popular, el más idóneo para ejercer y controlar al poder, KELSEN afirmaba que *“la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder (...) Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla, pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que nadie puede ser juez de su propia causa”* (5).

En los hechos se impuso la postura de SCHMITT, con los resultados de sobra conocidos. Con esto no pretendemos pecar de alarmistas —no toda falta de control jurisdiccional debe concluir en un régimen nazi— pero sí es inobjetable que, como bien lo señalaba el jurista austríaco, si el que controla es el mismo que debe ser controlado, es muy factible que este control sea deficitario.

(4) Un estudio amplio del tema puede encontrarse en HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, octubre-diciembre de 1994, p. 215. En nuestro medio, puede consultarse la obra de SÁNCHEZ VÍAMONTE, C., *El constitucionalismo - Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, Caps. I y II. Pero básicamente la cuestión podía resumirse en que, mientras SCHMITT señalaba que el *führer* era, por su legitimación en el voto, el más idóneo para ejercer y controlar al poder, KELSEN afirmaba que el control sólo podía ser materializado por un órgano distinto al que ejercía el poder.

(5) KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1996, traducción al español de Guillermo GASÍO, p. 5.

La experiencia alemana, y que en rigor de verdad es sólo una de muchas similares, resulta de suma utilidad para explicar con un caso concreto por qué son necesarias las jurisdicciones internacionales: sin ellas no habría a quién recurrir si los Estados incumplieran con sus obligaciones internacionales. Y si avanzamos un poco más, si el incumplimiento no trajera aparejado ningún tipo de sanción, es muy factible que los Estados no querrían cumplir con muchos de sus deberes.

Por supuesto, el respeto de los derechos —sean éstos de origen local o internacional— está basado en primer lugar en el apego que los ciudadanos y sus gobernantes les dispensan, pero, como bien señala GIL DOMÍNGUEZ: “*Cuando este primer nivel falla, la eficacia descansa en el sistema de garantías instaurado, en cuyo control de constitucionalidad (más allá del sistema empleado) los jueces ejercen la última palabra (en torno a la validez y vigencia de la regla de reconocimiento constitucional) y adquieren el rol de defensores de la última instancia de las normas constitucionales. Cuando los jueces renuncian al control de constitucionalidad, o bien realizan un control en el que la autorrestricción se convierte en la nota preponderante, la ineludible consecuencia es que las normas constitucionales carecen de eficacia, y que, consecuentemente, la Constitución se transforma en una mera hoja de papel*” (6).

Resumiendo entonces, para que el *deber ser* que plantean los textos jurídicos coincida con el *ser* social se requiere en gran medida que exista un organismo autónomo e independiente de toda influencia externa que posea la capacidad de volver operativas las normas consagradas en aquellos mismos instrumentos normativos. Consagrar un organismo de estas características importa necesariamente atomizar el poder, dividiéndolo para lograr su autocontrol.

Y esta tesis es tan válida para el derecho interno como para el DIG, el DC y el DIDH o cualquier otro y tal es la tendencia actual en la materia; pocas personas hubieran podido arriesgar en aquél entonces que aquellos órganos que comenzaron a insinuarse luego de la Segunda Guerra Mundial tendrían el desarrollo que hoy conocemos. Y no es casual que mencionemos a estas variantes normativas, puesto que, como bien apunta DUTLIZKY, los Tratados que dan lugar al DIDH, al DPI y al DC, a diferencia de aquellos que resultan propios del DIG, no tienen como objeto el intercambio recíproco de beneficios y ventajas entre distintos Estados, sino que están dirigidos a la tutela directa de los derechos de los individuos (7).

(6) GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 43.

(7) En ese sentido, este autor señala: “La situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los derechos humanos. No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados. Los tratados de derechos humanos, por contrario, persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes que no tiene por destinatario a los Estados, sino a los individuos...” DUTLIZKY, A., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimpresión, Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Este criterio, además, había sido sostenido en 1951 por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva *Reservas a la Convención para*

Viéndolo con mayor detalle, la variante DIDH no está compuesta por un único instrumento internacional con un único organismo de control. Por el contrario, y como lo dice CANÇADO TRINDADE, el *corpus juris* de esta rama está compuesto por una multiplicidad de instrumentos internacionales (declaraciones, tratados, convenciones) que nacieron, tal como ya se apuntó, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Se trata de un grupo algo ecléctico de normas que vio la luz al amparo de los sistemas regionales (África, América, Europa) y universal (ONU —Organización de las Naciones Unidas—), y que guarda algunas características comunes que permiten diferenciarlo del DIG.

Esta dispersión de textos jurídicos verdaderamente dificulta el establecimiento de una definición concreta del DIDH. Puede afirmarse, claro, que es el conjunto de normas que componen los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (IISDH). Pero esta afirmación nada dice acerca de las características del DIDH o en qué se diferencia del DIG. Más aún, ni siquiera brinda una pauta específica para determinar qué instrumento internacional —o parte de él— versa sobre derechos humanos.

Adentrándonos en torno a esta primera inquietud, y por obvio que resulte esta afirmación —cuyas extensiones serán analizadas en profundidad más adelante—, puede sostenerse que las declaraciones y tratados que componen el *corpus juris* del DIDH son aquellos cuyo objeto y fin es la tutela, justamente, de los derechos fundamentales de los individuos por oposición a los tratados tradicionales que estaban dirigidos a regular las relaciones entre potencias contratantes.

De esa forma, los deberes y obligaciones de los Estados soberanos se encuentran en función del desarrollo del DIDH y de ahí que la tensión entre soberanía de los Estados y derechos humanos se resuelva hoy de la siguiente forma: por ser soberanos los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que no pueden ser obviadas invocando disposiciones internas.

Por consiguiente, si en el DIP tradicional el trato que un Estado le diera a sus nacionales era en una cuestión de jurisdicción interna (8), en el DIP contemporáneo ocurre lo contrario como consecuencia del desarrollo progresivo que el orden internacional ha experimentado en materia de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos. De ahí que ningún Estado que viole la obligación de derecho internacional general de respetar los derechos humanos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, cualquiera que sea su nacionalidad e incluso si carece de ella, podrá sustraerse a su responsabilidad internacional con el pretexto de que esta materia es esencialmente de su jurisdicción interna.

Ahora bien, si tuviera que hacerse un recuento cronológico de los instrumentos de DIDH a los que venimos haciendo referencia, deberían señalarse, a

Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951. El original puede leerse en línea en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>.

(8) No regía esta cuestión y se limitaba a regular la posición jurídica de los extranjeros.

riesgo de olvidar a alguno, la Carta de las Naciones Unidas (1945); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —DADyDH— (1948); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales —CEDH— (noviembre de 1950); la Declaración de los Derechos del Niño (noviembre de 1959); Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (noviembre de 1963); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (diciembre de 1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCyP— (diciembre de 1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESyC— (diciembre de 1966); la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (noviembre de 1967); la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— (noviembre de 1969); la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (diciembre de 1975); la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (noviembre de 1981); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (junio de 1981); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (diciembre de 1985); la Convención sobre los Derechos del Niño —CDN— (noviembre de 1989); la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas (diciembre de 1992), la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas (junio de 1994) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (junio de 1994).

De esta extensa enumeración —que no agota la totalidad de los textos sobre derechos humanos— pueden extraerse varias conclusiones. La primera es que cronológicamente las primeras en emerger fueron las declaraciones (americana y universal).

Aquí no se pretendió darle plena fuerza obligatoria al DIDH, y prueba de ello es la consecuente ausencia en dichos textos de todo órgano de supervisión o control.

Este primer período fue seguido por el de las convenciones y pactos. En este supuesto, la legislación internacional ha seguido siempre el modelo de crear un organismo específico para cada instrumento.

Escaparía a los límites de este trabajo realizar un análisis extenso de cada uno de los casos puntuales, pero aquí también deben hacerse distinguos, dado que no todos los textos le acuerdan al organismo que crean las mismas potestades jurídicas. Como se dijo párrafos atrás, algunos de estos órganos son más parecidos a un tribunal arbitral o a un ente administrativo de control que a un *tribunal* tal como así lo conocemos domésticamente.

Aun así, y siguiendo a PINTO (9), puede efectuarse una distinción en tres niveles de modalidades de control.

(9) Cfr. PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

1) *Un sistema de informes periódicos relativos a las medidas legislativas o de otro carácter que los Estados parte hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos en los respectivos tratados.*

Esta es la línea seguida originariamente por la CIDH —Comisión Interamericana de Derechos Humanos— con relación a los Estados americanos miembros de la OEA (Organización de Estados Americanos) que no ratificaron la CADH, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, etc.

En estos supuestos, lo usual es que los respectivos organismos se reúnan durante un período determinado del año y luego emitan informes frente a las Asambleas Generales de las organizaciones bajo cuyo amparo fueron creados, dando cuenta del nivel de cumplimiento —o incumplimiento— de los distintos Estados parte durante ese período.

2) *Un sistema de peticiones interestatales e individuales alegando violaciones de los derechos protegidos en los distintos instrumentos internacionales.*

El caso típico aquí es el del Comité Internacional de Derechos Humanos, creado por el PIDCyP, a partir del protocolo facultativo.

3) *Un sistema judicial en el que un tribunal de justicia ejerce su jurisdicción respecto de un reclamo que ya tramitó por el sistema de peticiones.*

Este es el sistema de la Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el ámbito de la CADH y del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en el marco del Convenio Europeo.

Como puede verse, no existe en el DIDH un único órgano de control. Antes bien, la lógica seguida por “el legislador” internacional es la de atribuirle a cada texto, o grupo aislado de textos, su propio *guardián*, con características propias.

Por ello, cuando nos preguntamos acerca de qué grado de fuerza debe asignarse a una decisión emanada de un órgano de control o supervisión debemos atender a lo dispuesto al tratado respectivo, y la forma en que este ha sido ratificado o adherido por el país respectivo.

Estas diferencias que existen entre las distintas clases de mecanismos de vigilancia patentizan una aparente tensión entre soberanía y operatividad del DIDH: mientras más vinculante sea la jurisprudencia internacional —es decir, mientras *más fuerte* sea *el guardián*— más amplia parecería la efectividad del tratado internacional respectivo y más débil, por ende, la autonomía del Estado en lo atinente a su soberanía jurídica.

Correlativamente, mientras más fuerza se le otorga a un organismo de control, más optativa es para los Estados la asunción de su competencia. En este aspecto, el caso de la Corte IDH es emblemático, en tanto que la extensión de su competencia a un país determinado requiere de una doble ratificación por parte de éste, primero de la propia CADH y luego de su competencia contenciosa en particular.

No obstante, estos rigorismos no desacreditan al DIDH, sino que lo refuerzan, por cuanto que éstas precauciones ponen en evidencia que los países signatarios de los distintos tratados tienen en claro que el reconocimiento de la competencia de los organismos de control no es una mera formalidad normativa, sino que implica poner en tela de juicio su propia soberanía al someterse a acatar las decisiones adoptadas por un tribunal que se encuentra fuera de la estructura estadual.

3. Algunos inconvenientes comunes a todos los sistemas

La cuestión relevante se origina con el surgimiento de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, del derecho penal internacional y del derecho comunitario, que han determinado, cada uno y con sus obvias diferencias, el nacimiento de tres variantes —en principio— normativas autónomas, ya que la convivencia de un sistema judicial nacional y de un sistema regional o comunitario de protección de los derechos humanos puede originar diferentes tipos de tensiones entre los intérpretes supremos de tales sistemas.

Un problema podría ser, por ejemplo, la modificación de una sentencia firme dictada por un tribunal local o la suspensión de los actos de su ejecución, en beneficio de una víctima que ha triunfado en un proceso internacional o comunitario.

Otro gran escollo, casi fundacional, es el surgimiento y la escasa legitimación democrática de los sistemas jurisdiccionales internacionales.

Pero las discusiones, lejos están de agotarse en este punto.

Así, cuando hablamos de los nuevos Estados Integrados, hicimos hincapié en que debíamos asumir, por llamarlo de alguna forma, que las fronteras de la tradicional soberanía jurídica habían sido perforadas por las variantes del derecho internacional ya apuntadas.

Una de las consecuencias de esta nueva relación local-internacional es —en lo que ahora interesa— que la noción misma de “sentencia firme” o “Tribunal superior” se ve afectada.

Como ya hemos mencionado, una decisión firme, adoptada por el máximo tribunal de un Estado, bien puede ser revocada por un tribunal de DC o de DIDH. Este problema en los hechos se agrava por la excesiva distancia temporal que suele transcurrir entre lo decidido a nivel local y la sentencia posterior internacional.

Por otra parte, también puede ocurrir que el cumplimiento de una obligación internacional acarree el incumplimiento de otra, tal como señaló nuestra CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) en torno al caso “Cantos” (10).

Allí, el Procurador del Tesoro Nacional, solicitó que se instrumentara la sentencia emitida por la Corte IDH, en la cual se condenó a nuestro país por la violación del debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia.

(10) CSJN, Fallos 326:2968, caso “Cantos”, resolución 1404/2003 (21/08/2003).

La pretensión estaba dirigida a reducir los exorbitantes montos de la tasa de justicia y de los honorarios que habían sido fijados para que el accionante José María Cantos pudiera entablar la respectiva demanda.

La mayoría de la Corte rechazó esta solicitud entendiendo que si se reducían los honorarios de los peritos intervinientes en el proceso se “*vulnerarían elementales garantías constitucionales de los así afectados. Ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos creditorios no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional...*” (11), de forma tal que “*...bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), llevaría a la inicua —cuanto paradójica— situación, de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca...*” (12).

También puede ocurrir que dos órganos jurisdiccionales internacionales distintos fallen desde su competencia en forma encontrada en torno a un mismo asunto.

Por ejemplo, podría darse el caso, para nada improbable, de que un tribunal de DC concediera a un tercero un derecho patrimonial, que un tribunal de DIDH podría asignar a otro particular, tal como se mostrará más adelante que ha ocurrido.

Y todo esto, sin siquiera mencionar las dificultades que conlleva muchas veces acceder a los tribunales internacionales por parte de los ciudadanos comunes; téngase en cuenta que, a pesar de los esfuerzos que los distintos órganos realizan al respecto, se está en presencia de procesos cuyo litigio se desarrolla la mayoría de las veces a lo largo de varios años y a miles de kilómetros del domicilio del individuo reclamante.

A ello debe sumarse lo difícil que resulta a veces lograr que los países acaten las decisiones de éstos órganos; y que en el continente tuvo dos ejemplos emblemáticos: el Perú de Fujimori después de varias sentencias adversas por parte de la Corte IDH intentó abandonar el sistema de protección establecido por la CADH, algo que, por suerte, finalmente no tuvo consecuencias definitivas; sin embargo ante la misma situación la Venezuela de Chávez y Maduro denunció la CADH y se apartó del sistema de protección regional.

Con todo esto no pretendemos desalentar la necesidad de que existan jurisdicciones supranacionales; por el contrario, estimamos que hemos dado buenas razones para ello. Pero esto no quita que los problemas existen y que deben ser señalados y abordados enfáticamente, en tanto que sólo así podrán ser superados.

Aclarados estos primeros puntos, veamos, ahora sí, cada caso en particular, destacando que nos ocuparemos del sistema interamericano, que es aquél con

(11) Considerando 4º, párrafo 1º.

(12) Considerando 4º, párrafo 2º.

el que —por obvias razones— nuestro Estado ha interactuado con mayor asiduidad, y del europeo que, según lo vemos, es el más desarrollado del mundo.

II. LA CONVIVENCIA DE TRES JURISDICCIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. AMÉRICA

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos, breve desarrollo

La materia derechos humanos ha venido consolidándose en el sistema interamericano desde la mitad del siglo XX hasta el presente. Dicho proceso se encontró sostenido por tres importantes pilares, a saber: la Corte de Justicia Centroamericana de 1907, la Conferencia de Chapultepec de 1945 y la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 celebrada en San José, Costa Rica, la cual establece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, cabe mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia, en 1948. En ésta se arregló la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), siendo la DADyDH el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, ya que recién meses después se sancionaría la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dicha Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros “*un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia*” (13), y para tal fin la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo son sus principales pilares.

Otro elemento importante dentro del sistema interamericano es la CIDH, órgano principal y autónomo de la OEA, creado en 1959, que es el encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, cuya custodia final queda en manos de la Corte IDH, instalada en 1979.

Así podríamos decir que el sistema jurídico interamericano es entendido como “*el conjunto de normas —convencionales y consuetudinarias— e instituciones y principios generales de derecho internacional —público y privado— que rigen y estructuran las relaciones de los Estados entre sí y con los demás sujetos del derecho, en el continente, desarrolladas desde la emancipación hasta nuestros días*” (14), y que tuvo como fin la promoción y el acatamiento de los objetivos y principios comunes, y a la par estableció una forma de diplomacia multilateral que es seguida por los Estados americanos en sus relaciones internacionales (15).

(13) Carta de la OEA, art. 1.

(14) Según ALICE, M., *El Sistema Jurídico Interamericano*, Libros del ISEN. Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Buenos Aires, 2006, p. 15.

(15) CONNELL-SMITH, G. en ALICE, op. cit., p. 15.

Normativamente, el sistema se apoya mayormente en dos instrumentos para la protección de los derechos humanos: la DADyDH, y la CADH, que le dan sustento jurídico e institucional, al mencionar derechos y órganos para su defensa como la CIDH y la Corte IDH.

Debido a que este sistema se apoya en sendos instrumentos normativos, y en atención a la posibilidad de que la CIDH realice visitas *“in loco”*, es que podemos afirmar que se trata de un engranaje más complejo y diferente al europeo. No obstante ello, en el último el individuo posee un derecho de petición directo hacia el Tribunal Europeo, mientras que en el sistema americano, la CIDH efectuará una examinación previa y decidirá si una cuestión es sometida al entendimiento de la Corte IDH.

En este sentido, es dable destacar que esta “protección internacional” nace a partir de la responsabilidad de un Estado parte por la violación o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los plexos normativos sobre esta materia.

Merece especial énfasis observar que los tratados sobre derechos humanos en la región americana, de conformidad con su interpretación, imponen una obligación de cumplimiento *erga omnes*. Al respecto, ha manifestado Mónica PINTO que: *“(...) el carácter de las obligaciones asumidas por los Estados en estos tratados no es el sinalagmático tradicional (...) Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes (...)”* (16).

Ahora bien, el artículo 1º del Estatuto de la Corte IDH determina que ella *“es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”*. Con relación a ello, consideramos que es preciso mencionar que la Corte IDH posee dos competencias: la consultiva y la contenciosa.

La primera se encuentra habilitada por el artículo 64 de la CADH, que reconoce a los Estados miembros de la OEA la facultad de solicitar su interpretación o de otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos. Asimismo, la Corte, a solicitud de alguno de los Estados miembros, podrá brindar opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales.

A su turno, la competencia contenciosa se halla prevista en los artículos 61, 62 y 63 del mismo ordenamiento, por medio de los cuales se determina su intervención ante el reconocimiento previo de su competencia por parte de los Estados miembros involucrados. En consecuencia, conocerá en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la CADH y de decidir que hubo una violación de un derecho o libertad protegidos en esta, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su libertad o derechos conculcados.

(16) En ALICE, M., op. cit., p. 108.

a. Las interrelaciones del sistema americano

Para analizar las interrelaciones existentes entre los diferentes estamentos judiciales dentro de un mismo Espacio Integrado en América y de qué manera los decisivos de un Tribunal influyen en la jurisprudencia de otro, corresponde preguntarse qué es lo más conveniente para el ciudadano en lo relativo al acceso a la justicia y cómo pueden solucionarse las diferencias de interpretación respecto a la colisión de derechos de los integrantes de un espacio, entendiendo por este ya sea el territorio de un Estado, ya sea el continente americano o por qué no, el comunitario (17).

A tales fines, debe referirse en forma preliminar que un Estado cuenta con un ordenamiento jurídico propio, el cual es interpretado por las judicaturas nacionales, cuya última instancia es —por lo general— un Tribunal Superior y/o un Tribunal Constitucional.

En forma paralela, y siempre y cuando ese Estado forme parte de un Espacio Integrado, existirán además dentro de su derecho positivo vigente y aplicable los instrumentos fundacionales y las normas derivadas de éstos, los cuales revestirán primacía por sobre las restantes normas de su sistema jurídico. Lógicamente, este derecho comunitario tiene su propio intérprete y guardián, que recae en un Tribunal o Corte de carácter comunitario y cuyos precedentes importan obligatoriedad.

Al respecto, es importante mencionar previamente que el derecho comunitario nace a partir de un ordenamiento jurídico propio —diferente al Derecho nacional y al Derecho Internacional— que genera normas jurídicas “*per se*”, a través de los procedimientos para la formación y sanción seguidos por los órganos comunitarios competentes. Precisamente dicha normativa forma parte del sistema jurídico doméstico o nacional, necesitando o no de una norma interna que la recoja y la incorpore al mismo. De este modo, se colige que la tirantez entre las jurisdicciones doméstica y comunitaria se resuelve en forma expedita, dado que esta última prevalece frente a la primera, siendo el efecto directo y la obligatoriedad de los actos del Espacio Integrado características definitorias del ordenamiento integracional.

No bastando ya esto, existe un tercer orden a nivel interpretativo-judicial y que se relaciona con una temática específica: los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, que hemos mencionado en la sección anterior y que, como quedó expuesto, cada uno de ellos posee una carta o declaración que determina su marco jurídico correspondiente, que complementa —o contraría— lo establecido en los otros dos órdenes a los cuales se hizo alusión párrafos arriba.

Lo hasta aquí manifestado permite aventurar que en el caso de que una norma de carácter nacional contradijera una disposición de índole comunitaria, la resolución del problema sería sencilla, pues por un principio general del Derecho Comunitario, éste prevalece por sobre el interno.

(17) Esto es, del Espacio Integrado, compuesto por la suma de los territorios de los Estados que lo forman.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si una decisión del tribunal superior comunitario vulnerara un derecho esencial contemplado en una declaración de derechos humanos? ¿Sería recurrible esa decisión en crisis ante el tribunal perteneciente al Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos (SPIDH) que correspondiere?; ¿podría considerarse, entonces, que ciertos decisorios comunitarios no quedan firmes, puesto que podrían ser modificados por el tribunal de derechos humanos?; ¿la intervención de este tribunal implicaría una instancia superior?; ¿el DC pierde su reinado para convertirse en un súbdito del DIDH?

Esto importa un gran conflicto, puesto que en el interior del Espacio Integrado, el universalismo de los derechos humanos debe ser institucionalizado como derecho positivo, reconociendo su existencia en las constituciones de los Estados y en el tratado constitutivo de la comunidad o del sistema de integración.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional deben complementarse funcionalmente; es decir, que el comunitario debe erigirse sobre los principios y valores constitucionales fundamentales de cada Estado miembro. De esta forma, se alcanzaría, o al menos se estaría en mejores condiciones de alcanzar, una efectiva y real integración de los miembros bajo una interpretación sistémica de las normas.

Ambos extremos redundarían en límites de acción a los gobernantes, por cuanto los procesos de integración económica pueden generar acciones restrictivas de la observancia de derechos humanos de los países involucrados.

En este sentido, la recepción de los derechos humanos en los procesos de integración americanos implica extender su protección, resultando imperioso vincular adecuadamente los derechos humanos y la integración para que todos los actores se vean favorecidos por las normas vigentes. Por cierto, la incorporación de los derechos humanos en los procesos de integración propende a consolidarlos (18), ya que inserta un elemento ético-jurídico que ofrece legitimidad y que se constituye en una base sólida para su intensificación; y de esta manera obliga a los Estados miembros y al Espacio Integrado a cerciorarse de que el respeto de los derechos humanos se encuentre presente en toda decisión política latinoamericana, pues de lo contrario, sea por acción u omisión, incurrirían en responsabilidad internacional (19).

2. Los derechos humanos en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)

Previo a continuar con nuestro análisis, debemos especificar en qué consiste la CAN y dentro de qué marco jurídico se produce su actuación. Esta comunidad,

(18) Según CASAL HERNÁNDEZ, J. M., "Los Derechos Humanos en los procesos de integración" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 1, vol. 3, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2005, p. 254.

(19) Esto es necesario remarcarlo, porque tanto la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) en sus orígenes han tenido una finalidad básicamente económica, comercial y hasta social y/o cultural, pero no propugnaban una defensa de los seres humanos en tanto personas, ni siquiera como ciudadanos. Como máximo, se nos veía como factores de producción.

conformada por Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, fue creada por el Acuerdo de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1969, y articula el Sistema Andino de Integración (SAI), en cuyo seno se encuentra el Tribunal Andino de Justicia (20).

Este tribunal tiene la función de controlar la legalidad de los actos emitidos por los órganos e instituciones de la Comunidad así como la de dirimir las controversias existentes entre países, entre países y ciudadanos, o entre ciudadanos mismos ante el incumplimiento de los acuerdos asumidos en el marco de la CAN.

En lo que respecta a los derechos humanos, la Comunidad proclamó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (21), mas el Tribunal de Justicia no la incorporó en su jurisprudencia dado su carácter no vinculante.

En otro aspecto, el deber de respeto de los derechos humanos dentro de este sistema, además, surge del Protocolo Adicional del Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la democracia” (22) y de los Tratados sobre el Parlamento Andino, aunque no obstante ello, el cumplimiento de la protección y la observancia de los derechos humanos deriva de los instrumentos sobre el tema comunes a los Estados que integran la CAN, esto es, la CADH, el PIDCyP y el PIDESyC.

Durante la sustanciación de las discusiones previas a la aprobación de la Carta Andina, un tema a considerar fue la forma de compatibilización de la protección de los derechos humanos dentro de la CAN con la tutela ofrecida por los sistemas de protección universal y americano, en los cuales —lógicamente— los países andinos se encontraban insertos, pero no así el bloque regional. Por esta circunstancia, la actuación de las instituciones comunitarias está al margen del control que corresponde a las instancias internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos, como la CIDH y la Corte IDH, recayendo en la propia CAN el control de toda su actividad. Sin embargo, puede existir una suerte de verificación en sede internacional del cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados en lo atinente a derechos humanos.

Esto ocurre porque las obligaciones de respeto y garantía por los Estados de la tutela de los derechos humanos no deben ser dejadas de lado por su eventual incorporación a procesos de integración en los que atribuya o transfiera competencias a las instituciones comunitarias, pues las obligaciones asumidas continúan en pie para los Estados. Por esta circunstancias, si el Espacio Integrado no protegiera adecuadamente estos derechos y los Estados abdicaran de sus deberes de tutela respecto de cualquier persona “sujeta a su jurisdicción” (23), los

(20) Es uno de los nombres que recibe el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (TJCAN).

(21) Dada por el Consejo Presidencial Andino reunido en Guayaquil, Ecuador, el 26 del julio de 2002.

(22) Dada por el Consejo Presidencial Andino reunido en Oporto, Portugal, el 16 del octubre de 1998.

(23) CADH, art. 1.1.

Estados podrían ser perseguidos por incumplir con sus obligaciones internacionales, y pasible de sanción su (i)responsabilidad.

Por tal razón, y como corolario, no existiría impedimento alguno para que la acción u omisión de las autoridades estatales por cumplir con una normativa comunitaria que se traduzca en una violación de derechos humanos sea cuestionada ante el sistema americano, pues el resguardo de los derechos aludidos ameritan su protección y respeto, con independencia de cuál sea el sujeto infractor.

3. Los derechos humanos en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y en la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

El 26 de marzo de 1991, en Paraguay, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción con el objeto de constituir el MERCOSUR, cuyo objetivo proclamado es la libre circulación de bienes y servicios, la eliminación de las barreras aduaneras y arancelarias, y la adopción y coordinación de una política comercial común; para lo cual propicia las modificaciones normativas conducentes para el fortalecimiento del proceso de integración (24).

Se trata de una experiencia embrionaria de integración, primordialmente de carácter económico, aunque no exclusivo, en tanto contempla el reconocimiento de las sociedades democráticas pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales y de los derechos humanos, entre otros.

En su seno, el Protocolo de Olivos, Argentina, del 18 de febrero de 2002, definió un procedimiento de Solución de Controversias que, además, permite la intervención del sistema de solución ofrecido por la Organización Mundial del Comercio o de los esquemas preferenciales de comercio en que sean parte individualmente los Estados parte, quedando la elección del foro a criterio de la parte demandante —aunque también puede ser convenido entre las partes—.

Dentro del esquema propio del MERCOSUR su órgano relevante en la materia es el Tribunal Permanente de Revisión, de carácter arbitral.

Como déficit de este sistema de integración puede mencionarse entonces la inexistencia de un Tribunal de Justicia que vele por el sistema jurídico propio del MERCOSUR, que sea asimismo el último intérprete de la normativa derivada y guardián de su cumplimiento y compatibilidad con el ordenamiento doméstico de los Estados parte. Nos encontramos entonces frente a una debilidad coyuntural que obstaculiza una eventual instancia para la protección de derechos fundamentales vulnerados.

No obstante, corresponde destacar que al menos formalmente el MERCOSUR suscribió el “Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR”, celebrado en Ushuaia, Argentina, el 24 de julio de 1998, y el “Protocolo de Asunción sobre compromiso con la protección y promoción de los de-

(24) Actualmente también lo integra Venezuela desde el 31 de julio de 2012. A finales de noviembre de 2012 se ha cursado invitación a Bolivia; y a principios de 2013 Ecuador solicitó su admisión.

rechos humanos del MERCOSUR” firmado el 20 de junio de 2005 en Asunción, Paraguay, en los cuales afirma que se defenderán el orden constitucional de los Estados parte y los derechos humanos del MERCOSUR ante cualquier menoscabo que pudiera ocurrir (25).

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), por su parte, según su Tratado Constitutivo firmado en Brasilia, Brasil, el 23 de mayo de 2008, tiene como objetivo construir un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre los pueblos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela; y en su Preámbulo ratifica la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto de los derechos humanos como condiciones esenciales para la construcción y desarrollo de los procesos de integración. Si bien este bloque regional no creó un órgano judicial, lo cierto es que este proceso es incipiente y a todas luces prometedor para la interrelación y socialización de las naciones americanas.

En este sentido es meritorio destacar la rapidez de reflejos que este Espacio Integrado tuvo para intervenir y resolver las recientes crisis institucionales ocurridas en Ecuador y en Paraguay en las cuáles estuvo en juego el orden democrático de sendos países, y fueron oportunidades que supieron ser aprovechadas por el espacio regional para afianzar sus objetivos y su compromiso con el mantenimiento de la democracia y el respeto por los derechos humanos ya no sólo en cada país que lo integra, sino como principio orientador y aglutinante de este Espacio Integrado (26).

Para cumplir con estos cometidos la UNASUR, el 23 de noviembre de 2010, sancionó en Georgetown, Guyana, el “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre compromiso con la democracia” donde se obliga con la “*promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y de sus instituciones, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*” (27) estableciendo mecanismos y medidas a tomar ante amenazas de ruptura o que-

(25) Realmente la intención es destacable, no obstante, no podemos dejar de hacer como mínimo un par de observaciones: 1) que se habla de derechos humanos “del Mercosur” y hasta la fecha no existe una carta de derechos propia de este Espacio Integrado y ni siquiera su adhesión a algún instrumento regional como podrían ser la CADH o la DADyDH; y 2) que sendos protocolos, palabra más palabra menos prácticamente idénticos, estipulan que un Estado infractor puede recibir como sanción tanto la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de este proceso de integración como la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo. Estas dos simples advertencias nos deben hacer reflexionar sobre cuál es el verdadero compromiso del MERCOSUR en estas materias, pues sin ninguna carta de derechos como referencia mal se puede hablar de “derechos humanos del Mercosur”, y porque si una eventual sanción conlleva la suspensión de las obligaciones para con el Espacio Integrado se está invitando al Estado infractor a desentenderse de afianzar los principios que nominalmente se dice promover y proteger; es claro que si queda desligado del sistema, éste poco podrá hacer para defender a los ciudadanos y a las instituciones que se sostiene promover.

(26) Nos referimos al amotinamiento de la Policía ecuatoriana del 30 de septiembre de 2010 que tuvo secuestrado por unas horas al presidente Correa, y a la destitución por parte del Congreso paraguayo del presidente Lugo el 22 de junio de 2012.

(27) Preámbulo, párr. 3.

brantamiento o menoscabo de tales principios que son considerados como bases esenciales y necesarias para el afianzamiento del proceso de integración regional.

4. Propuestas para aventar una protección de derechos y libertades ilusoria

Una vez planteadas las aristas que involucra la problemática que venimos desarrollando, debemos brindar respuestas. Lo mismo que a los interrogantes surgidos en lo que llevamos expuesto.

La solución que en una primera aproximación, entendemos se impone, es la revisión y tutela por parte del respectivo órgano judicial del Espacio Integrado de que se trate de todo acto propio que pueda ser lesivo a los derechos fundamentales, por cuanto el orden debe ser interpretado en forma conjunta y sistémica. Esta intervención les daría la oportunidad de retractarse respecto de una normativa cuyos efectos podría acarrearle cuestionamientos en el plano internacional, sobre todo a sus Estados miembros, y efectuar las modificaciones legales que amerite la revisión del acto en crisis.

Ahora bien, de no producirse esta última conducta, el camino que debe seguirse es el de su planteo ante una jurisdicción internacional, preferiblemente la americana.

Sin perjuicio de esto, el intrínquilis que surge como derivación de esta postura es la competencia de la Corte IDH para someter a sus decisorios a una persona jurídica diferente a un ciudadano y a un Estado: una Comunidad o Sistema de Integración. Dadas estas condiciones y ante la inexistencia de precedentes jurisprudenciales al respecto, cabría preguntarse sobre la viabilidad de generar una modificación de *lege ferenda* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para incorporar a este tercer sujeto o bien el desarrollo pretoriano por parte de la Corte IDH, frente a la inseguridad jurídica que conformaría la inobservancia de los derechos humanos en el marco de una Comunidad de integración económica, pero también política, social y normativa.

En consecuencia, debemos descartar la idea de un desplazamiento del DC frente al DIDH, y reforzar el concepto de “trabajo en conjunto” entre ambos órdenes para la efectiva tutela de los derechos fundamentales en el continente americano.

III. LA CORTE IDH, LA CADH Y LAS JURISDICCIONES NACIONALES

1. Mayores precisiones sobre el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito americano

Si se repara con atención, puede advertirse que desde los albores mismos de la OEA los Estados americanos pusieron de manifiesto la necesidad de constituir

un sistema de protección de derechos humanos que tuviera como eje central a un tribunal internacional específico en la materia (28).

Esto es palpable ya a partir de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, en donde se señaló: “*no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente*” y “*tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional*” (29), y por tanto se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

Así, es claro que dentro del ámbito americano se tenía presente desde temprano que el mero establecimiento de un cuerpo normativo poco podría servir para la tutela de los derechos más elementales sin la existencia de un *guardián propio*.

Sin embargo, la concreción de este organismo debió esperar 21 años. Sin ir más lejos, al año siguiente de la declaración comentada, el Comité Jurídico al cual se había encomendado la creación de aquella Corte aprobó un informe en el que veía prematura la preparación de un proyecto de estatuto, pues faltaba perfeccionar previamente “el derecho sustancial” que debía aplicar ese órgano judicial; y además, puntualizó que podrían existir inconvenientes de tipo constitucional con respecto a los Estados del continente (30).

La misma suerte corrió luego la resolución XXXIX adoptada en la Décima Conferencia Interamericana, celebrada en 1954 en Caracas, Venezuela, mediante la cual se le encargó al Consejo de la OEA “*la continuación de los estudios acerca de la protección jurisdiccional de los derechos humanos sobre la base de los proyectos y estudios ya existentes (...) analizando la posibilidad de que se llegue a establecer una Corte Interamericana para proteger los derechos humanos...*”.

Estas postergaciones, motivadas en gran medida por la convulsionada política de la región, determinaron que la Corte IDH no fuera el primer organismo creado en el ámbito americano para la salvaguarda de los derechos humanos. Por el contrario, este galardón le corresponde a la CIDH, y aun así la creación de este último organismo no fue inmediata al establecimiento de los primeros IISDH en el ámbito de la OEA. Por cierto, ni el sistema de la Carta de la OEA ni la DADyH preveían la existencia de organismo alguno de supervisión. La creación de la CIDH se remonta a una resolución del Consejo de la OEA de 1959, efectuada a partir de la recomendación formulada en tal sentido en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, prescribiéndose que sus funciones serían las de *promover la observancia y protección de los derechos humanos*.

(28) Aunque con competencia en otras materias ya había sido creada en 1907 la Corte Centroamericana, que no sobrevivió al año 1918.

(29) Resolución XXXI de la Novena Conferencia Internacional Americana.

(30) Para esta referencia, y las que seguirán, cfr. PIZZOLO, C., *Sistema interamericano*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 14 y ss.

Estas misiones fueron desarrolladas en su primer estatuto, de 1960, donde se le asignó a la Comisión la facultad de preparar estudios e informes y hacer recomendaciones a los Estados miembros de la OEA para la adopción de medidas progresivas a favor de los derechos humanos en sus legislaciones internas.

Posteriormente, en la segunda Conferencia Especial Interamericana se autorizó a la CIDH a recibir peticiones individuales por acusaciones contra Estados miembros de la OEA por violación de alguno de los derechos reconocidos en la DADyDH.

Es ostensible entonces que hasta aquí la Comisión no contaba con un anclaje normativo en un instrumento internacional específico. Ello recién ocurriría con la enmienda efectuada a la citada Carta por el Protocolo de Buenos Aires, Argentina, de 1967 (31).

A partir de estas breves referencias normativas, la Comisión realizó una amplia tarea en materia de supervisión y promoción de los derechos humanos, efectuando —entre otras cosas— numerosos informes y visitas *in loco*. Incluso hoy día, más de tres décadas después de la entrada en vigor de la CADH (32), la CIDH sigue operando con estas funciones en el marco de aquellos países que no son miembros de este último tratado.

No obstante, cuando actúa dentro de este ámbito las potestades de la CIDH sólo llegan a la emisión de informes que pueden ser publicados o debatidos en la Asamblea General de la OEA, pero que carecen del peso que le corresponde a una sentencia recaída en un caso contencioso, insuficiencia que fue puesta de manifiesto en la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Punta del Este, Uruguay, en 1962.

De tal suerte, seguía vigente en el sistema americano la necesidad de establecer un órgano jurisdiccional a la medida de la CIJ o el TEDH, lo que recién pudo ser concretado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Este instrumento fue elaborado sobre la base del proyecto que había sido encargado anteriormente al Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de los proyectos presentados por Chile y Uruguay.

En la versión definitiva, que entró en vigor recién en julio de 1978, se repitió el modelo bifronte europeo, manteniéndose a la Comisión como órgano encargado de recibir las peticiones individuales donde se alegaran violaciones a derechos consagrados en la citada Convención con la facultad de evaluar luego la posibilidad de llevar esos casos a un proceso contencioso ante una Corte Interamericana, cuya competencia puede ser contenciosa o consultiva (33).

(31) Carta de la OEA, arts. 51, inc. e); y 112.

(32) Este IIDSH entró en vigor el 18 de julio de 1978 conforme a su art. 74.

(33) Las competencias y funciones de la Corte IDH están reguladas en los arts. 52 a 73 de la CADH. Sus miembros son 7, duran en el cargo 6 años y pueden ser reelectos por una sola vez (art. 54) y deben ser nacionales de los países miembros de la OEA (art. 52); pero su postulación sólo puede ser efectuada por los Estados parte de la CADH (art. 53).

Esta circunstancia demuestra la clara hermandad, aunque con sus diferencias, que existe entre este organismo y el ya mencionado TEDH, cuyos fallos, de hecho, la Corte IDH suele regularmente citar.

Otra característica que resulta de importancia destacar, es que el Pacto de San José de Costa Rica le asignó plena operatividad a sus normas (34), pero le atribuyó un carácter subsidiario al sistema jurisdiccional de protección de éstas.

Esta noción, que fluye sin controversias del preámbulo de la CADH y de los artículos 46 y 61 de ese instrumento, fue reconocida expresamente por uno de los miembros, que sobre el punto manifestó: *“El acceso al sistema interamericano se halla condicionado al previo agotamiento de los recursos del orden interno. Se espera que éstos resuelvan el litigio, remediando la violación cometida, de ser el caso. Sólo cuando esto no ocurra, quedará franca la opción por la vía internacional. De ahí la importancia de la jurisdicción interna, que tiene carácter prioritario con respecto a la internacional. Esta sólo actúa de manera subsidiaria”* (35).

Así, no pueden caber dudas, más allá de las discusiones colaterales que puedan presentarse, de que la Corte IDH es el intérprete calificado de la CADH, y por ende bien puede atribuírsele el rol de *guardián* de este tratado. Así, de hecho, lo ha dejado en claro la Asamblea misma de la OEA al establecer que este tribunal es *“una institución judicial autónoma cuyo objetivo se centra en la aplicación e interpretación de la Convención Americana”* (36).

Este rasgo determina que, si se asume su competencia, todos los poderes del Estado —incluyendo el judicial— no pueden desatender la interpretación que ella haga de la CADH.

Sobre el punto, la propia Corte IDH ha señalado: *“...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”* (37).

(34) Salvo a aquellas a las que específicamente le otorgó carácter programático, como ser la que atañe al deber de abolir la pena de muerte.

(35) Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98, voto razonado del Dr. García Ramírez. En igual dirección se ha expedido la CIDH en su Informe N° 39/96. Caso 11.673 Argentina (15/10/1996).

(36) Estatuto de la Corte Interamericana, Resolución 448, de octubre de 1979, de la Asamblea General de la OEA, reunida en La Paz, Bolivia.

(37) Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafos 123 a 125. En igual sentido, ver —entre otros— Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.

Aun así, esta afirmación deja muchos interrogantes sin precisar. Particularmente, resulta imprescindible determinar en qué medida los tribunales locales se encuentran vinculados por las distintas decisiones de la Corte IDH, puesto que no es lo mismo que éstas *sirvan de guía* —lo que deja un amplio margen para su desconocimiento— o que sean *de inexcusable cumplimiento*.

Dicho lo anterior, consideramos oportuno analizar ahora cómo fue en los hechos la relación entre la Argentina y el SPIDH interamericano, lo que será analizado desde la óptica del “diálogo jurisprudencial” que a lo largo de las décadas han mantenido CSJN y la Corte IDH.

2. Argentina y la Corte IDH

La inserción de Argentina en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos trajo aparejada la “aparición” de un nuevo tribunal —la Corte IDH— capaz de poner en tela de juicio las decisiones del “máximo tribunal” nacional —la CSJN—.

Esta situación hace necesario que sea oportuno analizar cómo ha sido la relación entre ambos órganos jurisdiccionales.

a. CSJN y Corte IDH: ¿un diálogo pacífico?

La relación de nuestra Corte con su par Interamericana no fue un lecho de rosas. Tampoco un mar de lágrimas. Para verla tomaremos algunos casos paradigmáticos dividiendo el análisis por períodos, según la línea jurisprudencial que, en mayor medida —puesto que se encontrarán excepciones dentro de cada etapa—, siguieron sus integrantes.

a.1. De la negación a la obligatoriedad. La opción restrictiva

A pesar de que Argentina había aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH en el año 1984, nuestra Corte Suprema no había hecho referencia expresa a las sentencias de ese organismo hasta 1992, cuando decidió el conocido caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” (38).

Varias fueron las cuestiones que se trataron en este antecedente y que trascendieron el marco en el que fueron discutidas (39) (operatividad del derecho réplica, su alcance, etc.), pero, en lo que aquí específicamente interesa, la Corte hizo hincapié en que “...*La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad*

(38) CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (07/07/1992).

(39) Aunque, irónicamente, ninguna de ellas se vincula con lo decidido finalmente acerca de la pretensión del actor, esto es, si en el supuesto que se planteaba (frases que afectaban a la imagen de Cristo y la Virgen María) eran susceptibles de generar un derecho a réplica. De hecho, y luego de leer el fallo y múltiples comentarios que se efectuaron sobre él, resulta imposible saber en concreto cuáles fueron las frases exactas que en un principio motivaron la imposición del amparo en cuestión.

de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno (...) la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27" (40).

Este punto de partida le permitió a la CSJN sostener la operatividad del derecho a réplica consagrado en el artículo 14 de la CADH, pero sin establecimiento expreso en el ámbito federal hasta ese momento, señalando para ello que la interpretación de la CADH debía guiarse por la efectuada al respecto por la Corte IDH en la opinión consultiva 7/86, solicitada por el propio Estado argentino.

No obstante, la CSJN no precisó los alcances del término "guiarse", ni distinguió entre los supuestos decididos por la Corte IDH en los casos en que Argentina es parte y en los que no, entre otras cuestiones (41).

En 1995, y reforma constitucional mediante (42), llegaría "Giroldi" (43). Allí se discutió la validez constitucional de una disposición del CPPN (Código Procesal Penal de la Nación) que limitaba los supuestos de aplicación del recurso de casación al monto de la pena impuesta. La CSJN declaró inconstitucional la norma cuestionada, haciendo a un lado la doctrina que había asentado en "Jáuregui" (44).

En el marco de su labor expositiva, la mayoría del Tribunal afirmó que el término "*en las condiciones de su vigencia*" empleado por nuestra constitución importaba valorar a la Convención "tal como (...) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...", lo que le sirvió de puente para invocar a la opinión consultiva N° 11/90 de la Corte IDH.

Hasta aquí, nuestra Corte mantuvo una línea de coherencia a la cual puede reprochársele su falta de precisiones y la continua evocación a la posibilidad de

(40) Fallo citado, considerandos 18 y 19.

(41) Por ejemplo, no hizo mención a los informes de la Comisión Interamericana, y, como señala GONZÁLEZ CAMPANA, la Corte tampoco explicó por qué la opinión consultiva en cuestión, que databa de 1986, no había sido invocada en sus precedentes "Ekmekdjian c/ Neustadt" (Fallos 311:2497, del 01/12/1988) y "Costa" (Fallos 310:508, del 12/03/1087). GONZÁLEZ CAMPANA, G., "La Corte reconoce la obligatoriedad jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo suprema?)", en *Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 19 de abril de 2005, p. 37.

(42) Recordemos que el texto constitucional vigente fue jurado el 22 de agosto de 1994, al ser sancionado por la Convención Nacional Constituyente que sesionó en las ciudades de Paraná (Entre Ríos) y Santa Fe (Santa Fe).

(43) CSJN, Fallos 318:514, caso "Giroldi" (07/04/95).

(44) CSJN, Fallos 311:274, caso "Jáuregui" (07/04/95), dictado luego de que Argentina hubiera ratificado la CADH.

“generar responsabilidad internacional” como fundamento de aplicación de la CADH.

Como señala BIDART CAMPOS: *“Cuando hablamos de derecho internacional de los derechos humanos, y su integración dentro del derecho argentino, puede quedar la impresión (falsa) de que los derechos reconocidos en esa normativa de carácter internacional, sólo sirven para originar, eventualmente la responsabilidad internacional de nuestro estado si es que este viola tales derechos; o dicho de otro modo, puede imaginarse, también erradamente, que la entrada a nuestro derecho interno implica únicamente una obligación internacional que no es, simultáneamente, una obligación interna”* (45).

En este sentido, la responsabilidad internacional no es la razón por la cual una norma del DIDH es operativa en un sistema jurídico interno, sino, en todo caso, la consecuencia de negar tal carácter. Por otra parte, existen situaciones extremas donde la responsabilidad internacional del Estado es tan inevitable como necesaria.

Piénsese el caso en que el cumplimiento de un tratado bilateral por parte de Argentina conlleve a violar derechos fundamentales de los individuos. En este supuesto, si nuestra Nación le otorga primacía al DIDH (46) incumpliría el tratado bilateral y correlativamente incurriría en responsabilidad internacional, pero no por ello estaría actuando ilegítimamente, porque estaría respetando su propia jerarquía de fuentes.

Aclarado este punto, y siguiendo con nuestro breve recuento, llegamos al año 1996 y al fallo “Bramajo” (47). En su literalidad, la Corte le otorgó una especial importancia a los informes de la CIDH, lo que podría llevar a pensar que este antecedente, por su reconocimiento a un organismo internacional de control, fue una verdadera conquista de los derechos humanos.

Sin embargo, un análisis más exhaustivo nos demuestra que no todo lo que reluce es oro.

En el caso se cuestionaba la extensión temporal de un encarcelamiento preventivo que había sido impuesto a una persona a la que se le imputaba un homicidio agravado. Conforme la ley 24.390, que se autoproclamó regulatoria del artículo 7 apartado 5 de la CADH, Bramajo debía esperar en libertad que la eventual condena que se dictara a su respecto quedara firme.

Para evitar esta circunstancia, la CSJN, ampliando la doctrina que había sostenido hasta entonces, echó mano al Informe 2/97 de la Comisión (48) —acaso, uno de los de más pobre factura de tal organismo—, refiriendo que no debía acu-

(45) BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, T. 3, p. 291.

(46) Es interesante destacar aquí que ya en el año 1969 el TJCE sostuvo en el conocido fallo “Stauder” que el derecho comunitario debe estar subordinado al respeto de los derechos humanos.

(47) CJSN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo, Hernán Javier”, (12/09/1996).

(48) CIDH, Informe 2/97 Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 1.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, y 11.504. Argentina (11/03/1997).

dirse a pautas fijas para interpretar la noción de “plazo razonable de detención”. De esa forma se produjo una paradoja: utilizando un informe de un organismo de derechos humanos se restringió el derecho de un individuo, lo cual, además, riñe con el texto del citado artículo 29 de la CADH, que era de directa aplicación.

La cuestión, no obstante, estaba lejos de ser zanjada. En 1998, la CSJN volvió sobre sus pasos en “Acosta” (49).

En este caso se trataba de un recurso interpuesto por la denegación de un *habeas corpus* accionado por veinte miembros del “Movimiento Todos por la Patria”, que habían sido condenados por el ataque producido al Regimiento Militar de La Tablada en 1989, lo que motivó la presentación de una petición ante la CIDH.

A modo de *obiter dictum* la mayoría de Corte diferenció según se tratara de sentencias de la Corte Interamericana o recomendaciones de la Comisión, afirmando que el compromiso de cumplir por parte de los Estados se vinculaba sólo con las decisiones de la primera —asignándoles un valor “moral” a las segundas—, y que “...*La jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional...*” (50).

En “Felicetti” (51) nuestra Corte también debió ocuparse de un caso vinculado al ataque de 1989 al Regimiento de La Tablada. Aquí, la ajustada mayoría del Tribunal rechazó la apertura del recurso, a pesar de lo cual formuló una serie de consideraciones —al menos cuestionables— como ser que la instancia única no era violatoria de la garantía contemplada en el artículo 8, apartado 2, inciso h) de la Convención Americana, indicando que el cumplimiento de una recomendación de la Comisión no siempre le competía al Poder Judicial, máxime cuando ello podía importar una violación a la cosa juzgada.

Las controversias, aun así, estaban lejos de agotarse. Sobre el final de este segundo período, la CSJN se expidió en la resolución 1404/2003 ya comentada, acerca del caso “Cantos”, que significó un apartamiento total de su doctrina hasta ese momento: mientras que en “Giroldi” fundó su decisión en una opinión consultiva de la Corte IDH, en “Cantos” hizo caso omiso —remitiendo la cuestión al Poder Ejecutivo— de una sentencia dictada en un caso en el que nuestro Estado era parte.

Los asuntos planteados en este caso, tratados en los distintos votos —cuyo detalle excede este apartado—, exhiben una serie de cuestionamientos de difícil solución que se repetirían años después en “Derecho” y en “Espósito”, de los que cabrá ocuparse en el siguiente punto.

(49) CJSN, Fallos 321:355, caso “Acosta, Claudia Beatriz s/ habeas corpus” (12/09/1998).

(50) Considerando 13.

(51) CJSN, Fallos 324:4142, caso “Felicetti” (07/12/2001).

Por lo pronto, es claro, hasta aquí al menos, que la CSJN no había proporcionado criterios certeros y rígidos acerca de cómo operaban las decisiones de los tribunales internacionales en materia de DIDH con respecto a nuestro sistema jurídico interno.

No puede negarse que, al menos, el más Alto Tribunal abrió una discusión que hasta este período nunca había tenido lugar; aunque, en rigor de verdad, era un debate que venía impuesto por la reforma constitucional del año 1994.

Sin embargo, resulta preocupante que luego del primer impulso concedido en “Ekmekdjian” y en “Giroidi”, nuestra Corte optara por seguir la jurisprudencia internacional únicamente para restringir los derechos de los imputados. Adhirió a ella para desatender una norma de derecho interno que imponía la obligación de otorgarle la libertad a un individuo, pero la rechazó para negarle su derecho al recurso a un grupo de personas.

Todo ello, no hizo sino generar incertidumbres y perplejidades que, en parte, serían resueltas por la nueva configuración de la CSJN.

a.2. Un nuevo período comienza: la CSJN recibe a la Corte IDH

Luego de los cambios de nombres en su composición que sufrió a partir del año 2002, la Corte se alejó en varios aspectos de los caminos transitados por su anterior composición.

En lo que aquí interesa se advirtió un claro y marcado giro en sus referencias jurisprudenciales. De citar a su par norteamericana, la CSJN pasó ahora a referenciarse en la Corte IDH, el TEDH o la CIDH.

Para esta exposición se agrupan los distintos fallos que obran sobre la materia en dos grandes grupos que no guardan una relación cronológica sino temática en tanto tuvieron como antecedentes decisiones de la Corte IDH. La diferencia radica en que en los del primer grupo Argentina no fue parte en el proceso ante el tribunal de Costa Rica, pero en los del restante justamente *sí* lo fue.

Vemos así que en el primer conjunto de casos —“M.D.E.” (52), “Casal” (53), “Simón” (54) y “Mazzeo” (55)— nuestra Corte trató temas muy relevantes vinculados al derecho penal, como ser las garantías de los menores en los procesos penales, el derecho al recurso, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad o la revisibilidad de la cosa juzgada, respectivamente, empleando siempre citas de los organismos mencionados.

Esto se tradujo en una clara apertura, de carácter netamente receptivo, de las decisiones dispuestas en el ámbito internacional por la Corte IDH, lo que vino a cerrar ciertas ambivalencias que se evidenciaron durante lo que aquí podría

(52) CSJN, Fallos 328:343, caso “Maldonado, Daniel y otros” (07/12/2005).

(53) CSJN, Fallos 328:3399, caso “Casal, Matías Eugenio” (20/09/2005).

(54) CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón, Julio Héctor” (14/06/2005).

(55) CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo, Julio Lidio y otros” (03/12/2007).

denominarse el *período anterior*, llegando en algunos casos a hablar lisa y llanamente de “carácter vinculante” al referirse a los fallos de la Corte IDH.

Sin embargo, más allá de las claras señales enviadas por nuestra CSJN, diversas razones complotan contra una sistematización acabada en lo que atañe a este grupo de fallos.

En primer lugar, no puede obviarse que en gran parte de estos precedentes no fueron decididos por una mayoría conjunta, sino que en muchos las decisiones fueron adoptadas a través de la suma concurrente de los votos individuales de los ministros.

Más aún, los criterios de los propios ministros admitieron ligeras modificaciones a lo largo de los distintos fallos, de suerte tal que aún así tampoco es factible saber —hasta aquí al menos— cuál era la postura concreta de cada uno de ellos.

En “Casal” se acudió a la cita de “Herrera Ulloa” (56) de la Corte IDH para señalar que una interpretación restrictiva del recurso de casación consagrado en el CPPN era violatorio del derecho al recurso consagrado en la CADH, pero ninguna precisión se brindó con respecto a cómo jugaban los fallos de la Corte IDH.

En “M.D.E.” se hizo referencia al Comité de los Derechos del Niño como el “intérprete” de la CDN pero tampoco aquí se ahondó mayormente en cómo se relacionaban los informes de este organismo con las decisiones de la CSJN.

“Mazzeo” y “Simón,” por el particular contexto que los rodea, son aún más difíciles de desmenuzar a los fines del tema que se analiza. Baste con señalar que ambos casos presentaban un mismo condicionamiento fáctico: la reapertura de los procesos fenecidos años atrás, en contra de personas a las que se les reprochaba la comisión de delitos de lesa humanidad.

En ambos, la mayoría de los ministros votantes acudieron a la cita de las conocidas sentencias “Barrios Altos” (57) y “Velásquez Rodríguez” (58) de la Corte IDH, a las cuales se les otorgó fuerza vinculante.

No obstante, tampoco aquí los miembros de la CSJN lograron reunir una mayoría uniforme en torno a cuáles son los alcances específicos de cada una de las distintas decisiones (59) de la Corte IDH para su propia jurisprudencia, o cómo

(56) Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 106.

(57) Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.

(58) Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1.

(59) Los decisivos de la Corte IDH pueden ser dados en su jurisdicción contenciosa o consultiva, y en ambas tener a los Estados tanto como partes (casos en que son demandados o solicitan interpretación) o como terceros (casos en que otro Estado es el demandado o solicitante de la interpretación).

resolver un entuerto en el cual se estime que el cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH traiga aparejada la vulneración de derechos de terceros no parte en el proceso internacional.

De tal suerte, tampoco aquí puede esbozarse un criterio férreo universal sobre el punto, aunque no puede dudarse que, con las distintas variantes y alternativas que se presentaron, para el Tribunal Supremo su jurisprudencia no puede ser indiferente a lo decidido por la Corte IDH en las materias que son de su competencia.

De esa forma, en este primer grupo de antecedentes se advierte una salvable apertura de nuestra Corte hacia los organismos de control de los textos jurídicos que integran nuestra cúspide jurídica en el sentido de asignarle fuerza vinculante —por oposición al de “guía” empleado años atrás— que sólo se ve empañado por la falta de claridad de algunos tópicos y de consenso entre los distintos ministros votantes.

Esto último, por momentos puede llevar a pensar que los cambios jurisprudenciales evidenciados durante este período respondieron más al mérito académico de los miembros de la CSJN que a la existencia de un caso controversial decidido por la Corte IDH.

De hecho, en algunas ocasiones las citas a los fallos de la Corte IDH tuvieron una clara función *ad hoc* en cuanto a que no fueron la razón principal de las decisiones arribadas en cada caso, sino que fueron empleadas para sustentar argumentativamente tales disposiciones (60).

Esta primera impresión encuentra sustento en que los temas decididos, en su gran mayoría, no merecían mayores complejidades y podían ser resueltos incluso sin acudir al DIDH.

Como se dijo, en el fallo “Simón” la cuestión fue diametralmente opuesta en algunos votos, donde se hizo especial hincapié en lo decidido por la Corte IDH en “Barrios Altos”. No obstante, no puede dudarse —y esto es lo importante— que la invocación a fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH no respondió a la mera reverencia a su investidura, como podía ocurrir tiempo antes cuando se citaban decisiones adoptadas por la *Supreme Court* norteamericana, sino que siempre tuvo en miras una cuestión netamente normativa: su función de intérprete y custodio de la CADH.

De tal suerte y con las salvedades efectuadas, se aprecia una evolución paulatina, pero constante, hacia la unificación de criterios entre nuestra CSJN y la Corte IDH.

Sin embargo, faltan aquí las pruebas de fuego y agua: “Derecho” y “Espósito”, donde nuevamente fluirían las incertidumbres jurisprudenciales a las que se viene haciendo referencia y que habían quedado en evidencia en “Cantos”.

(60) Lo que tampoco es un dato menor.

a.3. Aún nada está dicho: “Espósito vs. Derecho”

Estos dos casos presentan varias características que los emparentan y que los tornan medulares para el relato que se ha venido efectuando.

El primero fue decidido el 23 de diciembre de 2004 (61) y el segundo el 11 de julio de 2007 (62). En ambos la cuestión se limitaba a decidir si la acción penal en un proceso seguido contra un funcionario policial por delitos presuntamente cometidos en el ejercicio de sus funciones se encontraba prescripta.

Más importante aún: en los dos supuestos, aplicando las normas consagradas en nuestra legislación interna la acción efectivamente se encontraba prescripta, pero existía una decisión adoptada por la Corte IDH en su competencia contenciosa que se oponía a esa solución.

Sin embargo, los dos casos fueron decididos en formas diametralmente opuestas.

Veamos. Espósito era un comisario de la P.F.A. (Policía Federal Argentina) a quien se le imputaba el haber intervenido en los luctuosos hechos que derivaron en el deceso del joven Walter Bulacio, quien había sido detenido ilegalmente en una *razzia* practicada en las afueras de un local donde se estaba realizando un concierto de rock, y había permanecido en ese estado sin que se diera debida intervención al juez de menores al que le correspondía actuar en la especie.

Tras algunos trajines, días después Bulacio falleció en un hospital.

Durante el transcurso de la causa iniciada a raíz de estos acontecimientos, la defensa de Espósito interpuso diversos recursos, pedidos de nulidades y recusaciones, al tiempo que el expediente transitó por varios juzgados por cuestiones de competencia, sin que a lo largo de todos esos años se dictara una sentencia firme.

Esto motivó que los familiares de la víctima se presentaran ante la CIDH para llegar a la Corte IDH, donde el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional por los hechos mencionados en la demanda entablada en su contra.

La Corte IDH actuó en consecuencia y su intervención podría haberse limitado al establecimiento de las reparaciones correspondientes a las víctimas y a la imposición de medidas que tendieran a que hechos como los que damnificaron a Walter Bulacio no se repitieran (63).

Sin embargo, la Corte IDH fue más allá y no perdió oportunidad para hacer expresa referencia al pedido de prescripción formulado por la defensa de Espósito —quien no era parte en la contienda internacional— en el ámbito interno. Así, luego de enumerar los distintos medios que había empleado dicha defensa, y cómo éstos habían retardado el proceso seguido en su contra, el tribunal con

(61) CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito, Miguel Ángel” (23/12/2004).

(62) CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho, René Jesús” (11/07/2007).

(63) Tal como así había hecho en muchos casos anteriores.

asiento en Costa Rica señaló: “*Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables...*” (64), para finalizar diciendo: “*En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos...*” (65).

Estos párrafos presentan afirmaciones que, pronunciadas por un tribunal de derechos humanos, provocan no poca consternación.

Por lo pronto, todo parecería indicar que la Corte IDH excedió las funciones que le concuerda el artículo 63 de la CADH, se adelantó además en el juzgamiento de una cuestión que no había sido resuelta ni llevada a su conocimiento —con el menoscabo que ello implica a los derechos de defensa en juicio de quien no había sido parte en el proceso internacional— y aplicó las consecuencias jurídicas acordadas únicamente a los llamados *crímenes de lesa humanidad* a un hecho que no reunía las características típicas de esas figuras.

¿Cómo resolvió entonces la CSJN la cuestión? Simple. La mayoría, a través de distintos votos, señaló los desaciertos en los que había incurrido su par interamericana, pero afirmó que frente a lo dispuesto en el artículo 68 apartado 1 de la CADH no podía apartarse de lo decidido en el ámbito internacional, con lo cual rechazó el planteo prescriptivo iniciado por Espósito.

En ese sentido, los ministros Petracchi y Zaffaroni afirmaron que si bien no se verificaba la existencia de una cuestión federal suficiente para abrir el recurso interpuesto contra la decisión que había dispuesto sobreseer a Espósito por prescripción, “*el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de setiembre de 2003 en el caso ‘Bulacio vs. Argentina’ (66) (...)*”, destacando, como se dijo, “*que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional...*” (67).

No obstante, los jueces dejaron a salvo su disconformidad con la solución a la que arribó el tribunal internacional en duros términos: “*la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a*

(64) Corte IDH, caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C N° 100, párrafo 114.

(65) Ídem párrafo 116.

(66) CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito, Miguel Ángel” (23/12/2004), considerando 5°.

(67) Considerando 6°.

la decisión del proceso en un plazo razonable —íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (...) a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional (...) la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal (...) desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal...” (68), para luego concluir “Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional. (...)” (69).

En su voto, la Dra. Highton de Nolasco llegó a la misma conclusión, pero sin ahondar demasiado en las críticas que merecía la decisión de la Corte IDH.

Los ministros Belluscio y Maqueda se limitaron a afirmar la obligatoriedad del fallo interamericano sin adentrarse en el examen de lo allí decidido, línea en la cual se enroló, con sus matices, el Dr. Boggiano.

El ministro Fayt, a su turno, negó la apertura del recurso interpuesto, afirmando que ello “no implica negar vinculatoriedad a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan sólo entender que la obligatoriedad debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional...” (70), para lo cual previamente había sostenido que “la solución a la que se pretende arribar, esto es, la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa respecto del imputado Miguel Ángel Espósito como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino, nunca puede ser derivación del fallo internacional en cuestión. Tal conclusión implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto” (71).

(68) Considerandos 14 y 15.

(69) Considerando 17.

(70) Voto del ministro Fayt, considerando 11.

(71) Considerando 9°.

En cuanto a la posible colisión de este razonamiento con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Fayt señaló: “...*En el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local. Y es claro que afectaría principios de derecho público local una decisión que restringiera el derecho de defensa del imputado, que desconociera a la prescripción como el derecho del imputado a que su proceso penal se resuelva en un plazo razonable y que soslayara el principio de legalidad al ampliarse los plazos de prescripción o derechamente declararse la imprescriptibilidad sin base legal y retroactivamente...*” (72).

Como puede verse, la cuestión no era de sencilla solución. Diametralmente opuesto a lo que había ocurrido en “Casal”, donde la CSJN contaba con un fallo de su par interamericana que sostenía una tesis que compartía aunque no se trataba de un caso en el que la Argentina hubiera sido parte, nuestro más Alto Tribunal se topó con un criterio de la Corte IDH que consideró erróneo, y cuyo cumplimiento no podía omitir por aplicación de lo dispuesto en el artículo 68, apartado 1, de la CADH.

Y en verdad, las críticas formuladas por Fayt, Petracchi y Zaffaroni tenían sobrados fundamentos: cuesta pensar que un Tribunal de Derechos Humanos pueda exceder sus facultades, adelantándose al juzgamiento de una cuestión que ni siquiera había sido resuelta en el ámbito interno, sólo para restringir fuertemente los derechos de un imputado, tildando de “obstáculos” o “dilaciones” al ejercicio del derecho de defensa (73).

Más aún, la solución propuesta por la Corte IDH genera un irresoluble conflicto con el principio de igualdad ante la ley: la acción penal en orden a todos los delitos de apremios ilegales (74) que se cometan en nuestro país posee la virtualidad de prescribir *excepto* en el caso de Espósito.

No obstante estas manifiestas incongruencias, no parece correcto el criterio de Fayt o, al menos, los fundamentos a partir de los cuales se aparta de la regla establecida en el citado artículo 68 apartado 1 de la CADH no parecen ser suficientes para ello.

Adviértase que el artículo 27 de la Constitución Nacional (CNA) establece las condiciones mínimas que deben guardarse para participar de un tratado internacional —el respeto a los principios de derecho público interno— pero no establece, y tampoco podría hacerlo, una causal para incumplir una decisión emanada de un órgano constituido por un instrumento de derechos humanos una vez que éste último es ratificado o adherido de conformidad con las reglas asentadas en el propio artículo 27.

(72) Considerando 13°.

(73) Este criterio ha merecido diversas críticas por parte de la doctrina local. Cfr. YOCOBUCCI, G. J. “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, en *Revista La Ley* 2005-C, 1, Buenos Aires.

(74) Código Penal (CP), arts. 144 y ss.

Esta variable resultaría difícil de admitir en el ámbito del derecho internacional, puesto que, en definitiva, dejaría en cabeza de los Estados el libre arbitrio de cumplir o no con las sentencias de los tribunales internacionales. Bastaría con la sola invocación de que un fallo concreto vulnera el derecho interno, hipótesis de fácil ideación, para desatender las obligaciones asumidas.

Algunos autores han postulado el apartamiento de lo decidido por la Corte IDH en “Bulacio” en virtud de que ello resulta contrario a diversas disposiciones de la CADH, de suerte tal que seguir aquél antecedente importaría una violación a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, de dicho instrumento (75).

Esta solución, no obstante, confunde dos planos de análisis distintos. Que lo resuelto por la Corte IDH sea jurídicamente erróneos no se vincula con si sus fallos son obligatorios o no, porque aquí existe una norma clara de aplicación que no deja dudas al respecto: el artículo 68, apartado 1, de la CADH, y por tanto los Estados parte sometidos a este organismo internacional, como sujetos controlados, no poseen la facultad de cuestionar lo decidido por quien los controla.

Por ello, a primera vista resulta más correcta la decisión adoptada por Zaffaroni y Petracchi. Si el Estado argentino pensaba no cumplir los fallos de la Corte IDH lo correcto hubiera sido no aceptar su competencia contenciosa desde un principio. Pero no parece jurídicamente viable que se acepte la obligatoriedad de los fallos de tal organismo para luego desoírlos según se los entienda en cada caso como correctos o incorrectos.

Si repasamos nuestro derecho interno advertiremos que muchas de las decisiones adoptadas por los tribunales locales son manifiestamente opuestas al texto de la CNA, pero aun así nadie pone en tela de juicio que resultan obligatorias en el caso concreto en el que fueron dictadas.

Por supuesto, esta explicación dogmática no dejaría conforme a Espósito, cuyos derechos fundamentales se verían menoscabados en nombre del DIDH que nació para protegerlo. Pero aquí podría pensarse una solución intermedia que conciliara ambos extremos, intentando encontrar un punto en el cual el margen de apreciación que le compete a los Estados no desnaturalice, a su vez, el sistema de tutela internacional (76).

Sin embargo, esta es una propuesta que parece más fácil invocar que concretar.

Por lo pronto, la amplitud del fallo “Bulacio” de la Corte IDH y sus infinitas posibles ramificaciones nos pone en la incómoda tarea de sostener la impunidad de un hecho execrable. Pero esta posible *ausencia de castigo* es un déficit que los propios textos jurídicos han evaluado y consentido. Siempre que se establece una garantía se esboza un cerco en torno al poder punitivo, y con ello el

(75) Cfr. ELOSU LABURMBE, A., “Apartamiento de las normas contenidas en el Código Penal sobre extinción de la acción penal por prescripción en perjuicio del imputado” en *Revista La Ley* 2000, 568, Buenos Aires.

(76) Por ejemplo, el propio paso del tiempo debería jugar a favor del imputado al momento de analizar los hechos que se pretenden probar en su contra.

establecimiento de pautas cuyo incumplimiento impide reputar por válida una sentencia condenatoria. Así, todo sistema de derechos y garantías presupone necesariamente que su ejercicio derivará en la impunidad de algunos hechos delictivos.

La CSJN, por su parte, volvería a encontrarse a estos dilemas en “Derecho”.

Aquí también se cuestionaba la decisión que había ordenado la prescripción de la acción penal en contra de un comisario de la P.F.A. (René Derecho), pero la imputación era distinta: el haber infligido torturas a Juan Francisco Bueno Alves cuando éste se encontraba detenido bajo su órbita.

Como en “Espósito”, la Corte IDH entendió en la demanda iniciada con relación a estos hechos, y también aquí Argentina reconoció su responsabilidad internacional y fue condenada.

En lo que ahora interesa, la Corte IDH comenzó sosteniendo una vez más su doctrina relativa al deber de garantía en las investigaciones en materia penal: *“...el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfagan las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado”* (77).

Sobre esta base, al momento de establecer las reparaciones que eran de aplicación, afirmó: *“...la Corte dispone que el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana...”* (78).

En el caso sometido a la CSJN, el procurador había emitido su dictamen antes del dictado de esta sentencia. Allí analizó pormenorizadamente las características típicas de los llamados crímenes de lesa humanidad, lo cual le permitió sostener que esos elementos no se reunían en el supuesto en debate, con lo cual no podía decidirse la imprescriptibilidad de la acción en perjuicio de Derecho.

Casi anticipándose a lo que pudiera decidir la Corte IDH, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló: *“Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1.*

(77) CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito, Miguel Ángel” (23/12/2004), considerando 90.

(78) Considerando 111.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento (...) En síntesis, la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas (...) Esto, naturalmente, deja abierta la cuestión referida a una eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos. Lo que no es admisible es que se prosiga una persecución penal contra legem del imputado para evitar una eventual condena internacional al Estado. (...)

La CSJN, no obstante, se expidió luego de lo decidido por la Corte IDH y sin brindar mayores explicaciones se limitó a confirmar la decisión apelada —la prescripción— en adhesión a los argumentos vertidos por el procurador.

Frente a ello, podría afirmarse a primera vista que en “Derecho” la CSJN contradujo la jurisprudencia que ella misma había sentado en “Espósito”, por cuanto que aquí habría hecho caso omiso a una decisión de la Corte IDH que se encontraba alcanzada por lo dispuesto en el artículo 68, apartado 1, de la CADH (79).

Sin embargo, si se analiza en profundidad lo decidido por el tribunal internacional en cuanto sostuvo que al Estado argentino le correspondía “*determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las **consecuencias que la ley prevea***” (80), puede pensarse que este “aplicar las consecuencias que la ley prevea” deja abierta la posibilidad de aplicar el instituto de la prescripción si el proceso fue llevado adelante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la CADH.

Adviértase aquí que la Corte IDH usó el término “ley”, que abarca a todo tipo de normas sustantivas por oposición a lo ocurrido en “Bulacio”, donde no dejó lugar a dudas que debía continuarse con el proceso contra Espósito a toda costa.

Por supuesto que esta solución deja lugar a muchas dudas, pero el silencio de nuestro más alto tribunal y las escuetas palabras de la Corte IDH bien pueden ser entendidos como un intento de resintonizar sus respectivas jurisprudencias por parte de ambos.

De esa forma, podría pensarse que la CSJN optó en aquella ocasión por el silencio como mejor forma para armonizar lo resuelto por la Corte IDH con lo que consideraba una correcta interpretación de las normas que componen el Bloque Constitucional Argentino. Y la Corte IDH, a su vez, tomó conciencia de los exce-

(79) Esta es la postura, entre otros, de GIL DOMÍNGUEZ (GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007).

(80) El destacado en el original.

sos que había cometido en “Bulacio”, y tanto en “Bueno Alves” (81) como en su jurisprudencia posterior intentó poner remedio a ello.

No obstante, la CSJN volvió sobre sus pasos una vez más: el 29 de noviembre de 2011, a raíz de una aclaratoria interpuesta por la querrela en “Derecho”. A partir de allí y en un único considerando, la Corte cambió diametralmente su postura en un mismo caso, afirmando: “*Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la sentencia ‘Bueno Alves vs. Argentina,’ notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007—, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplieren las pautas fijadas en dicho fallo*” (82).

Esta afirmación lejos está de resolver el problema, puesto que... ¿cuáles fueron las pautas fijadas en Bueno Alves? Y, en su caso, ¿son extensibles éstas a otros casos análogos?

Tampoco se entiende qué justificó este cambio de postura, pues pese a que en el considerando 3º se indicó que: “*resulta de aplicación al caso de autos en lo pertinente, las consideraciones expuestas en el precedente ‘Espósito’ (Fallos: 327:5668, votos respectivos de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Highton de Nolasco)*”, lo cierto es que este precedente ya había emitido cuando vio la luz “Derecho”.

Como se ve y tal como ya lo hemos señalado, si bien debe elogiársele a la actual configuración de la CSJN una sana vocación por sintonizarse con sus pares internacionales, esta función aún se encuentra lejos de encontrar su punto justo; particularmente cuando los efectos sancionatorios —llamemos pues a las cosas por su nombre— de lo decidido en el ámbito internacional no es soportado por el Estado, sino por una persona a la cual también le asisten toda una serie de derechos y garantías (83).

3. Aportes para una integración posible

De lo hasta aquí detallado puede afirmarse que la importancia del seguimiento de las decisiones de la Corte IDH radica en que al ser ésta el intérprete jurisdiccional máximo de la CADH los propios Estados no pueden arrogarse esa facultad si asumieron dicha competencia contenciosa.

De otra forma, aquél que debe ser controlado sería a su vez el encargado de realizar ese mismo control, hipótesis que —según vimos con algunos ejemplos

(81) Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 164.

(82) CSJN, Fallos: 334:1504; “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa N° 24.079—”, considerando 5º.

(83) Las mismas incertidumbres se han planteado en Europa en esta materia. Cfr. DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, pp. 198/200.

históricos puntuales— invariablemente suele conducir a que no exista un control adecuado.

Sin embargo, sería pecar de ingenuo pensar que el SPIDH en esta materia es la solución de todos nuestros problemas: aún persisten situaciones conflictivas para los derechos que el DIDH está llamado a proteger y que son consecuencia de las conductas de los Estados parte y de la propia Corte IDH.

Para evitarlo, es oportuno recordar que cuando un Estado firma un IISDH (como cualquier tratado internacional) se obliga por este y asume consecuencias que sabe debe cumplir y que caso contrario le acarrearán responsabilidad internacional. Comprendido esto, es prioritario que un Estado cuando firme un IISDH lo haga con la firme y real voluntad política de obligarse y, de corresponder, realizar las modificaciones legislativas pertinentes (84). Lo contrario equivaldría a firmar por el hecho de hacerlo, pero sin comprometerse a cumplir.

No obstante, debe observarse que el DIDH nos pone ante una situación vi-driosa, pues para la tutela efectiva de los derechos humanos podría ser tanto o más dañina la actitud del Estado que no ratifica ningún instrumento a la de la nación que ratifica todos los IISDH existentes, pero luego incumple sistemáticamente las disposiciones de todos ellos. En este caso, pese al incumplimiento, se abriría una fase de control internacional por parte de órganos especializados y competentes en la materia (comisiones, comités, Cortes) del SPIDH respectivo, y el Estado podría ser interpelado por éstos y cuestionado internacionalmente. Es cierto que es un modo muy tenue de verificación de posibles violaciones a los derechos humanos, pero al menos una posibilidad concreta que no se observaría si el Estado quedara fuera del sistema de protección internacional.

Sabemos que lo recién asentado es opinable, pero es algo que no hay que perder de vista cuando hablamos de derechos humanos y su protección.

En este contexto entonces, y si bien es imposible prever *a priori* todas las posibles tensiones que puedan producirse entre distintas normas de un mismo calibre, existen casos paradigmáticos que bien pueden evitarse si se obra con prudencia.

Justamente, la Corte IDH no ha obrado con la prudencia que exigía su función en muchos de sus casos más paradigmáticos, lo que generó el peligro —concretado en más de una ocasión— de que una jurisprudencia de carácter restrictivo para los derechos y garantías más elementales se terminara por propagar por los antecedentes de diversos tribunales locales.

Finalmente, se aprecia la necesidad de que los tribunales locales —en lo que nos atañe, la CSJN— establezcan vínculos estables y predecibles con su par interamericana, aún cuando a veces las decisiones de este último tribunal no se compartan total o parcialmente.

(84) Como así ocurrió, por ejemplo, en Europa en el ámbito del derecho comunitario luego del tratado de Maastricht de 1992.

IV. LA EXPERIENCIA EUROPEA. LOS DISTINTOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN: INTERSECCIONES Y PROBLEMAS

1. Estados, Espacio Integrado y Sistema Europeo de Derechos Humanos. Multiplicidad de garantes de derechos

En Europa, el SPIDH regional —instaurado a partir de la constitución del Consejo de Europa (CdE) y por la aprobación del Convenio Europeo— convive con el sistema de justicia nacional en la típica relación de subsidiaridad que existe en el DIDH. La situación es similar a la propia en América, toda vez que ambos sistemas internacionales fueron implementados a fin de proteger los derechos fundamentales de los individuos cuando los ordenamientos internos o las instituciones nacionales no se corresponden con las directrices internacionales (85). Lo que diferencia a Europa de América es la coexistencia de este sistema de protección regional con la jurisdicción del proceso de integración —es decir, el Tribunal de Justicia la Unión Europea (TJUE)—, siendo que este último también tiene competencia para entender en asuntos en donde se encuentren involucrados los derechos humanos, supeditada a la temática comunitaria y en una relación jerárquica propia del DC.

Frente a este contexto resulta necesario dilucidar cómo actúan o interactúan estos tribunales, pues dentro del espacio europeo podemos apreciar que para los 28 Estados de la UE —y que a su vez son miembros del CdE formado por un total de 47 países europeos—, habrá como mínimo tres instancias jurisdiccionales que cohabitarán y, de seguro, podrán intervenir en un mismo asunto: los tribunales nacionales, regionales y comunitarios, cuyas cabezas visibles son los Tribunales Superiores de Justicia nacionales, el TEDH y el TJUE.

Esta multiplicidad de órganos jurisdiccionales nos impone verificar cómo debería hacerse efectivo el resguardo de los derechos reconocidos en el ámbito europeo, dada la existencia de, al menos, tres cartas de derechos cuya observancia estará bajo la órbita de órganos diversos: la Constitución Nacional (CN) o Ley Fundamental de cada Estado, el Convenio de Roma y la Carta de Niza (86). De esta forma, apreciamos si existe superposición, confrontación o desavenencias entre estos tribunales y sus normas, y aun desentendimiento o negación de su instancia. En suma, lo que es preciso determinar es el funcionamiento de este *ramillete tribunalicio*: ¿alguno de ellos es o debe ser el verdadero o legítimo guardián de los derechos consagrados en el espacio europeo para quienes viven en los países miembros del CdE y de la UE?

(85) Según LONDOÑO LÁZARO, M., “Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Vol. 5, Bogotá, pp. 89-115. No obstante, no debe soslayarse que en el continente europeo, el sistema también tuvo su fundamento en la defensa de los valores occidentales frente al avance comunista (cfr. FORSYTHE, D., *Human Rights in International Relations*. Cambridge University Press. 2nd edition. Cambridge, 2006).

(86) “Carta de Niza” es el modo usual en que se nombra a la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) de la Unión Europea, firmada en Niza, Francia, el 7 de diciembre de 2000 y que es el principal instrumento de sobre derechos humanos en el ámbito de la UE.

Pues, en efecto, de esto se trata. Hablar de derechos es hablar de jurisdicción y acceso a una decisión que proteja a la persona, pero no en forma teórica o ilusoria, sino real, efectiva y oportuna. Por ello, lo relevante es que la persona afectada por un problema concreto sepa quién es su último intérprete y el que lo resuelve definitivamente, es decir, quién tiene jurisdicción y, por ende, es competente para dirimirlo mediante una decisión (87). No saber a qué tribunal acudir y bajo qué fundamento normativo coloca a la persona damnificada en sus derechos fundamentales ante el espejismo de saberse un sujeto de derecho. Y de producirse esto estaríamos ante espejitos de colores y no habría garante, custodio, guardián, de los múltiples derechos que existen en un Espacio Integrado.

Con la simple mención del DIDH y del DC podemos ver que los tribunales nacionales se encuentran vinculados con sus pares de cada sistema (SPIDH y DC) en los que sí hay un tribunal final (el TEDH y el TJUE, respectivamente) para los temas de su competencia y que pueden originarse en el quehacer de un Estado perteneciente al Cde o la UE. Pero también podemos observar que el vínculo es *dentro* de cada sistema y no entre ambos sistemas ni mucho menos entre todos los tribunales. Lo que advertimos entonces y buscamos dilucidar es cuál es el tribunal superior (si lo hay) cuando un tema como “derechos humanos” puede ser abordado por todos los tribunales en razón de su convergencia en un espacio común.

¿Dependerá del ámbito en que se suscite el evento dañoso y del sujeto que lo cometa? Por cierto, es una posibilidad y muy válida mientras los hechos puedan encuadrarse dentro de una sola órbita y pueda deslindarse con precisión cualquier intersección con la otra. En tal caso —es evidente—: no habría mayores problemas y la decisión final la tomaría la cabeza de cada sistema. ¿Pero qué pasaría cuándo los dos tribunales pudieran ser competentes porque la materia está regulada por normas de cada sistema y sea “propia de ellos”, pero *común* a ambos? El *gran Bonete* se divertiría, pero nosotros no, ya que no sabríamos ante quién acudir ni quién entendería en última instancia en la situación que consideramos lesiva a nuestros derechos. Es más, ni siquiera sabríamos si alguien intervendría. Y el *cuento de la buena pipa* no nos gusta.

Como referimos al explicar las generalidades de la multiplicidad de garantías jurisdiccionales, puede ocurrir que frente a dos obligaciones internacionales asumidas por el Estado, éste al intentar cumplir con una termine infringiendo otra de igual calidad, generando para este Estado “infractor de buena fe” responsabilidad, bien de índole comunitaria o de derechos humanos. Ahora estamos frente a otra eventualidad: que un mismo problema pueda contar con dos soluciones, iguales o antagónicas, según sea tratada por uno u otro sistema o tribunal —y hasta por los dos—, pero ambos competentes para zanjar “definitivamente” la cuestión.

Es una situación cuanto menos rara y ríspida. No sólo por la incertidumbre sobre la “última” instancia. También por cuanto ante la posibilidad de dos deci-

(87) La misma reflexión es valiosa para profesionales del derecho, miembros de la academia, operadores judiciales, etc. ya que ellos serán quienes operativicen el canal adecuado para articular los reclamos de la persona afectada.

sorios iguales, los dos podrían ser negativos lo que implicaría una doble condena por un mismo hecho, situación prohibida por el principio general del derecho “*non bis in idem*” consagrado como derecho humano en todos los ordenamientos jurídicos. Y ni hablar si los decisorios fueran contradictorios, pues ya entonces no se tendría siquiera certeza de los derechos existentes en el espacio común.

Aunque parezca disparatado es una posibilidad cierta, por lo que merece ser analizada. Lo haremos con un ejemplo en el cual están en juego y se tensionan varios derechos reconocidos a nivel UE y CdE, y contenidos en los ordenamientos jurídicos de sus países miembros. La inquietud cuyas luces y sombras queremos develar es saber quién define su alcance e interacción en el espacio común (88).

Una última apostilla: los derechos humanos en el contexto actual y de acuerdo con su evolución pueden exigirse tanto frente al Estado —formulación clásica que dio origen a esta “clase” de derechos— como ante un particular —reformulación vigente dada la dimensión que adquirió en las postrimerías del siglo pasado y la primera década de éste—.

a. Introducción al Sistema Europeo de Derechos Humanos

Después de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos ayudó a Europa con la implementación del Plan Marshall, promoviendo la cooperación regional, particularmente desde la perspectiva económica. De esta forma, la mayoría de las elites europeas entendieron que embarcarse en este plan implicaría no solamente recuperarse en términos económicos, sino también defender los valores occidentales frente al avance soviético.

Con esta intención en 1949 se firmó el Tratado de Londres (89) que puso la piedra angular para la formación del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos y creó el Consejo de Europa, que es una organización internacional cuya finalidad es “*realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y mover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social*” (90), y que tiene competencia para adoptar acciones “*en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales*” (91).

Acto seguido se inició el proceso de integración que hoy día conocemos como UE, coexistiendo ambos sistemas atento las diversas visiones ostentadas

(88) Los ejemplos pueden ser de lo más variados. Para profundizar el tema cfr. DÍAZ CREGO, M., op. cit., pp. 196-202.

(89) Se trata del “Estatuto del Consejo de Europa” suscripto el 5 de mayo de 1949 en Londres, Inglaterra, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte entre Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Suecia y el país anfitrión. El Estatuto fue objeto de enmiendas en 1951 y 1953. Actualmente se han adherido al CdE todos los países del continente a excepción de Bielorrusia, cuya solicitud de ingreso a la fecha no fue aceptada.

(90) Estatuto CdE, art. 1, inc. a).

(91) Estatuto CdE, art. 1, inc. b).

por los diferentes Estados acerca de la integración internacional (92). Sin perjuicio de esto, cabe referir que desde los inicios del regionalismo europeo en 1940, los gobiernos de la Europa Occidental tuvieron en claro que la base para alcanzar el desarrollo regional era la promoción y protección de los derechos civiles y políticos. Esto quedó plasmado en el compromiso sellado en el Tratado de Londres.

El objetivo concreto del CdE —y que es entendido como patrimonio común de los pueblos europeos (93)— es la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, elementos que a su vez son considerados valores fundamentales de las sociedades modernas. En virtud de esto en 1950, en Roma, a un año y medio de la instalación del CdE se sancionó el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (94), carta de derechos regional, que fue celebrado para “*tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal*” (95) de la ONU, norma que la inspira.

En términos generales, la CEDH es considerada una inmensa influencia para el derecho público europeo, fundando el sistema más exitoso de protección de derechos humanos. A su vez, especifica los derechos más familiares para los occidentales, puntualmente en lo que refiere a evitar el avance público ante la esfera privada de los ciudadanos, el aprovechamiento del aparato estatal y garantizar la participación de los individuos en los asuntos públicos.

Resultan llamativos e interesantes en este sistema los métodos para asegurar el respeto de las normas: es preciso poner de resalto que el Convenio no solamente proclama derechos y libertades, sino que además establece garantías y controles respecto de la interpretación del texto, declaración de las violaciones constatadas y reparaciones a las víctimas (96). A pesar del acuerdo general acerca de la observancia de este tipo de cuerpos legales, los Estados tienden a diferir respecto de la restricción de su soberanía al formar parte de organizaciones internacionales. Consecuentemente, los protocolos adicionales al mentado CEDH proporcionaron la opción de aceptar o no la supranacionalidad y la jurisdicción del TEDH.

(92) En palabras de FORSYTHE, op. cit., a medida que la integración europea avanzó, las contradicciones de bifurcación se tornaron más evidentes. Ello así porque además de la Comunidad Europea y el CdE, también estaban la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

(93) Estatuto CdE, Preámbulo, párr. 2.

(94) Como ya observamos se lo conoce mayormente como CEDH, fue suscripto en Roma, Italia, el 4 de noviembre de 1950, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Al momento de celebración firmaron Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Turquía. Su entrada en vigor se debió a la existencia de 10 ratificaciones dadas por Alemania, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Saarland (actualmente pertenece a Alemania), Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

(95) CEDH, Preámbulo, párr. 5.

(96) Cfr. CASADEVALL MEDRANO, J., “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis teórico-práctico de su funcionamiento)” en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 130-137.

En este contexto, y frente al crecimiento del número de demandas presentadas ante la Comisión Europea —órgano creado por la CEDH—, se resolvió a partir del Protocolo Adicional N° 11 la eliminación de esta última, a fin de descongestionar el sistema y dar a las personas la oportunidad de concurrir directamente ante la jurisdicción del TEDH. Como derivación de esta reestructuración, desde 1998 el TEDH es el guardián del sistema que nos ocupa.

Sin perjuicio de los extremos legales a los cuales se les dará tratamiento *infra*, desde el punto de vista del desarrollo de este sistema (97), es oportuno dar cuenta del crecimiento de la cantidad de Estados que adoptaron la Convenio, particularmente después de la Guerra Fría. Los países de Europa Central y del Este entendieron que adherirse al CEDH era una señal de “ser europeo”, de acogerse a los valores occidentales y un requisito fundamental para convertirse, en el futuro, en miembro de la hoy UE. En este orden de ideas, todos los Estados adherentes aceptaron la jurisdicción del TEDH como señal de la recuperación de la soberanía —en el caso de los países de Europa del Este— y a pesar de cierta dialéctica nacionalista —por caso Francia—.

Así entonces, en el CEDH se recogen los valores existentes y compartidos en Europa por los países que lo firmaron “*animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho*” (98), y se organiza el sistema de protección regional mediante el establecimiento de un texto común que va a servir para defender los derechos humanos en el viejo continente y para diagramar el circuito institucional conducente a la protección de las personas.

Otros de los instrumentos con que cuenta el SPIDH europeo son los protocolos adicionales al CEDH (99) y la Carta Social Europea (100), de 1961, —que actúa como complementaria del CEDH en materia económica y social, ya que la Carta de Roma sólo prevé derechos fundamentales civiles y políticos, entre ellos los de propiedad intelectual y educación—, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Humanos o Degradantes (101), de 1986, y el Convenio-Marco para la Protección de Minorías Nacionales (102), de 1995. No obstante, estas normas articulan un sistema heterogéneo que complota con-

(97) Siguiendo el razonamiento de FORSYTHE, op. cit.

(98) CEDH, Preámbulo, párr. 5.

(99) Hasta la fecha se firmaron 16, el último —que se encuentra abierto a la firma— el 21 de junio de 2013, en Estrasburgo, Francia. En realidad los Protocolos Adicionales son 17, pues también se firmó el denominado 14 bis, último que entró en vigor el 1° de octubre de 2009, luego de haberse firmado el 27 de mayo de ese año, también en Estrasburgo. Si bien la intención de todos estos Protocolos es loable, su existencia plantea un problema adicional al SPIDH europeo, pues, salvo el texto original del CEDH, la firma de los Protocolos es facultativa para los Estados.

(100) CdE, Turín, Italia, 18 de octubre de 1961. Se la conoce como CSE. Para profundizar el tema cfr. BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D., “La Carta Social Europea”, en GONZÁLEZ ISA, F. (Director) y PUREZA, M. *La protección internacional de los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 1ª reimpresión, Bilbao, 2004, pp. 441-480.

(101) CdE, Estrasburgo, Francia, 26 de noviembre de 1987.

(102) CdE, Estrasburgo, Francia, 1° de febrero de 1995.

tra un *ius commune* europeo pues la única exigencia que tienen los países del CdE es ser parte del CEDH, difiriendo así el *corpus iuris* en su conformación y extensión (103).

En cuanto a su estructura, dos órganos creados por el CEDH adquirieron relevancia: la Comisión Europea de Derechos Humanos —como fuera dicho, actualmente disuelta (104)— y particularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual nos interesa por ser el que tiene a su cargo verificar el cumplimiento del CEDH mediante sus jurisdicciones contenciosa y consultiva (105).

El TEDH tiene su sede en Estrasburgo, Francia, y entró en funciones el 3 de septiembre de 1953 y su jurisdicción comprende todo evento que ocurra en los países miembros del CEDH.

a.1. Las interrelaciones del Sistema Europeo

Al igual que lo que acontece con el sistema interamericano, la aparición del fenómeno de la integración y la gravitación y entidad que adquirió la Unión Europea hicieron que el SPIDH regional deba articularse con el ordenamiento propio del Espacio Integrado regional. Éste no necesariamente tiene como objetivo central la protección de los derechos humanos, sino la consecución de metas económicas y comerciales que no obstante repercuten sobre los derechos fundamentales reconocidos a nivel europeo por el CEDH.

La presencia de este IISDH va a generar que el desarrollo de cualquier actividad que se realice en Europa dentro del marco de la UE deba tener en cuenta el aseguramiento de una serie de pilares que son entendidos como parámetros mínimos y esenciales del ser humano y de las sociedades europeas. Éstas, en el Tratado de Lisboa (106) (TL), asumieron que para unirse en un bloque regional se inspiraron en *“la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y*

(103) Los IISDH que lo integran y los países signatarios varían, tanto en cantidad entre los países del CdE como en el grado o modo de su compromiso y de su consiguiente exigibilidad. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ ISA, F. (Director) y PUREZA, M., op. cit., pp. 395-440, quien hace un análisis crítico sobre las facultades que tienen los Estados para hacer reservas y declaraciones interpretativas al CEDH y para no estar obligados a firmar todos sus Protocolos Adicionales; asimismo, pondera la actitud del TEDH de ser muy restrictivo en la admisibilidad de las reservas e interpretaciones interpretativas.

(104) Así lo hizo el Protocolo Adicional N° 11, firmado el 11 de mayo de 1994 en Estrasburgo, Francia, y en vigor desde el 1° de noviembre de 1998, desde cuando forma parte del texto del CEDH. Este Protocolo reestructuró el CdE buscando agilizar la tramitación de las denuncias y los casos ante el TEDH y para tal fin suprimió la Comisión de Derechos Humanos y creó Comités en el seno de TEDH.

(105) El TEDH está instituido en la sección II del CEDH (arts. 19 a 51), quedando delimitada su competencia por el art. 32; los arts. 44 y 47, respectivamente, regulan las jurisdicciones contenciosa y consultiva.

(106) Este tratado fue firmado en 2007, en Lisboa, Portugal, y entró en vigor el 1° de diciembre de 2009. Reconfiguró la Unión Europea y sistematizó sus normas fundamentales en dos textos: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

el Estado de Derecho" (107). Y es precisamente por ello que exigen a cualquier Estado que quiera pertenecer o permanecer en la UE adherir "*a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho*" (108).

Como muestra del compromiso con esta concepción la UE dictó su propia carta de derechos fundamentales y le dio valor de tratado constitutivo.

Ante ello resulta oportuno destacar sintéticamente cómo fue la evolución que se dio al tema desde las originarias comunidades europeas (109) hasta la actual UE y además vislumbrar las posibles intersecciones entre ambos sistemas, sus derechos y tribunales. Lo haremos en el próximo apartado. Pero antes queremos destacar una particularidad muy europea como ser que el SPIDH y el Espacio Integrado regionales son prácticamente coetáneos y simultáneos y esto significó ya una temprana interrelación entre los tribunales comunitario y de derechos humanos, como también —lo que es una obviedad— de éstos con los nacionales. Lo que caracteriza entonces a este proceso es que cada sistema tenía conocimiento del otro prácticamente desde su inicio e instalación, y esto podía marcar rispideces bien entre los tribunales, bien para con las personas de carne y hueso destinatarias de las normas de cada sistema. Y vaya si las hubo.

Por su parte, no debe olvidarse que tanto la UE como el SPIDH europeo nacieron a instancias de los Estados, quienes a su vez tienen su propio sistema de justicia —que según el caso se amolda y participa en los otros— compuesto por un ordenamiento jurídico y un aparato jurisdiccional (corte o tribunal superior de justicia) propios. Este sistema es celoso de sus competencias y también quiere conservar poder y meter baza en lo atinente a protección de derechos fundamentales.

b. Los derechos humanos en la Unión Europea

En este Espacio Integrado los derechos humanos se vieron protegidos por la acción directa del TJUE que los recogió en sus pronunciamientos, y a comienzos del siglo XXI, al sancionarse la Carta de Niza, tuvieron recepción normativa.

Debemos señalar que en sus inicios en 1950, la UE —en sus formatos CECA y CEE— no bregaba por el reconocimiento de derechos a los ciudadanos sino por la formación de un espacio común acotado a algunos temas —básicamente económicos (110)—, sobre los cuáles se transferían competencias a una autoridad

(107) TUE-TL, Preámbulo, párr. 2º.

(108) TUE-TL, Preámbulo, párr. 4º. Estos principios se receptan normativamente en el art. 2 del TUE-TL: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

(109) Las conocidas CEE (Comunidad Económica Europea) y CECA (Comunidad Europea del Carbón y el Acero).

(110) Si bien este fue el objetivo manifiesto de la actual UE, no puede desconocerse su costado político. Para entender las implicancias políticas en torno a esta cuestión, sugerimos la lectura de

común que tenía facultades para dictar normas y contaba con un órgano jurisdiccional capaz de resolver los conflictos que pudieran suscitarse: el Tribunal de Justicia que era común a la CECA y a la CEE.

La omisión de mencionar la protección de los derechos humanos fue recién corregida al aprobarse en el año 1992 el Tratado de Maastricht, el cual transformó a la Comunidad en Unión. Como prueba de ello, en su artículo F.2 (6.2 en el Tratado de Ámsterdam) se estipuló que la Unión debe respetar los derechos fundamentales, tal como fueran garantizados por la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

El actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (111), que se creó y se integró en 1952, cuenta con competencia en todos los temas que sean relevantes al funcionamiento y desarrollo de la UE. Es el órgano que bregó, entre otras cosas, por la integración regional europea a través de la primacía del DC respecto de la ley nacional. Jugó un papel importantísimo en la consolidación del tema “derechos humanos”, y puede intervenir mediante cuatro procedimientos principales: anulación, omisión, incumplimiento y cuestión prejudicial. Este último tiene mayor trascendencia pues sus efectos son *erga omnes* y buscan unificar y armonizar el derecho comunitario (112).

Fue precisamente por la acción pretoriana del TJUE a través de la cuestión prejudicial que los derechos fundamentales fueron considerados en el bloque regional, carente en sus inicios y hasta 2000 de un catálogo específico de derechos y que debió procurárselos en otros textos jurídicos, bien internacionales (DIDH/IISDH), bien nacionales (CN).

El recorrido no fue lineal sino sinuoso y un tanto ripioso (113), pero tampoco fue un mar de lamentos y esa construcción paciente fue recogida en normas jurídicas y tuvo su coronación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), que conforme el Tratado de Lisboa forma parte del derecho originario y tiene fuerza vinculante (114).

Sucintamente podemos marcar que en la UE hubo tres etapas: una de desconocimiento de derechos fundamentales (1953-1969), otra de paulatina acepta-

GONZÁLEZ DEL PINO, S. “Los Derechos Humanos como criterio de acceso a la Unión Europea”, en *Criterio Jurídico* Vol. 8 N° 1, Santiago de Cali, 2008, pp. 9-34.

(111) El Tribunal fue variando su nomenclatura de acuerdo a los nombres que tuvo este Espacio Integrado. Este órgano está previsto como una de las instituciones de la UE por el TUE-TL (arts. 13, apartado 1, y 19) y está organizado en la Sección Quinta del TFUE-TL (arts. 251 a 281), donde se regula su estructura, su composición, su funcionamiento y los procedimientos y recursos existentes.

(112) TFUE-TL, art. 267.

(113) Lo tratamos en el capítulo “Los derechos fundamentales y los límites normativos en la integración regional”, al cual remitimos.

(114) TUE-TL, art. 6. Entre diciembre de 2000 y diciembre de 2009 (fechas de sanción de la CDF y de entrada en vigor del TL, respectivamente) doctrinariamente se discutió el carácter del CDF y su grado de exigibilidad; el TL zanjó la discusión. Otra norma de relevancia, pero que no tiene la entidad de la CDF es la “Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores”, dada en el Consejo de la CEE reunido en Estrasburgo, Francia, el 9 de diciembre de 1989, y que es el símil UE de la CSE del CdE.

ción y consolidación (1969-2000), y una última de plasmación y reconocimiento normativo e institucional (2000 a la fecha), destacándose los ya conocidos precedentes “Stork”, “Stauder”, “Internationale Handelsgesellschaft”, “Nold” y “Hauer” que abrieron e instalaron la discusión sobre el tema y delinearon las pautas que luego fueron consagradas normativamente. En estos fallos, que no podían crear derecho pero sí sentar estándares, se puso el dedo en la llaga: qué pasa ante la existencia de catálogos de derechos ajenos a la UE, pero que para los países que la integran son normas vinculantes y exigibles como por caso sus constituciones o los IIDSH en los que participen.

Pues bien, en el último de los precedentes el Tribunal recogió el guante y tras señalar que *“los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura”*, precisar que se encuentran *“en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de estos Estados”* ni en *“los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre, en que han cooperado los Estados miembros, o a los que se han adherido”*, porque *“pueden, asimismo, proporcionar indicadores que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”*, puntualmente declaró que por derechos humanos *“se refiere, por una parte, a los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados miembros y, por otra, al Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950...”* (115).

La Carta de Niza concretizó esta evolución jurídica al dotar a la UE de un texto propio. El TL la consolidó al otorgarle fuerza normativa y carácter de tratado constitutivo (116). Y esto marca un hito y un punto de inflexión en la historia de los derechos humanos en la UE y también en la relación entre los sistemas jurídicos de la UE y del CdE (y mismo los nacionales). Pues como bien reflexiona ALONSO GARCÍA (117) *“mientras los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos sirven para interpretar los sistemas de protección domésticos y, llegado el caso, suplir las carencias de éstos, la Carta, enmarcada en el sistema global de la unión, adquiere de arranque el papel de protagonista e, investida de autonomía conceptual propia dentro de este sistema, tiende ya no a relegar el papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía a cualquiera de ellos que pretenda desviarse del guión uniforme europeo”*.

A ello debemos sumar otro hecho de relevancia jurídica: el TL ordena la adhesión de la UE al CEDH (118) aunque aclara que tales derechos tanto como *“los*

(115) Considerando 15.

(116) TUE-TL, art. 6, inc. 1, párr. 1.

(117) ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2012 [2007], p. 389. Para profundizar el tema derechos humanos en la UE puede consultarse la misma obra, pp. 355-404.

(118) TUE-TL, art. 6, inc. 2. Lo que suma un escollo jurídico y genera debate doctrinario en torno a si la UE puede adherir al CEDH sin ser parte del CdE o deberá sumarse a éste, en su calidad de sujeto del DIP.

que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” (119). Y esta adhesión, de concretarse, no será una nota de color pues abriría la posibilidad cierta de un control externo por parte del TEDH y hasta de su incorporación a la estructura institucional de la UE como parte de su sistema jurisdiccional.

Así entonces, hoy día podemos sostener que la UE cuenta con un catálogo de derechos fundamentales y tiene la obligación de respetarlos, lo cual es loable, pero abre un nuevo frente de disputas sobre cuál es el tribunal competente para resolver estos temas o tomar un decisorio definitivo: ¿el TJUE o el TEDH? (120)

Precisamente de lo que se trata es de saber quién es el custodio de los derechos fundamentales.

2. Tribunales en conflicto, derechos en pugna. Tribunales nacionales, TJUE y TEDH

La realidad es pródiga en dejar en evidencia las falencias de las construcciones humanas y en hacer de sistemas pretendidamente sólidos, castillos de naipes. Queremos ver cómo evitar esto, pero no podemos dejar de exponer los conflictos que pueden suscitarse ante la multiplicidad de jurisdicciones “competentes” y la incertidumbre (o aun certeza de negación) que genera cotidianamente para los habitantes y destinatarios de los derechos fundamentales, o sea para los beneficiarios de los derechos humanos nacionales, regionales y comunitarios. Esta misma incertidumbre puede afectar a los operadores jurídicos encargados de velar por la estricta vigencia de los derechos humanos y, por qué no, a los funcionarios estatales en general con atribuciones suficientes para cumplir con las obligaciones estatales que devienen de los compromisos internacionales y comunitarios.

Para esto nada más pertinente que exponer un ejemplo con múltiples aristas y cuyo fondo tuvo dos decisivos, uno del TJUE y otro del TEDH, luego de haber sido sometido el hecho a la jurisdicción interna irlandesa.

Nos referiremos acto seguido a los casos *SPUC* (121) y *Open Door y Dublin Well Woman* (122) en los que estaban en juego los derechos a la vida (en sentido

(119) TUE-TL, art. 6, inc. 3. Es una forma simpática de cerrar el camino jurisprudencial, pero incorpora una nueva rispidez: ¿para qué adherir al CEDH si esas normas van a ser simples “principios generales del derecho”?

(120) Y a ambos podrían sumarse los órganos superiores de cada Estado parte. Al respecto no debemos olvidar que paralelamente a esta evolución, los tribunales superiores de los Estados marcaron esta complicación sobre quién es el custodio de los derechos fundamentales, no ya en la UE, sino en los propios países. Son clásicos los casos “Frontini” (decisión 183/1973, “Frontini et Pozzani”, del 27/12/1973 de la Corte Constitucional Italiana), “Solange I” (sentencia 37,271 asunto “Solange Beschluß”, del 26/05/1974, del Tribunal Constitucional Federal Alemán —TCFA—) y “Solange II” (sentencia 73, 339, asunto “Solange II Beschluß”, del 22/10/1986, del TCFA) en los que los Tribunales Constitucionales se reservaron verificar si el derecho comunitario contrariaba los derechos constitucionales y en su defecto desconocerlo.

(121) TJCE, asunto 159/90, “Society for the Protection of Unborn Children Ireland”, del 4/10/1991.

(122) TEDH, asunto 14234/88; 14235/88, “Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland”, del 29/10/1992. Traducción propia del original en inglés, asequible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57789#{"itemid":\["001-57789"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57789#{)

amplio), a la difusión de ideas, a la información (en sentido amplio), y la libertad de emprendimiento y circulación de bienes, servicios y personas en el espacio común, y la facultades nacionales para regular los temas dentro de su territorio (jurisdicción).

Se trata de hechos reales y concretos, no de meras especulaciones teóricas, y que nos deben hacer reflexionar sobre la conveniencia o no de esta multiplicidad de órganos jurisdiccionales y superabundancia normativa.

a. TJUE y TEDH: una relación controversial

Estos tribunales en tanto cabezas de sus propios sistemas son los que tienen la última palabra dentro de ellos. Ahora bien, hay momentos en que deben pronunciarse sobre los mismos temas o similares. Y, pese a que supuestamente las competencias de ambos estarían delimitadas y no habría intersecciones, esto no es tan así y la superposición entre ellos es más común de lo que parece.

Por eso es más que conveniente apreciarlo sobre casos concretos y reales y no puramente teóricos.

a.1. SPUC vs. Open Door y Dublin Well Woman (o TJUE vs. TEDH)

La controversia entre el derecho a la vida y el aborto es larga y espinosa y toca aspectos morales, éticos, religiosos, filosóficos, científicos y demás, que no abordaremos por exceder a este trabajo. Lo que sí no podemos dejar de lado es puntualizar que en el marco de las relaciones multinivel y la existencia de espacios comunes y bloques regionales con la inevitable extensión de derechos, beneficios, libertades y obligaciones, su tensión se potencia y pone de resalto las contrariedades que presenta la convergencia de múltiples tribunales en un espacio común.

Y situaciones similares pueden tener soluciones distintas (y aun un único hecho, dos soluciones). Y extrañamente todas ser jurídicamente posibles y “conforme a derecho”. Frente a ello no queda más que relatar los hechos y los decisivos. Pues bien, Irlanda es un país con una sociedad profundamente religiosa a tal punto que en el apartado 3 del artículo 40 de su CN (123) consagró el derecho a la vida del *nasciturus* y penaliza la interrupción voluntaria de los embarazos dentro de su territorio (124). Sin embargo es uno de los países creadores del CdE, adhirió a la CEDH en 1953, y se integró a la UE en 1973. En estos dos ámbitos se garantiza tanto la libre prestación de servicios como la difusión de ideas dentro

(123) CN Irlanda, art. 40, párr. 3: “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*”.

(124) *Health (Family Planning) Act*, de 1979, sección 10: “*Nothing in this Act shall be construed as authorising (a) the procuring of abortion, (b) the doing of any other thing the doing of which is prohibited by section 58 or 59 of the Offences Against the Person Act, 1861 (which sections prohibit the administering of drugs or the use of any instruments to procure abortion) or, (c) the sale, importation into the State, manufacture, advertising or display of abortifacients.*”

del espacio común, y esto resulta válido tanto para actividades particulares como empresariales.

Ocurrió que un grupo de ciudadanos irlandeses (Sr. Grogan y otros responsables de asociaciones estudiantiles) repartió en Irlanda información sobre clínicas localizadas fuera del territorio irlandés que practicaban abortos; entre ellas algunas situadas en el vecino Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, país miembro de la UE y del CdE. También hizo lo propio un grupo de empresas con domicilio en suelo irlandés (*Open Door Counselling Ltd.* —Open Door—, y *Dublin Well Woman Centre Ltd.* —Dublin Well Woman—) que brindaba asesoramiento a mujeres embarazadas, entre otras cosas proveyéndoles datos de clínicas que realizaban abortos. Asimismo, unas ciudadanas irlandesas (Sras. Maher, Downes, X y Geraghty) procuraron información sobre lugares que practicaban abortos dentro del espacio común a la UE y el CdE.

A la vez, el gobierno irlandés reglamentó el modo de difusión y obtención de esta información, y un grupo defensor de los derechos de no nacido (*Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd.* —SPUC—) entabló acciones ante los estrados irlandeses para que cesara la difusión de esa información y se la prohibiera.

Si bien estos son los hechos comunes a ambos casos conviene señalar sus variaciones: en “SPUC” la difusión la hacen particulares mientras que en “Open Door y Dublin Well Woman” son empresas las difusoras de la información, y además cuatro mujeres buscan esa información por su propia cuenta. Por lo demás todo sucede en territorio irlandés donde la interrupción voluntaria del embarazo está constitucionalmente prohibida (125). Veamos qué pasó en cada caso.

a.1.1. SUPC

En “SPUC”, la *Hight Court* entendió que correspondía plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal comunitario para dilucidar si podía entenderse como “servicio” la práctica de abortos en clínicas especializadas, si un Estado podía prohibir la difusión de la localización de esas clínicas, y si un ciudadano de un país donde está prohibido el aborto tiene derecho a distribuir tal información.

A la luz de la legislación comunitaria el órgano decisor consideró que “*la apreciación del Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del legislador del Estado en que estas actividades se practican legalmente*” (126) y entendió que “*la interrupción médica del embarazo, practicada con arreglo a la normativa del Estado en que ese realiza, es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE*” (127). Definido esto y luego de destacar que “*las asociaciones de estudian-*

(125) Una simple mención al sistema judicial irlandés: está encabezado por la *Supreme Court* (Corte Suprema), que es la última instancia del país, y tribunales de primera instancia divididos en fueros y cuya alzada es la *Hight Court* (Tribunal Superior) con competencia en todas las materias. Además existen Tribunales de Circuito y Tribunales de Distrito.

(126) Fundamento Jurídico (FJ) 20.

(127) FJ 21. El artículo 60 de la Tratado Constitutivo de la CEE disponía: “Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de

tes que difunden las informaciones objeto del litigio principal no colaboran con las clínicas cuyas direcciones publican” (128) y que fueron “difundidas por cuenta del operador económico establecido en otro Estado miembro” (129) el Tribunal de Luxemburgo se expidió conjuntamente sobre los otros dos interrogantes observando que “el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro en el que se prohíbe la interrupción médica del embarazo impida a las asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre la denominación y emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro en las que se practica legalmente la interrupción voluntaria del embarazo y sobre los medios de entrar en contacto con dichas clínicas, cuando estas últimas no son en modo alguno responsables de la difusión de dichas informaciones” (130).

a.1.2. Open Door y Dublin Well Woman

En “Open Door y Dublin Well Woman”, la *Supreme Court* confirmó la sentencia de la *High Court* y modificó parte del decisorio prohibiendo a ambas empresas en forma absoluta y permanente asistir a mujeres embarazadas y proporcionarles información sobre clínicas donde se practiquen abortos; restringiendo de tal modo el derecho de las Sras. Maher, Downes, X y Geraghty a buscar y recibir ésta información. Con ello se agotó la instancia interna y los afectados plantearon su disconformidad ante el TEDH. Ante éste reclamaron que se garantizara el derecho a proporcionar y obtener información protegido por el CEDH y que el Estado irlandés no incurriera en restricciones que significaran una limitación al derecho a la privacidad, también protegido por dicho IIDH.

El Tribunal de Estrasburgo tenía que pronunciarse entonces acerca de si la restricción (legislativa y judicial irlandesas) afectaba los derechos de los demandantes y si ella podía ser tomada por el Estado. Para ello centró su análisis en el artículo 10 de la Carta de Roma, que resguarda la libertad de expresión y establece el marco para su regulación (131), y así determinó que dado “el al-

una remuneración en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercaderías, capitales y personas. Los servicios comprenderán en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; actividades propias de las profesiones liberales. Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que ese Estado imponga a sus propios nacionales”.

(128) FJ 25.

(129) FJ 26, en el cual agregó que la información difundida “constituye una manifestación de la libertad de expresión y de información, independiente de la actividad económica desarrollada por las clínicas establecidas en otro Estado miembro”. Es oportuno apuntar que el Sr. Grogan y las asociaciones de estudiantes sostuvieron que su actividad estaba protegida por el CEDH, art. 10, apartado 1 que resguarda la libertad de expresión, pero el TJUE, pese a lo afirmado en “Hauer”, esquivó analizarlo.

(130) FJ 32.

(131) CEDH, art. 10: “*Libertad de expresión* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones,

cance de la medida que impide a las empresas asistir a las mujeres embarazadas no caben dudas de que hubo una injerencia en los derechos de los solicitantes de difundir información y en los de las Sras. X y Geraghty para recibirla en caso de estar embarazadas” (132). Luego —tras observar que el fondo de la cuestión no es sobre “si el derecho al aborto está garantizado por el Convenio o si el feto es abarcado por el derecho a la vida tal como figura en el artículo 2” (133)—, recordó que “no es un delito bajo la ley irlandesa que una mujer embarazada viaje al extranjero para practicarse un aborto y que la orden judicial limitó la libertad de recibir o de difundir información relativa a servicios que son legales en otros países del Convenio” (134). También precisó que “los demandantes no han alegado que el Convenio contiene un derecho al aborto, como tal, pues su denuncia se limita a la parte de la medida cautelar que restringe la libertad de difundir y recibir información sobre el aborto en el extranjero” (135). Asimismo remarcó que “las empresas demandantes se dedican a asesorar a las mujeres embarazadas pero que no promueven ni alientan el aborto, sino que se limitan a explicarles las opciones disponibles” (136). Fue así entonces que el TEDH estimó que “la única cuestión que debe abordarse es si la restricción a la libertad de difundir y recibir información ordenada judicialmente es pertinente en una sociedad democrática para el objetivo legítimo de proteger valores morales...” (137), y finalmente concluyó que “a la luz de lo anterior, la restricción impuesta a los solicitantes de recibir o difundir información era desproporcionada en relación al objetivo perseguido y consiguientemente, se había incumplido con el artículo 10” (138).

b. TJUE vs. TEDH

En los dos decisorios podemos apreciar que un mismo hecho (la difusión y recepción de información) tuvo dos soluciones distintas, según cuál fuera el Tribunal que decidiera. En una, la del TJUE, no se consideró restringido el derecho a la libertad de expresión por entenderse que la actividad cuestionada la realizaban particulares sin contacto con la empresa prestataria de servicios abortivos. En la otra, la del TEDH, sí se lo consideró restringido y también lesionado por entenderse que se limitaban los derechos de los particulares y de las empresas a recibir y difundir información, entre otras, sobre clínicas que practicaban abortos.

restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

(132) FJ 55.

(133) FJ 66.

(134) FJ 72.

(135) FJ 66.

(136) FJ 75.

(137) FJ 66.

(138) FJ 80. El Tribunal omitió entender sobre la violación al derecho a la intimidad y la privacidad, porque entendió que al haber resuelto sobre “libertad de expresión” “no era necesario entrar en otras consideraciones” (FJ. 83).

Está claro que tanto en “SPUC” como en “Open Door y Dublin Well Woman” ninguno de los demandados era la empresa o clínica que realizaba las intervenciones y cuya actividad en los dos casos siempre que se atuviera a las leyes del país en que tenían sede se consideraba legal y un servicio. Lo interesante es que en los dos casos la duda (*Hight Court* en “SUPC”) o el decisorio (*Supreme Court* en “Open Door y Dublin Well Woman”) provinieron ante un planteo efectuado por un tercero (SPUC) que no brindaba la información ni la recibía, pero que se consideraba afectado por su difusión al entender que contrariaba los valores del pueblo irlandés y normas de la CN ya que informaciones de ese tipo alentaban la interrupción voluntaria de los embarazos y facilitaban su práctica. Otro aspecto notable es que los resolutorios fueron prácticamente coetáneos (el del TJUE en 1991; el del TEDH en 1992) y en el segundo se aludió al primero. Otro elemento que vuelve aún más rico este cotejo es que en ninguno de los casos se puso en tela de juicio la existencia de un derecho al aborto: ni siquiera se consideró la práctica de abortos —permitida o prohibida en los distintos países de la UE o el CdE— como objeto de fondo de los contenciosos.

Una apostilla adicional y previa al final: el TEDH alude al fallo del TJUE para dejar en claro que si los abortos son legales se trata de un servicio, pero no entra a ver si se afectó o no un servicio; y el TJUE omite expedirse sobre si la restricción atentaba contra la libertad de información lo que sí resuelve el TEDH. La excusa del TJUE en 1991 fue que no era tema de su competencia vérselas con el CEDH (y el fallo “Hauer” se había dictado en 1979).

Es decir, en los dos casos examinados se trató básicamente de un hecho (o supuesto, para ser más precisos, porque en sí no existió un único hecho sino dos supuestos en el que estaban en juego los mismos hechos) dirimido por dos tribunales y con dos decisivos opuestos: uno a favor de la libertad de expresión e información y el otro, negándola.

Y esto deja de manifiesto la necesidad de ordenar el espacio común, porque de lo contrario, y de seguir con esta dinámica, los derechos serían poco menos que ilusorios dependiendo su suerte del tribunal que los examine. Por lo demás sería menos que ilusoria la garantía de los derechos por un tribunal último y definitivo que los proteja. Pero lamentablemente no sería ilusorio el desconcierto de los habitantes para saber con qué derechos cuentan y ante qué tribunal acudir para exigirlos, ni cuál tendrá la “última” palabra.

3. Aproximaciones y propuestas. Hacia el fin de las incertidumbres

La convivencia entre el TEDH, el TJUE y los Tribunales superiores nacionales no está exenta de escaramuzas, conflictos o enfrentamientos. Sin embargo, a veces también están en sintonía al concordar en los criterios de interpretación o directamente al evitar un tribunal pronunciarse sobre un tema sometido a su jurisdicción para no interferir con los criterios de otro, o sólo para no contradecirlo abiertamente. En todos los casos, puede apreciarse que, por acción u omisión, hay un incesante estar atento o alerta de los tribunales a lo que deciden los demás. Esto no es otra cosa que un diálogo, aunque a veces sordo, entre los tribunales.

Lo bueno sería que existieran pautas claras para que manteniendo el diálogo, éste sea fructífero y los tribunales no se crucen en sus criterios interpretativos ni decisorios, pudiendo construir una jurisprudencia medianamente uniforme y común a todos los sistemas. De lograrse, esto evitaría tener que dilucidar cuál es la última instancia, que en términos formales no parecería existir. Y que es lo que plantea las mayores contrariedades para la protección de los derechos humanos cuando convergen jurisdicciones y ordenamientos jurídicos sobre un territorio (geográfico y personal) común.

No obstante, hasta habría que reconsiderar si la ausencia de una instancia final y suprema no termina siendo beneficiosa para los ciudadanos europeos. Ello pensando en que los conceptos “soberano” y “derechos humanos” son en sí mismos, por qué no decirlo, contradictorios. Siempre habrá tensión entre quien ejerce el poder y quien esté sujeto a ese poder y al primero, sabemos, no le gusta que lo controlen.

A modo de conclusión preliminar respecto del sistema europeo podemos sintéticamente decir que la garantía jurisdiccional de los derechos habrá de radicar en un diálogo tripartito entre los tribunales, que no son otros que la jurisdicción interna de los Estados —capitaneada por su Tribunal Superior o Corte Suprema de Justicia—, la jurisdicción comunitaria europea —comandada por el TJUE—, y la jurisdicción de derechos humanos europea —dirigida por el TEDH—.

V. UNA PROPUESTA REALISTA E INTEGRADORA. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como se vio hasta aquí, no son pocos los problemas que conlleva la multiplicidad de órganos jurisdiccionales; pero estos riesgos *a priori* se justifican si se tiene en cuenta que consagrar un organismo de estas características importa necesariamente atomizar el poder, dividiéndolo para lograr su auto control.

Y debe insistirse al respecto: esta no es una conclusión de tintes dogmáticos abstractos. Tiempo atrás se vio que la experiencia europea de la década del ‘30 del siglo pasado nos da —entre muchos otros— una clara demostración empírica de esta afirmación.

Por otra parte, esta tesis es tan válida para el derecho interno como para el DIG, el DC y el DIDH. Más aún, tal postura cobra mayor vigor en el caso de ésta última variante normativa.

Es que, si se repasan los motivos que dieron origen al DIDH se advertirá que su razón de ser responde a la necesidad de establecer y garantizar un estándar mínimo común en materia de reconocimiento y respeto de derechos fundamentales frente a la insuficiente o deficitaria actividad de las naciones en esa materia (139) de suerte tal que resultaría casi contradictorio que luego se dejara al arbitrio de las propias partes el cumplimiento de las disposiciones así creadas.

(139) Basta con recordar lo dispuesto por el ya mencionado art. 1.3 de la Carta de la ONU, que según PINTO se trata del sustento jurídico de todo el DIDH (PINTO, M., op. cit., p. 17).

Dicho de una manera más sencilla: siendo el presupuesto del DIDH que los Estados pueden no cumplir suficientemente con ese estándar mínimo al que se hizo referencia, lo lógico es establecer un órgano de control externo e independiente de las propias naciones para tutelar las disposiciones internacionales; caso contrario, el sentido mismo del DIDH podría carecer de sentido.

Ello no quita que deban afrontarse todos los conflictos a los que nos hemos venido refiriendo. Muy por el contrario, para resolver esta clase de cuestiones consideramos pertinente proponer las siguientes soluciones:

1. La primera de ellas radica en limitar al máximo la posibilidad de que se produzcan los conflictos. Para ello, los Estados deben:
 - a. Formular un estrictísimo control previo de constitucionalidad y factibilidad material del tratado que se pretende firmar. Dicho de otra forma, deben realizarse los mayores esfuerzos para que antes de ingresar a un sistema dado, se verifique la compatibilidad de dicho sistema con las normas locales y con las posibilidades reales de cumplir con las obligaciones emergentes de tal instrumento.
 - b. Resistir la tentación de signar pródigamente instrumentos internacionales. Siempre será preferible ser parte de pocos sistemas jurídicos internacionales pero cumpliendo sus reglas, que pertenecer a todos pero no cumplir con ningún deber.
2. Asimismo, resultaría conveniente que todas las jurisdicciones, sean locales o internacionales, tengan a la tutela de los derechos humanos como principal norte. Una forma para conseguir ello sería que tanto los sistemas comunitarios como los sistemas de integración adhirieran, como un Estado parte más, a la convención de derechos humanos regional. Otra, que hagan propia la carta de derechos humanos regional y la jurisprudencia del tribunal del SPIDH regional.
3. Por otra parte, los tribunales internacionales deberían establecer un sistema que garantice la legitimación democrática de sus integrantes a través de designaciones transparentes y públicas que deberían estar sujetas a condiciones de duración preestablecidas.
4. A su vez, y aun cuando esto difícilmente pueda ser consagrado de esta manera en un texto escrito, los miembros de un órgano jurisdiccional de control deben actuar siempre con la máxima prudencia y delicadeza, procurando, antes de fallar sobre alguna cuestión, analizar cómo interactuará lo que se sentencie con los restantes aparatos jurisdiccionales en danza.
5. Por último, y pese a que parezca casi utópico, reconsiderar el carácter “extranacional” de las instituciones de los Espacios Integrados y de los órganos internacionales de control de los SPIDH. Quizá haya que comenzar a verlos como parte del ordenamiento jurídico estatal.

Creemos que así aventuráramos que la aplicación de muchos parámetros, cada uno correspondiente a un órgano jurisdiccional distinto, desencadene un desentendimiento judicial e inseguridad jurídica respecto al entendimiento de los derechos humanos y, que, por el contrario, los criterios asentados permitirían formular una política coordinada y armónica —y en cierto sentido unitaria— que sea realmente protectora de los derechos fundamentales para que éstos no queden como bonitas palabras escritas sobre un papel.

CAPÍTULO IV

POBLACIÓN Y CIUDADANÍA EN LOS ESTADOS INTEGRADOS

Mariano Liszczyński

I. INTRODUCCIÓN

Las palabras “población” y “ciudadanía” suelen relacionarse con las personas que componen una agrupación humana y habitan un territorio sujeto a una jurisdicción normativa o unidad territorial, principalmente estatal, pero que pueden ser también de mayor o menor alcance tanto en lo que hace a lo geográfico, como a lo político y lo jurídico. Los términos “territorio”, “población” y “poder” hacen mención a cada uno de estos aspectos y fueron tomados por la Teoría del Estado y por el Derecho —en sus variantes Constitucional e Internacional Público— como los elementos propios de un Estado, al entenderse que son los requisitos mínimos exigidos para que un conglomerado humano pueda ser considerado como una unidad territorial, política y jurídica con capacidad para producir normas e imponerlas dentro de sus fronteras físicas (territorio), político-jurídicas (jurisdicción) y humanas (personas).

Es normalmente dentro de esta unidad caracterizada como Estado donde se reconocen u otorgan prerrogativas e imputan deberes a sus pobladores, donde éstos conviven y actúan como ciudadanos y donde se origina un ordenamiento jurídico.

Lo habitual es que los ordenamientos jurídicos se manifiesten y sean observados en los Estados y que fuera o por sobre ellos nada exista o sea considerado coactivo o poseedor de fuerza normativa respecto a ellos.

Lo común desde este planteamiento tradicional son los Estados con sus unidades internas (provincias, municipios, regiones, departamentos, condados, cantones, partidos, alcaldías, estados, *länder*, comunas, intendencias —el nombre que cada ordenamiento jurídico les brinde—) y una regulación político-normativa autónoma, exclusiva y excluyente. La novedad, hoy día, son los Espacios Integrados y las unidades que lo componen: los Estados Integrados, y una regulación político-normativa articulada, convergente y concurrente; lo que supone un cambio de enfoque y perspectiva. El desafío, por tanto, es ver cuál es la resultante

y qué pasa con las nociones “población” y “ciudadanía” en los Espacios Integrados y especialmente en los Estados Integrados.

1. Acercamiento al concepto “población”

La palabra “población” tradicionalmente no admite mayores inconvenientes: refiere al elemento humano que se asienta dentro de un espacio geográfico y que está sujeto a la autoridad que lo gobierna.

Sin embargo, este componente del Estado puede clasificarse en nativo o extranjero, y subclasificarse en nacionales —por origen u opción—, residentes —permanentes o en el extranjero, aunque en este caso el espacio geográfico difiera— y en libre, tutelada o esclava —según titularice derechos y obligaciones, y su extensión y/o posibilidad de ejercicio—.

En función de tales clasificaciones y subclasificaciones el elemento humano puede tener mayores, iguales o menores derechos u obligaciones entre sí y una posición distinta dentro de ese ordenamiento jurídico y con respecto al gobierno.

Algunos de ellos pueden ser los derivados de la “ciudadanía”.

2. Acercamiento al concepto “ciudadanía”

La palabra “ciudadanía” aparece en el lenguaje político-jurídico como un concepto multívoco o polisémico que alude a la relación que se establece entre una persona y el entorno político, social y cultural en el cual se encuentra y donde puede desarrollar su personalidad lo más integralmente posible a través del ejercicio de los derechos (de la índole que fuere: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.) que titularice o que tenga aptitud para titularizar *dentro* de la agrupación humana que habite conforme a *su* ordenamiento jurídico.

Esta peculiar característica nos informa que tal palabra y concepto vinculan a una persona con una agrupación humana en la cual en razón de estar o ser parte de ella se le permitirá, con mayor o menor amplitud, poseer o ejercer derechos, ser pasible de obligaciones y ser digno de tutela o protección *por* ese ordenamiento jurídico (1).

Esta circunstancia nos muestra también que la pertenencia o permanencia se erigen como condicionantes de la posición que una persona pueda ocupar *en*

(1) Para un estudio profundo de la evolución del concepto “ciudadanía” cfr. COSTA, P., “Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política” en ALÁEZ CORRAL, B. y COSTA, P., *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 19-48, donde en la p. 20 propone “utilizar el término ‘ciudadanía’ para centrar la atención en una faceta precisa de la realidad político-jurídica: la relación entre la pertenencia de una persona a una comunidad política y los derechos y obligaciones de los que ella disfruta en esa comunidad. Es fácil de comprender que el problema de la ciudadanía existe en las sociedades más diversas y en las épocas más diferentes: allá donde exista una comunidad política, un grupo organizado políticamente, existirán individuos que pertenecen a esa comunidad (están incluidos en la misma) y de su relación de pertenencia o inclusión deriva para ellos una serie de derechos y obligaciones”.

una agrupación humana y que la noción de “ciudadanía” se relaciona estrechamente con ambos aspectos (ser y estar), los cuales van a dotar de visibilidad y entidad ciudadana a una persona.

Esto nos aproxima a entender que la idea de “ciudadanía” se presenta como un concepto de deslinde que procura decir quién es y quién no miembro pleno de una agrupación humana y por tanto “ciudadano”, y, como tal, depositario de las ventajas (derechos) y desventajas (obligaciones) derivadas de esa membresía.

Ello supone que la “ciudadanía” entraña un reconocimiento y consecuencias en un doble sentido. En efecto, para la persona que es vista como “ciudadano” significa dotarla de entidad al admitirla como integrante de esa sociedad y constituirla como un sujeto de derecho merecedor de tutela o protección jurídica en tanto poseedor de derechos y obligaciones en dicha agrupación humana; y, para ésta, implica imponerle exigencias y brindarle atención, asistencia y garantías. En suma, derechos y obligaciones que se establecen en una relación de alteridad dentro de un sistema de derechos, o, lo que es lo mismo, dentro de un ordenamiento jurídico, que, sabemos, no es otra cosa que una agrupación humana mediada por reglas autoestablecidas.

Por contraste, la díada ciudadanía/ciudadano significa también que no atribuirle tal condición a una persona importa colocarla en una posición de merma o carencia de tales derechos, obligaciones y resguardos jurídicos; o al menos situarla en una posición menos ventajosa o plena para el disfrute de los derechos, pero más libre y menos desventajosa en cuanto a las obligaciones que una sociedad determinada otorga a quien sí considera “ciudadano” y le otorga su “ciudadanía”.

En ambos casos, no obstante la diversa extensión de derechos y obligaciones mutuas, estamos ante una relación de ida y vuelta en la cual la agrupación humana y sus miembros, sean ciudadanos o no, se entranan y reconocen los límites y características de cada trama: la primera más estrecha, la segunda más laxa.

Esto, por tanto, nos anuncia que al producir tal efecto, la noción de “ciudadanía” busca ligar a una persona con el medio o sociedad en que habita brindándole un sentido de pertenencia y protección al aceptarla, reconociéndola, como integrante de dicho entorno político-cultural. Paralelamente esta noción obra como la exclusiva que delimita lo que es entendido como no propio y ajeno a esa sociedad humana. Esto, entonces, nos permite argüir que el término “ciudadanía” presenta dos aspectos que lo hacen servir de bisagra para la inclusión o la exclusión y en consonancia como una noción clave para reconocer, extender o negar a una persona facultades jurídicas dentro del seno de esa sociedad (2).

(2) Resulta muy ilustrativo el trabajo de VILLAVICENCIO, S., “Ciudadanos, bárbaros y extranjeros: figuras del *otro* y estrategias de exclusión en la construcción de la ciudadanía argentina” en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J.M., *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 121-139, donde expone que: “La ciudadanía siempre ha sido una categoría que determina a la vez un dispositivo de inclusión y de exclusión. Si bien a lo largo de su historia —que puede ser pensada como la lucha por la inclusión— son diferentes las categorías

Esta pequeña y apretada aproximación a lo que implica la “ciudadanía” y ser “ciudadano” nos conduce necesariamente a ver quién atribuye a una persona tal calidad y qué elementos van a ser o pueden ser tenidos en cuenta para el establecimiento de esta relación recíproca que se entabla entre “ciudadanos” y Estado Integrado.

Hacia ello apunta el presente capítulo.

3. Un recorrido por la Historia y un avistaje al futuro

Abordar el tema que pretendemos y sus implicancias en el mundo actual impone acercarnos a su evolución histórica y a los diversos contornos que la díada ciudadanía/ciudadano ha tenido en su devenir y aventurar también cuál puede ser su conformación o reinterpretación en este momento de la Historia y aún en un futuro próximo.

Suele decirse en que la figura del ciudadano se introduce con la Revolución Francesa cuando en 1789 se sanciona la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHyC) (3) que explícitamente hacía mención a las personas como sujetos de derecho, en tanto seres humanos (4), pero supeditando (o limitando y a la vez creando) la condición de “ciudadanos” a aquellas personas capaces de titularizar y ejercer derechos políticos (5).

Este concepto de “ciudadanía”, a su vez mediado por la noción de “nacionalidad” —que aparece como indispensable para hacer efectivos los derechos cívicos—, es el que impregnó toda la concepción moderna del derecho y se extiende hasta nuestros días (6).

de individuos que resultan excluidos, el extranjero constituye en la modernidad la figura más clara de ese ‘otro’ del ciudadano”. (p. 137).

(3) Dada en la Asamblea Constituyente reunida entre el 20 y el 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de ese mismo año.

(4) DDHyC, art. 1º: “Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública”.

(5) DDHyC, art. 6º: “La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para castigar o para premiar; y siendo todos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimiento” y art. 14: “Todo ciudadano tiene derecho, ya por sí mismo o por su representante, a emitir voto libremente para determinar la necesidad de las contribuciones públicas, su adjudicación y su cuantía, modo de amillaramiento y duración”. En la redacción de estos artículos y en su contraposición con el artículo 1º suele verse la distinción entre habitantes (los hombres libres e iguales en derechos del artículo 1º) y ciudadanos (los que tienen derecho a colaborar en la formación de la ley y a ser elegibles sin más requisito que su conocimiento). Es importante destacar esto porque en su redacción la DDHyC no hace mención a la nacionalidad del ciudadano, sino a su capacidad o competencia técnica o intelectual (conocimientos).

(6) En el caso francés la relación (y subordinación) de la ciudadanía a la nacionalidad no se desprendería claramente de la DDHyC, sino del contexto histórico y de la letra de *La Marsellaise* cuando apela a “*les citoyens*” para defender a la nación francesa, concepto este que sí se encuentra en la DDHyC cuyo artículo 3º estipula, siguiendo a SIEYÈS, que “La nación es esencialmente la fuente de toda soberanía; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella”. Si bien para SIEYÈS la “Nación” era el tercer estado o estado llano,

Sin embargo, no es el único que existió. Si nos retrotraemos a la Antigüedad en Grecia y Roma el concepto (7), si bien se vinculaba con la nacionalidad, varió en su extensión y en su articulación o inteligencia. Y tampoco es el único que existe ahora ante la aparición de los Espacios Integrados, que extienden la aplicación del término a una ciudadanía supraestatal, distinta de la estatal y despojada de una nacionalidad, pero mediada por ésta y que revierte sobre la ciudadanía estatal (8).

En la Grecia clásica primó la identificación entre nacionalidad y ciudadanía, que reservaba la titularidad de estos derechos a quienes hubieran nacido en alguna de las *polis* (ciudades-Estado). Aún así debemos recordar que los únicos habilitados al ejercicio de tales derechos eran los hombres (varones) libres, pues aun siendo griegos carecían de derechos tanto las mujeres como los esclavos, y por supuesto también los extranjeros (9).

En la Roma inicial sucedió lo mismo aunque hubo excepciones respecto a los extranjeros, y aun con los esclavos, quienes llegaron a participar en la vida política de la *civitas* (ciudad romana) (10). Pero a diferencia de Grecia, cuando Roma

luego él mismo asimiló y confundió la nación con la patria y el Estado, a fin de legitimar la autoridad de los actos estatales a través de la nación. Sobre el origen en 1789 de esta vinculación entre nacionalidad y ciudadanía destaca MERTERNS DE WILMARS, F., “La paradoja de la ciudadanía europea” en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J.M., op. cit. pp. 141-158: “La mayoría de las tradiciones políticas y jurídicas nacionales hace coincidir los conceptos de ciudadanía y nacionalidad a partir del siglo de los Estados-naciones, y fue la Revolución Francesa la que cristalizó este vínculo [...] Censitario y después universal, el sufragio electoral se funda siempre en la relación del individuo con la nación. La edad, la formación intelectual, la fortuna o el sexo —masculino— han sido condiciones modificadas o suprimidas, mientras que la nacionalidad, constituye todavía una exigencia imprescindible para el ejercicio de estos derechos” (p. 143).

(7) Siempre tratándolo genérica y aproximativamente, pues las nociones de Estado-Nación, Ciudad-Estado griega e Imperio Romano no son análogas, pero pueden servir como muestras para la comparación de las diferentes formas de agrupaciones humanas (y aún ordenamientos jurídicos) que se sucedieron a lo largo de la Historia. Al respecto, MALUF, S., *Teoria geral do Estado*, 13 ed., Sugestões Literárias, São Paulo, 1982, [1954], p. 35, expresa que el concepto Estado “viene evolucionando desde la Antigüedad, a partir de la *Polis* griega y la *Civitas* romana. La propia denominación de Estado, con la exacta significación que le atribuye el derecho moderno fue desconocida hasta la Edad Media, cuando las expresiones empleadas eran *rich*, *imperium*, *land*, *terrae*, etc. Habría sido Italia el primer país en emplear la palabra *Stato*, aunque con un significado muy vago” (traducción propia, los destacados en el original). En la misma obra el autor en hace un *racconto* de dicha evolución cfr. caps. XVIII a XXX.

(8) Lo explica muy bien DÍEZ-PICAZO L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 103: “hay una regla fundamental en la integración europea en virtud de la cual cada Estado miembro conserva la facultad de definir por sí solo quiénes forman parte de él, y siempre dentro del respeto a los postulados de la democracia constitucional y los derechos humanos, puede hacerlo adoptando la imagen que en cada momento tenga de sí mismo. En suma, la Unión Europea se basa en una pluralidad de identidades nacionales, tanto en sentido psicológico como jurídico, que conjuntamente forman un cuerpo jurídico supranacional”. Para el autor así se formula el llamado *demos* europeo.

(9) Cfr. CABRAL, J., *Grecia*, Estrada, Buenos Aires, 1950. Allí se hace un contraste entre las sociedades espartana y ateniense, las cuales pese a sus diferencias coincidían en que los ciudadanos eran “dueños de la tierra y de todos los derechos políticos” (p. 135), pero podían perder tal condición por pobreza o por sufrir “una condena infamante” (p. 160).

(10) Para COLASANTI, A., *Roma*, Estrada, Buenos Aires, 1955, “El Estado romano puede definirse como una confederación de carácter político, fundada en alianzas, con una moderada expan-

devino Imperio extendió la ciudadanía romana y los derechos emanados de ésta a los pueblos que conquistaba, que acrecentaban a su nacionalidad o ciudadanía de origen la ciudadanía romana (11).

Es precisamente en este momento de la Historia donde aparece con claridad la diferencia entre ciudadanía y nacionalidad o, más correctamente, la separación entre ambos conceptos y la ruptura de la equivalencia entre nacionalidad y ciudadanía existente en la Antigüedad, que subsistió en los pueblos conquistados por Roma, y que recobraría fuerza al formarse los Estados-Nación. El fenómeno es interesante. Mientras Roma extendía su ciudadanía, romanizaba y consideraba miembros del Imperio a los pueblos que dominaba, éstos negaban al invasor su nacionalidad. Lo trascendente es que dentro del mismo territorio imperial coexistían naciones cuyos habitantes eran de esa nacionalidad y romanos, con romanos que eran sólo romanos. Es decir: había galos, íberos, bretones, francos, germanos, etc. que también eran ciudadanos romanos, pero los romanos (los del Lacio) eran, si se quiere y se nos permite, únicamente nacionales y ciudadanos romanos (12).

Esto es merecedor de análisis y muestra que la extensión de la ciudadanía romana a los pueblos conquistados se otorgó con fines inclusivos a efectos de que se sintieran parte del Imperio y darles pertenencia. Es necesario destacarlo

sión del territorio ciudadano y un gran desenvolvimiento colonial” (p. 109), en el cual los esclavos tenían derecho a voto, pero no eran elegibles (p. 40), ocurriendo algo similar en las provincias y los territorios conquistados, de acuerdo la extensión de los derechos de ciudadanía, de su fidelidad a Roma y de la composición de la población (p. 107-111).

(11) ROSALES, J.M., *Patriotismo, Nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 85-86 efectúa la siguiente comparación entre las concepciones romana y griega de la ciudadanía: “Ciudadanos de la polis eran los hombres adultos y libres, nacidos de ciudadanos, aunque la naturalización fue práctica legal desde la Constitución de Clístenes del año 507 a. C., que ‘tenían derecho a participar’ en el gobierno y en la administración de justicia de la comunidad. La ciudadanía era el derecho común comunitario básico, el derecho igual de cada ciudadano a ser políticamente digno dentro de la comunidad, y por tanto, a participar en la vida pública, en todos los actos de gobierno, en la deliberación común y en la toma de decisiones. Durante el período de la República romana (desde el siglo VI a I) se materializaron diversos intentos por extender el estatuto de la ciudadanía a los territorios conquistados. [...] La definitiva apertura cosmopolita del derecho de ciudadanía sólo se produjo en la época del Imperio en los primeros siglos de nuestra era. La política imperial de conquista hizo cada vez más problemático el mantenimiento de dos códigos legales, uno aplicado a los ciudadanos de Roma y otro a los habitantes de los territorios conquistados (*peregrini*). No sólo por razones operativas, sino por el sentido de igualdad civil inscripto en la concepción misma del derecho romano. Así, aunque fuese en una etapa tardía del Imperio, con la promulgación por Caracalla del Decreto antoniano sobre la ciudadanía en el año 212, se logró finalmente integrar el derecho internacional (*ius gentium*) dentro del derecho civil (*ius civile*) como un desarrollo normativo coherente. El estatuto reconocía ya la existencia de una *ciudadanía dual*: la adscripta a cada ciudadano de los territorios y la ciudadanía romana, superpuesta a la anterior en virtud de su naturaleza supralocal o mundial” (los destacados en el original).

(12) PEREIRA MENAUT, G., “Ciudadanía romana vs. ciudadanía europea”, en *Historia Actual On line*, N° 5, Asociación Historia Actual, Cádiz, 2005, pp. 143-150 <http://www.isn.ethz.ch/isn/Digital-Library/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=109951> [consulta 27/06/2012]. 143/144: “Un ciudadano romano podía ser por su origen itálico, galo, hispano, germano, o africano, pues ser ciudadano romano nada tenía que ver con el origen, la lengua, las creencias, etc. Si bien entrado el tiempo se habría de producir cierta aculturación o romanización, ser ciudadano romano era solamente una cuestión política, y no tenía nada que ver con esas otras realidades, las costumbres y tradiciones, la forma de vestir o de vivir, las creencias religiosas, etc.”

porque es el fenómeno que con idéntica finalidad, pero en sentido inverso, se da actualmente en los Espacios Integrados, y cuyo máximo ejemplo es la Unión Europea (UE).

En estos dos procesos —el del Imperio Romano y el de la Unión Europea— se nota el distanciamiento de la relación identitaria entre nacionalidad y ciudadanía. En efecto, en los pueblos que integraron el Imperio Romano, como actualmente sucede en otros grados e intensidades en los Estados-Nación, había una equiparación entre nacionalidad y ciudadanía mediada por el entendimiento de que la nacionalidad hacía a la identidad cultural, social, histórica de un pueblo y que sólo podía ser atribuida a las personas que convergían en esos trazos comunes (13); en cambio desde el Imperio Romano o desde la Unión Europea se produce un desdoblamiento de estos conceptos y la nacionalidad ya no se anuda a la identidad sino que se hace depender de un vínculo claramente social, como es el jurídico, y ya no de características identitarias, como pueden ser la lengua, la tradición, la historia, la religión y en algún aspecto la cultura (14). En este sentido es que el concepto “ciudadanía” aparece como algo que excede a la nacionalidad, la cual se reserva a los Estados, que son quienes la van a determinar (15), pero que

(13) La diferencia de los modelos antiguos con los Estados-Nación es que en estos la nacionalidad es una construcción consciente para cohesionar el poder de estas nuevas estructuras surgidas tras el medioevo y luego del feudalismo, centralizando un poder hasta entonces disperso. D'AURIA, A., *Teoría y crítica del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 46. explica: “Esta forma de orden político que llamamos Estado es la exacta y simétrica inversión del orden político medieval, caracterizado por un pluralismo coercitivo con múltiples, personales e intermitentes relaciones de dominación. El centralismo de dominación estatal en todas sus expresiones —esto es, militar, burocrática, impositiva y jurídica— se contraponen punto por punto a la diversidad de órdenes coercitivos feudales, fundados en la propiedad territorial. Si en los territorios medievales existía superposición de lealtades jurídicas, políticas, impositivas y militares, con la Modernidad política todas esas relaciones de lealtad y dominio quedaron reducidas a una sola en el territorio soberano de cada Estado. Y por ello, el deber de obediencia dejó paulatinamente de ser un vínculo personal, jerárquico y escalonado, para volverse un vínculo legal formal, también jerárquico, pero marcadamente abstracto”.

(14) El contraste existente entre ambos conceptos lo marca bien ALÁEZ CORRAL, B., “Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía” en COSTA, P. y ALÁEZ CORRAL, P., op. cit.: “se puede decir que nacionalidad y ciudadanía desempeñan una diferente función en el ordenamiento moderno: la primera una función excluyente, en tanto expresión segmentaria de los Estados territoriales, y la segunda una función incluyente, como mecanismo de realización de la diferenciación funcional que experimente la sociedad en cada uno de los Estados integrando a los individuos en los distintos subsistemas sociales” (pp. 65-66). Por su parte, RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006 [2005] T. I, p. 390, resalta que tanto la nacionalidad como la ciudadanía son conceptos jurídicos: “En realidad no me termina de convencer la diferencia entre nacionalidad y ciudadanía basada en la naturaleza del vínculo (natural en el primer caso y jurídico en el segundo), ya que en definitiva, y en ambas hipótesis, estamos en una relación de tipo jurídica. De todas formas la cuestión no tiene mayor relevancia si se definen correctamente ambas nociones”.

(15) La nacionalidad pese a confundirse con lo “identitario” y nuclearse sobre la lengua, las costumbres o tradiciones, la religión, o una historia común, para dar fundamento a los Estados-nacionales, es también una construcción hecha desde éstos para dar unidad a su poder. Así, DÍEZ-PICAZO, L.M., op. cit., p. 98, es punzante: “la propia historia europea, la del siglo XIX, que es el siglo del nacionalismo por excelencia, muestra cómo los elementos de identidad nacional fueron en gran medida contruidos mediante políticas deliberadas (lingüísticas, educativas, religiosas, militares, etc.). Es demasiado simplista pensar que las naciones europeas son realidades naturales, de las que surgieron los Estados como complemento político necesario. Sin negar las diferencias socioculturales existentes, hay que señalar que las naciones, tal como las conocemos hoy, fueron en gran medi-

no se predica o propone respecto a los Espacios Integrados. En éstos la “ciudadanía” va a relacionarse con la posibilidad fáctica de ser titular de derechos y sujeto de obligaciones derivados de la pertenencia a él y no a un Estado Integrado, pero por tener la nacionalidad de uno de los Estados que lo componen. Y en este nuevo fenómeno actual en el cual los Estados se agrupan en un Espacio Integrado formando una unidad, pero manteniendo su independencia y unidad territorial, la ciudadanía va a adquirir un doble cariz, pues temporal, espacial y jurídicamente podrán coexistir una ciudadanía del Espacio Integrado y una ciudadanía nacional, pero ambas recaerán sobre un mismo destinatario: las personas. Y es aquí, en este punto de contacto, donde ingresa nuestro interés por el tema, sobre todo cuando ambas ciudadanía coexisten en el Estado Integrado.

Seremos un poco más precisos y claros.

En el actual desarrollo de las relaciones socio-político-económico-culturales que impone un proceso de integración, y sobre todo cuando un Espacio Integrado adopta la matriz comunitaria, se ven modificados ciertos conceptos que tradicionalmente la Teoría del Estado y el Derecho Internacional Público (DIP) reservaban a los Estados y que los diversos derechos constitucionales configuraban fronteras adentro del Estado-Nación. De ello hemos hablado cuando esbozamos la transformación que a causa del fenómeno de la integración regional vivencian los Estados, que de antiguos Estados-Nación se van configurando en lo que dimos en llamar Estados del Siglo XXI, Estado Evolucionado o, con mayor osadía, Estados Integrados.

En este proceso de cesión de competencias nacionales a un orden supranacional —el Espacio Integrado— vimos cómo se flexibiliza la supremacía estatal y se contraen los atributos comúnmente detentados por los Estados, cómo se difuminan las fronteras y en cierto modo los territorios nacionales se expanden, cómo los habitantes adquieren una mayor movilidad y pueden circular libremente por el territorio del Espacio Integrado y aún establecerse en un territorio distinto al de su Estado de origen sin otra condición que la de ser nacional de uno de los Estados miembros del Espacio Integrado, y que todo ello conduce a replantear nociones propias de la Teoría del Estado y del Derecho Internacional Público profundamente arraigadas en lo atinente a los elementos y atributos que

da construidas por los Estados”. Lo mismo expresa FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2008 [2010], p. 352: “El sentido cívico y de común pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy podemos encontrar en nuestros países, parece más bien un efecto que una precondition de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus Constituciones. Intento afirmar que los ‘pueblos’ y las ‘naciones’ europeos y sus tradiciones han sido una invención de los dos o tres siglos pasados, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, así como de los Estados y de sus instituciones jurídicas”. Por su parte, KYMLICKA, W., *Estados, naciones y culturas*, Almuzara, Córdoba, 2004, p. 58 aporta: “Todos los Estados se han visto obligados a llevar a cabo un proceso de *construcción nacional* —esto es, un proceso de promoción de una lengua universal y de un sentimiento de pertenencia común y de igualdad de oportunidades para el acceso a las instituciones sociales patrocinadas por esa lengua—. Todas las decisiones relacionadas con las lenguas oficiales, el currículo escolar y los imperativos para adquirir la ciudadanía fueron tomadas con la intención expresa de propagar una cultura particular en una sociedad, además de promocionar una identidad nacional particular basada en la participación de esa cultura societal” (el destacado en el original).

caracterizan a un Estado. Uno de éstos —y quizá el más notable— es la soberanía frente a otros sujetos del DIP para decidir quién queda sujeto a una jurisdicción estatal y puede ejercer y reclamar en ella los derechos derivados de la ciudadanía por ser considerado ciudadano por ese determinado Estado.

Este es uno de los grandes desafíos que plantea el Derecho de la Integración y que se ve agudizado por la convergencia de normas protectoras de los Derechos Humanos que asumen los Estados miembros de un Espacio Integrado —esto es, los Estados Integrados—, sea que ellas emanen del derecho comunitario propio de cada Espacio Integrado o del genérico Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), bien sea regional o universal (aspiración a la cual propende), por intermedio de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (IISDH) (16).

En el planteo tradicional —y que por cierto aún subsiste—, el otorgamiento de la ciudadanía, junto con el de la nacionalidad, por parte de los Estados es una de las manifestaciones más elocuentes de su independencia y soberanía (17) y reviste trascendencia porque señala límites en cuanto a quién es visto por el ordenamiento jurídico estatal como merecedor de tutela y protección por su parte y en cuanto al alcance de los derechos que para ese Estado —y dentro de él— posee quien así sea considerado (nacional o ciudadano). De hecho ciudadanía y nacionalidad suelen ser coincidentes, aunque no necesariamente, pero coinciden, sí, en servir de deslinde para las responsabilidades y compromisos estatales respecto a nacionales y/o ciudadanos.

En el contexto actual, ante la aparición de los Estados Integrados y la merma de la soberanía estatal o la emergencia de una soberanía estatal porosa, las nociones de “ciudadanía” y “nacionalidad” vuelven a reformularse adquiriendo nuevos o distintos ribetes. Esto hace que precisemos revisarlas para visualizar sus significados y entidades en este mundo integrado.

En esta reconversión de la noción de soberanía lo que no debemos perder de vista es lo que subyace en el trasfondo: quién determina cómo se conforma la población de un Estado Integrado, pues es respecto a este elemento que se

(16) Acá corresponde advertir que el fenómeno de la integración regional aportaría al DIDH un nuevo tipo de IISDH, los comunitarios, que se sumaría a los clásicos regionales y universales. Estas novedosas normas en vez de surgir en el seno de una organización internacional universal (ONU) o regional (OEA, Consejo de Europa), lo harían dentro del Espacio Integrado (MERCOSUR, UNASUR, CAN, UE, etc.).

(17) Ambos son conceptos complementarios, de hecho soberanía e independencia son caras de una misma moneda, una vista desde la teoría del estado y del derecho constitucional, la otra desde el derecho internacional público, pero para significar lo mismo: la posibilidad de normar libremente el Estado sin injerencias externas. SOUTO MAYOR BORGES, J. *Curso de Direito Comunitário*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 198 expresa: “Los conceptos doctrinarios de soberanía e independencia nacionales, vistos y fundidos bajo el prisma político-ideológico (no así desde el punto de vista jurídico), se confunden y convergen en un punto común: ambos son principios retóricos insusceptibles de ser limitados. La soberanía comprende tanto las relaciones internas como las externas. [...] En una caracterización político-ideológica, no existe la soberanía limitada o relativa y es imposible la independencia limitada [...] Soberano e independiente se es del todo o no se es ni soberano ni independiente: un estado que es en parte dependiente y en parte independiente no es para nada independiente porque no es soberano”. (traducción propia).

puede predicar “ciudadanía” nacional o comunitaria, o conjunta; en definitiva, integrada.

En esta tesitura no debemos olvidar que tal vez sea en la conformación de la población de un Estado y en la posición que se otorgue a sus habitantes donde se aprecie más claramente el ejercicio de la soberanía estatal, ya que sobre ellos se efectivizan la normatividad y el poder estatales. No obstante, no podemos desconocer que esto puede haberse modificado en el modelo transfronterizo o de soberanía permeable que propone el mundo integrado actual y en su exponente menos estudiado: el Estado Integrado.

En esta búsqueda nos adentraremos en lo siguiente.

II. CIUDADANÍA Y POBLACIÓN EN EL MUNDO INTEGRADO

De acuerdo con el modelo tradicional que muy brevemente sobrevolamos con lo acaecido en la Antigüedad grecolatina, eran esas estructuras protoestatales —y desde la modernidad las que conocemos como Estados (18)— quienes definían la composición de su población, estableciendo así quiénes eran nacionales, quiénes extranjeros, si tales personas eran libres o esclavas, y de entre todos quiénes podían ser ciudadanos.

La potestad regía absoluta dentro de la jurisdicción estatal. Como reflejo de ello las normas internas (tanto constitucionales como legales) de cada uno de los Estados regulaban el tema y otorgaban condición de “nacional” y eventualmente

(18) D'AURIA, A., op. cit., advierte que si bien la palabra “estado” fue constantemente resemantizada y se suele utilizar para hacer referencia a múltiples órdenes políticos en los cuáles se agruparon los hombres, conviene reservarla a un tipo específico de organización política: la que conocemos por Estado y que surge en Europa con la Modernidad. Lo expone así: “Estado es la organización política característica de las sociedades modernas (siglos XV-XVI en adelante, con origen en Europa Occidental) —p. 44— [...] el principio centralista en que se funda el Estado está presente ya en los imperios antiguos y medievales (el de Alejandro, el romano, el merovingio, el carolingio, el sacro imperio romano-germánico) y en la Iglesia católica medieval. A estas entidades políticas podríamos con justeza verlas como formas proto-estatales que constituyeron el modelo en que se plasmó el Estado en las sociedades modernas” (p. 45). El autor define al Estado como una “forma de orden político, característica de las sociedades modernas, fundadas en el monopolio de la coacción sobre un determinado territorio parte de una jerarquía burocrática, policial-militar, jurídica e impositiva” (p. 47), lo cual compartimos. La misma observación realiza COSTA, P., op. cit., pp. 20-21: “Es menester evitar una posible equivocación: al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. El Estado no es un fenómeno eterno. Es tan sólo la forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanía, burocracia, pueblo, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se puedan encontrar en las formas políticas de las sociedades pre-modernas. En las sociedades políticas pre-modernas, tanto en el mundo antiguo como en el medieval, la forma política por excelencia es la ciudad (el término ‘ciudadanía’ está vinculado etimológicamente, en muchos idiomas europeos, a la ciudad): la ciudad es el punto de referencia principal para la reflexión y la praxis política”. Siguiendo esta línea, FIORAVANTI, M. “Estado y constitución” en FIORAVANTI, M. (ed.), *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Trotta, Madrid, 2004 [2002], p. 15, sintetiza: “En otras, palabras, tenemos ‘Estado’ porque tenemos una realidad territorial gobernada cada vez más en su conjunto, y cada vez de manera más institucionalizada, según reglas escritas que fijan el lugar de cada uno. [...] *el Estado como gobierno de un territorio, que actúa de manera cada vez más disciplinada y reglada, con la intención de reunir las fuerzas operativas sobre ese territorio, de reconducirlas a una prospectiva común*” (el destacado en el original). MALUF, S., op. cit., p. 38, es contundente: “el Estado es el órgano ejecutor de la soberanía nacional”.

de “ciudadano” a las personas que ellas indicaran. Era lógico y cerraba el concepto de soberanía plena con el derecho constitucional como dominador absoluto de la escena y centro normativo por excelencia. Estado, Derecho y centro de poder convergían y se identificaban. En el tema que nos comprende se hablaba de nacionales y extranjeros, y era mayormente a los primeros a los únicos a quienes se concedía derechos de ciudadanía.

Actualmente resabios de ello quedan en las constituciones y en las leyes estatales.

Sin embargo, en este mismo modelo con la aparición del DIDH entró en escena un nuevo actor, la persona o ser humano, que tomó un rol preponderante que hasta entonces no tenía, y los Estados dejaron de ser los únicos rectores de la materia y aceptaron que si bien puede seguir hablándose de nacionales y extranjeros, los derechos y obligaciones se otorgan, asumen y reconocen en función de la calidad de “persona” y no del carácter de “nacional” o “extranjero” que tiene un ser humano. No obstante, siguen siendo los Estados quienes modulan las calidades de nacional y de extranjero ateniéndose a ciertos parámetros o marcos reguladores que les estipula el DIDH y otorgan así iguales o menores derechos a la población considerada extranjera en relación a la nacional. Es claro que los Estados no desaparecen sino que ya no están solos y su soberanía empieza a ser permeable a otros focos normativos, pero siguen definiendo ellos cómo y quiénes ejercen los derechos derivados de la ciudadanía (19).

Esto se modifica o cambia con la emergencia de los Espacios Integrados que trastoca las estructuras constitucionales de los Estados y suma otros integrantes, el Derecho Comunitario y los órganos comunitarios con capacidad normativa, —y, consecuentemente, las normas emanadas de este Espacio Integrado—, a la dinámica político-normativa de los Estados, quienes ven aparecer la figura del ciudadano transnacional o comunitario que convive con la del ciudadano nacional en cada territorio estatal integrado. De tal modo, el antiguo Estado-Nación, devenido en Estado Integrado, pasa a tener dentro de su población nacionales, extranjeros y comunitarios. Los últimos no son nacionales ni extranjeros, los primeros son a la vez comunitarios, y los extranjeros son extranjeros: ni nacionales ni comunitarios, y podrían ser redefinidos además como extracomunitarios. Puede verse que el Estado ya no define quién es extranjero, pues la parte de su población que no es nacional pero es comunitaria no es extranjera, creando una zona híbrida dentro de la población que va a tener implicancias en el ejercicio de los derechos propios de la ciudadanía, los cuales escapan en este modelo a la exclusiva regulación estatal.

Es en este Estado Integrado, cuyo derecho (incluido el constitucional) está también integrado, donde puede (y debe) apreciarse el entramado de normas nacionales, comunitarias e internacionales que convergen sobre un espacio geográfico (territorio), jurídico-político (jurisdicción) y humano (población) con-

(19) COSTA, P., op. cit., p. 39: “Incorporados como componentes del nuevo orden europeo, los Estados dejan de ser la totalidad autosuficiente y exclusiva de la tradición dieciochesca para convertirse en miembros de una comunidad política más amplia”.

creto, el del antiguo Estado nación ahora integrado. Ante ello será necesario ver cómo se imbrican todas esas normas de orígenes diversos y cuáles son sus alcances en materias que antes eran potestad exclusiva y excluyente de las autoridades nacionales del novedoso Estado Integrado, que comparte los mismos elementos que caracterizan al Estado tradicional, aunque reformulados (20). Es importante advertir esto, porque los Estados no han desaparecido, subsisten, pero se están transformando. Lo mismo que su ordenamiento jurídico y sus instituciones. El punto es entender el modo en que se manifiestan estos cambios y cómo queda perfilado el Estado del Siglo XXI.

1. La situación en la Unión Europea

Para poder visualizar lo que venimos esbozando resulta necesario mostrar un caso concreto. Como el Espacio Integrado más desarrollado es la Unión Europea donde campea el concepto de “ciudadano europeo”, es decir, comunitario, y en donde convive esta clase de ciudadanía con la nacional de cada Estado, veremos cuáles son las relaciones que se establecen entre ambas. Tomaremos los casos de España y del Reino Unido y analizaremos las normas nacionales y comunitarias que versen sobre el tema y procuraremos ver qué ocurre en cada uno de esos Estados Integrados.

No soslayaremos las normas de derechos humanos que rigen en Europa dentro del sistema regional de protección de derechos humanos, y al cual España y el Reino Unido pertenecen, ni tampoco las normas sobre tal materia propias del Espacio Integrado Unión Europea, ni aún las de carácter universal.

En concreto, miraremos la Constitución española (CE'78) (21) y las *Acts* (Leyes Fundamentales) británicas (22) —en los dos casos en lo atinente a la regulación

(20) Esta idea implica, claro, la necesidad de integrar y armonizar, vale decir, sistematizar, todas las normas que convergen sobre este novedoso Estado Integrado. BUSTOS GISBERT, R., “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa” en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Comps.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fiz Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, UNAM, México, 2008, pp. 753-777, llama al fenómeno “pluralismo constitucional” y explica que “supone el cuestionamiento de la idea de supremacía como único criterio para la comprensión de la relación entre normas constitucionales nacionales y europeas” (p. 755), debido a que hoy día hay “normas situadas más allá de los Estados y, por tanto, escapan a la posibilidad de definición unilateral por parte de una sola entidad estatal” (p. 754), y ejemplifica que “El campo donde es evidente esta situación resulta ser, sin duda, el de los derechos fundamentales. La convivencia de hasta tres declaraciones de derechos (si bien con ámbitos de aplicación diversos) en el espacio territorial de la Unión Europea (nos referimos a la declaración de derechos contenida en cada una de las Constituciones nacionales, la contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 —en adelante CEDH— y la promulgada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —en adelante la Carta—)” (p. 755).

(21) Dada por las Cortes Generales el día 31 de octubre de 1978, aprobada por referéndum el 6 de diciembre de 1978, promulgada por el rey el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el día 29 de diciembre de 1978. La única reforma fue aprobada el día 27 de agosto de 1992 y publicada en el BOE N° 207-1, el viernes 28 de agosto de 1992.

(22) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte carece de una Constitución escrita y se rige por un sistema de normas fundamentales (*Acts*) que componen una suerte de cuerpo constitucional disperso.

sobre ciudadanía y nacionalidad—, el Tratado de Lisboa (TL) (23), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CPDHLF o CEDH) (24), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) (26), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (27).

La materia a tratar y a analizar en concreto será la de los derechos de ciudadanía. Pero no podemos dejar de advertir que la misma entraña consecuencias sobre otras como “nacionalidad”, “inmigración”, y aun “seguridad social” o “sistema previsional”, materias todas que hacen a políticas derivadas de la soberanía estatal, pero que como resultantes de la libre circulación de ciudadanos comunitarios (o integrados) dentro del Espacio Integrado van a tener que ser reorganizadas, redefinidas y reformuladas desde los Estados Integrados.

a. El sistema español

El Reino de España establece en el artículo 9º de la CE'78 que “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, marcando con esto que el concepto “ciudadano” resulta el criterio de demarcación entre quién puede y quién no puede participar en la vida política, económica, cultural y social del Reino. También para saber quién queda sujeto a la Constitución y su ordenamiento jurídico. Aparentemente serían sólo los ciudadanos. Lo importante es saber quiénes son éstos.

Para ello el artículo 13 explica que “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, pero que “2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. El artículo 23 clarifica que “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derechos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Y el artículo 14 concluye que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer dis-

(23) Aprobado el 13 de diciembre de 2007, en Lisboa, Portugal, y en vigor desde el 1º de diciembre de 2009. Diario Oficial de la Unión Europea (DO) N° C 306, del 17 de diciembre de 2007.

(24) Consejo de Europa, firmado en Roma, Italia, el 4 de diciembre de 1950, y llamada Carta de Roma. Se la conoce también como CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos).

(25) UE (200/C 364/01), firmado en Niza, Francia, el 7 de diciembre de 2000, y llamada por ello Carta de Niza, y que es un verdadero IISDH de carácter comunitario.

(26) ONU 1966, adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General por Resolución 2200 A (XXI), el día 16 de diciembre de 1966.

(27) ONU (Resolución 217 A III), firmada en París, Francia, el 10 de diciembre de 1948.

tinción alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

Como la CE'78 delegó en el poder legislativo definir quiénes son españoles, la Ley 18/1990 (28) redactó el artículo 17 del Código Civil (CC) (29) del siguiente modo: *“Son españoles: 1.º Las personas nacidas en territorio español. 2.º Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3.º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4.º Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía”*, delimitando así que los derechos políticos corresponden sólo a los españoles que en definitiva serían los únicos que podrían ser ciudadanos del Reino.

De las normas transcriptas puede apreciarse que en el Reino de España, siguiendo una inveterada tradición constitucional, “nacionalidad” y “ciudadanía” se usan mayormente como sinónimos, pero que también “ciudadanía” —conforme a la misma concepción constitucional— refiere a una parte de los derechos que sólo pueden ser gozados por quienes sean nacionales: formar parte de las autoridades estatales y tener derechos políticos activos y pasivos. Como se ve: sólo se es ciudadano si se es nacional.

Sin embargo, la Ley Orgánica 5/1985, que regula el Régimen Electoral General (LOREG) (30), contiene un apartado que bajo el nombre *“Disposiciones especiales para las elecciones municipales”* (31) explica que *“Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (32). b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España”* (33) y que *“son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comu-*

(28) Aprobada el 17 de diciembre de 1990 (BOE-A 1990-30520) y publicada en el BOE N° 302 del 18 de diciembre de 1990, pp. 37587-37589.

(29) Aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889 (BOE-A 1889 4763) y publicado en el BOE N° 206 del 25 de julio de 1889, pp. 249-259.

(30) Aprobada el 19 de junio de 1985 (BOE-A 1985 11672) y publicada en el BOE N° 147 del 20 de junio de 1985, pp. 35638-35640.

(31) LOREG, Título III, Capítulos I (Derecho de sufragio activo) y II (Derecho de sufragio pasivo).

(32) Este artículo regulaba lo concerniente a los derechos políticos activos y pasivos de los comunitarios; actualmente se encuentra subsumido por el artículo 22 del TFUE-TL.

(33) LOREG, art. 166, punto 2. El artículo en su punto 1 estipula que 1. “Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado”. Y el Título I, capítulo I (Derecho de sufragio activo), en el artículo 2, punto 1 explicita que “El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente”.

nidad Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un tratado. b) Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles. c) No hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen" (34); mostrando con tal regulación que "ciudadanía" y "nacionalidad" no son equivalentes y que quien no sea español pero sea ciudadano comunitario (y aun extracomunitario de existir tratados bilaterales) puede tener los derechos políticos de elegir o ser elegido en las elecciones municipales, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la ley electoral, entre ellos las condiciones de elegibilidad (35).

La exposición de estos derechos derivados de la ciudadanía que hace el ordenamiento jurídico español deja evidenciada la complejidad —y una forma posible de resolución— que entraña que en un mismo espacio territorial confluyan normas procedentes de al menos tres centros normativos distintos: el nacional, el internacional (en el caso tratados bilaterales propios del derecho internacional público) y el comunitario.

Esta concesión de derechos políticos a no españoles y la extensión del concepto ciudadano, al menos en lo atinente a elecciones municipales, no surge de un gesto magnánimo y filantrópico de las autoridades españolas que graciosa, voluntaria y libremente otorgan tales derechos a comunitarios y sobre todo a extracomunitarios. Proviene de compromisos internacionales y aún de una obligación procedente de otro ordenamiento jurídico distinto al español, pero del que España voluntariamente forma parte: el de la Unión Europea, poseedor de capacidad normativa e instituciones competentes para crear disposiciones que por derivación del principio de primacía que caracteriza al derecho comunitario pueden imponerse a los Estados miembros sin que medie una intervención de éstos que recepte la norma como propia y la incorpore o le de eficacia en el derecho interno. En el caso del DIP este punto está suplido con la firma y entrada en vigencia del tratado bilateral.

Los derechos políticos con los que España beneficia a los no españoles provienen así de esta serie de normas internacionales y comunitarias y tienen su asiento principalmente en lo que se conoce como ciudadanía europea. Ésta procura componer un pueblo europeo a través de los pueblos de los Estados parte de la UE, y fue sucesivamente regulada por los tratados de Maastricht, Ámsterdam y Lisboa y por la normativa comunitaria derivada, que como contrapartida exige que ese ciudadano europeo no nacional (36) pueda tener derecho a votar y a poder ser elegido al menos en las elecciones municipales del Estado Integrado en que reside —en el caso España—.

(34) LOREG, art. 167, punto 1. El título I, capítulo II (Derecho de sufragio pasivo) dispone como regla general en su artículo 6 que "Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad".

(35) Por ejemplo: edad, residencia, nacionalidad (salvo excepciones), no estar inhabilitado ni en prisión.

(36) Se trata del típico ciudadano comunitario, aquél que —como vimos— no es nacional del Estado en que reside, pero sí de otro del Espacio Integrado.

Esta circunstancia deja en evidencia que en la realidad jurídica imperante en el Reino de España, —como la de cualquier otro Estado que integre un Espacio Integrado como la UE— la calidad de “ciudadano” municipal no la determina simplemente el Estado y ni siquiera el municipio que se ve obligado a aceptar cuanto mínimo como electores y elegibles a personas comunitarias o directamente extracomunitarias que residan en él; es decir, a quienes vivan en dicha unidad territorial del Estado Integrado. Lo que se puede apreciar concretamente es que la articulación de normas de diferentes orígenes trastoca el criterio de atribución y ejercicio de derechos políticos en las elecciones municipales, pasándose del de “nacionalidad” al de “residencia”.

Para clarificar la implementación de los derechos políticos a nivel municipal es conveniente rastrear las normas comunitarias o internacionales que rigen el tema. En este aspecto es importante poner de resalto que en el ámbito de la UE hay dos normas que regulan este punto: el Tratado de Lisboa —de carácter fundacional— y la Carta de Niza —con valor de tratado fundacional (37)—, que al igual que la DUDH surten efectos en el Reino de España, cuya Constitución en su artículo 10, apartado 2, al tratar sobre los derechos y deberes fundamentales y expresar que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, presenta un principio de interpretación amplio y favorable al DIDH al sostener la primacía del derecho internacional por sobre el local.

Todas estas normas serán objeto de análisis en lo sucesivo pues con diversa intensidad (y variantes) versan sobre el derecho a la participación política de las personas que habiten un espacio sujeto a dichas normas, tal lo que ocurre en el caso español, y cuya convergencia hay que procurar desentrañar para saber cuáles son los efectos en el día a día del destinatario de tales regulaciones.

La norma más amplia que encontramos es la de la DUDH que en el artículo 21 dispone: “*1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse*

(37) La Carta de Niza (CDFUE) es un IISDH muy particular por haber sido dado en el seno de la Unión Europea y no de una organización internacional propia del DIDH como sí lo son la Carta de Roma —de carácter regional— y el PIDCyP —de carácter universal— (que también forman parte del ordenamiento jurídico español), pero no por ello deja de ser y oficiar como un IISDH. Al referirse a la CDFUE, DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, p. 185, precisa: “La Carta es, sin duda, un instrumento abierto a otros sistemas de protección de los derechos fundamentales, un catálogo permeable en el que aquellos instrumentos que se encuentran en el origen de los derechos fundamentales en él reconocidos, hallan también su lugar y reconocimiento”. Similar entendimiento de la CDFUE como un IISDH parece auspiciar el Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004 (13/12/2004), cfr. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005), en particular los Fundamentos Jurídicos (FJ) 5 y 6.

periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Una norma de tenor similar aporta el PIDCyP en su artículo 25: *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”* (38).

La simple transcripción de los artículos muestra la existencia de cierta tensión entre ambos IISDH pues el primero concede los derechos a “toda persona” que habite un país, mientras que el segundo los reduce a los “ciudadanos” de ese país. A su vez los dos coinciden en que esos derechos se extienden para participar “en el gobierno de su país” y para acceder “a las funciones públicas de su país”. Si bien la redacción no acarrearía mayores problemas, en el estado actual de la evolución del derecho, de la configuración de los Espacios Integrados y de la emergencia de los Estados Integrados, no es tan claro qué se debe entender por gobierno y funciones públicas de un país.

Todo lo anterior puede ocasionar inconvenientes tanto jurídicos en cuanto a la interpretación de dichas normas y a la responsabilidad que puedan acarrear al Estado Integrado (además de determinar cuál es el órgano de interpretación pertinente y cuál el tribunal competente para zanjar un eventual conflicto y resolver la tensión), como en la cotidianidad social respecto a los derechos que asisten a los habitantes ¿o ciudadanos? del Estado Integrado.

Por su parte la CDFUE, receptando disposiciones existentes en los tratados constitutivos de la UE (39), cuando regula el concepto ciudadanía lo hace en una forma más amplia que la tradicional consistente en la asignación y la posibilidad de ejercicio de derechos políticos. La extiende a la movilidad dentro del Espacio Integrado, otorga la posibilidad de afincarse en cualquier punto dentro del territorio integrado, y en lo que estrictamente concierne a derechos políticos establece su existencia tanto a nivel comunitario (la elección de los miembros de una de las instituciones de la UE, el Parlamento Europeo —PE—) como a nivel netamente local (la selección de las autoridades municipales de un Estado parte). Sin embargo, excluye la posibilidad de que los comunitarios participen a nivel

(38) Este artículo tiene que analizarse en conjunto con el 2º de PIDCyP que pauta que “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

(39) La CDFUE al constituirse en la carta de derechos de la UE —y ser el IISDH comunitario por excelencia— contempla en clave de derechos humanos fundamentales, principios y derechos que se encuentran diseminados en los tratados constitutivos y opera así como el equivalente a lo que son las partes dogmáticas en las Constituciones estatales.

nacional o subnacional (40) del Estado Integrado. De este modo nace un nuevo *status* de titularidad y ejercicio de la ciudadanía de la Unión (o comunitaria) que difiere de la nacional aunque la requiere por sustentarse en ella (41).

Así el artículo 39 del CDFUE, en consonancia con el artículo 21, punto 2, del TFUE-TL, establece que “1. *Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.* 2. *Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto*”, y la Directiva 93/109 CE (42) al reglamentar el tema dispone en su artículo 3 que para el ejercicio de tal derecho es necesario que esa persona “a) *sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado*” o que “b) *sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, cumpla las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales*”.

Y, a la vez, el artículo 40 del CDFUE, en sintonía con el artículo 21, punto 1, del TFUE-TL (43), indica que “*Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado*” (44), lo

(40) Estas unidades son las que oportunamente llamamos provincias, regiones, departamentos, condados, cantones, partidos, estados, *länder*, comunas, intendencias, etc., cuyos nombres varían de un ordenamiento jurídico a otro, pero que hacen referencia a las diferentes unidades en que políticamente se divide el territorio estatal.

(41) Esta noción fue creada por Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht, Holanda, en 1992, cuyo art. 9º, última parte, conforme a la versión consolidada por el TL dispone: “Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Asimismo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), versión consolidada en Lisboa, explica en su art. 20.1 que: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

(42) DO L 329, del 30 de diciembre de 1993. Su art. 3º dispone: “Toda persona que, en el día de referencia: a) sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado, y que b) sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, cumpla las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales, tendrá derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que no esté desposeída de esos derechos en virtud de los artículos 6 o 7”.

(43) TFUE-TL art. 22.1. “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”. La redacción es prácticamente idéntica a la de la Carta de Niza.

(44) El TFUE-TL art. 22.2 expresa: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento

cual es complementado por la Directiva 94/80/CE (45) que en su artículo 3 estipula que: “*Toda persona que, en el día de referencia: a) sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado, y que b) sin poseer la nacionalidad del Estado miembro de residencia, cumpla, sin embargo, las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales, tendrá derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia, con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva*”.

Esto agrega el factor que antes mencionáramos: la simultaneidad (aunque no equivalencia) de las categorías “ciudadano nacional” y “ciudadano europeo” (o comunitario). Y otra cuestión más: que el Espacio Integrado incide en la conformación del derecho electoral del Estado Integrado a nivel municipal y también nacional al imponerle como personas con derecho a votar y a ser votados —y por ello hasta de ser representantes de la población de ese Estado de residencia— a no nacionales del Estado Integrado, pero sí ciudadanos comunitarios poseedores de una nacionalidad distinta de la del país del que son habitantes, pero no ciudadanos —de hecho no pueden votar ni ser candidatos en las elecciones nacionales de ese Estado (en las que se eligen las autoridades democráticas de tal Estado)—, aunque a los efectos prácticos terminen siéndolo (46).

De tal modo podemos ver que a la par de las ciudadanía europea y nacional y por su intermedio, se va creando una especie de “ciudadanía municipal”, difiriendo las tres en sus implicancias. Por lo pronto debe apreciarse que el nacional es ciudadano comunitario, pero este no necesariamente es nacional y que el comunitario vota en las elecciones municipales y comunitarias, pero no en las nacionales del país en que reside, pese a que puede ser representante de su pueblo o ciudadanía (47) ante las instituciones comunitarias; mientras que el municipal que es nacional vota en los tres ámbitos: municipal, nacional y comunitario, pero si no es nacional sólo en dos: municipal y comunitario. Salta a la vista que se va diagramando una suerte de niveles de ciudadanía o ciudadanía estratificada, lo que en sí no es extraño dentro de un Estado multinivel, o sea, con varios centros de poder en su interior, pero que también trasluce que no existe un criterio uniforme para atribuir la calidad de ciudadano y el alcance de tal condición (48).

Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”. Puede apreciarse la similitud de ambas redacciones.

(45) DO L 368, del 31 de diciembre de 1994.

(46) Esto ocurriría, por caso, con un ciudadano británico que viva en España. Podría elegir y ser electo en las municipales, no así para las Cortes (parlamento) y sí representar al pueblo español ante el Parlamento Europeo.

(47) Conforme el TUE-TL, art. 14.2, primera parte: “El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión...”, y una redacción similar presenta el art. 10.2 de la misma norma: “Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo”, resultando claro que será la voz de los ciudadanos del Espacio Integrado Unión Europea.

(48) Resulta muy ilustrativa la forma de graficar los niveles de ciudadanía que GOMES CANO-TILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 426, aprecia en Portugal: “cuatro ‘círculos subjetivos’ pueden ser detectados de las normas consagrado-

El panorama puede seguir complicándose con la carta de derechos regional, el CPDHLF, que a través de su artículo 16 permite disminuir los derechos de los extranjeros respecto de los nacionales al postular que *“Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”* (49), pese a que el incluido artículo 14 prohíba hacer distinciones por razones de origen nacional (50); lo mismo que el artículo 21 de la CDFUE (51), en consonancia con el artículo 18 del TFUE-TL (52).

Esto último, podría interpretarse —como lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto al PIDCyP a nivel universal de control— (53), en

ras de derechos fundamentales. El primero, el de la **ciudadanía portuguesa**, formado por todos los derechos fundamentales exclusivamente pertenecientes a los ciudadanos portugueses: los derechos políticos y el ejercicio de las funciones públicas que no tengan carácter técnico [...] la segunda, el de la **ciudadanía europea**, formado por los derechos de los ciudadanos portugueses que deben ser extendidos a los ciudadanos extranjeros residentes en Portugal y que sean nacionales de la Unión Europea. Un tercer círculo, el de la **ciudadanía de la CPLP** constituido por los derechos que pertenecen a los ciudadanos portugueses y que pueden ser extendidos a los ciudadanos de países de lengua portuguesa. [...] El último círculo, el de la **ciudadanía de todos**, constituido por los ‘derechos de todos’ extendidos a extranjeros y apátridas” (traducción propia, el destacado en el original. Aclaración: CPLP refiere a los “ciudadanos de países de lengua portuguesa”). En la misma obra, no obstante, observa que la igualdad es el principio que debe primar en lo atinente a derechos fundamentales: “Uno de los principios estructurantes del régimen general de los derechos fundamentales es el principio de igualdad. La igualdad es, desde luego, la igualdad formal, ‘igualdad jurídica’, ‘igualdad liberal’ estrictamente postulada por el constitucionalismo liberal: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Por eso se considera que la igualdad es un presupuesto para la uniformidad del régimen de las libertades individuales a favor de todos los sujetos de un ordenamiento jurídico” (p. 417).

(49) Restricciones a la actividad política de los extranjeros. Los artículos 10, 11 y 14 se refieren a Libertad de expresión, Libertad de reunión y asociación y Prohibición de discriminación, cada uno.

(50) CPDHLF; art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Su redacción, puede apreciarse, es muy similar a la del artículo 2.1 del PIDCyP.

(51) CDFUE, art. 21: “No discriminación. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”. La redacción, se aprecia, es conteste con la de los artículos 2.1 del PIDCyP y 14 del CEDH.

(52) TFUE-TL, art. 18: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

(53) La Consideración General Nº 25 “El derecho a la participación en los asuntos públicos, al voto y a igual acceso a la función pública (Artículo 25)” del 12 de julio de 1996 estimó que “En toda situación en la que se haya establecido la participación directa, no puede hacerse distinción alguna entre los ciudadanos en lo atinente a su participación conforme lo dispuesto en el mencionado artículo 2.1, ni ninguna restricción irrazonable puede ser impuesta” (parágrafo 6), que “No se admiten distinciones entre los ciudadanos basadas en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (parágrafo 3), que “La conducción de los asuntos públicos mencionada en el inciso a) es un

el sentido de que el “origen nacional” no debe ser tenido en cuenta entre nacionales aunque la forma de adquisición de tal nacionalidad difiera, es decir, el caso típico de ser “nativo” o “naturalizado”, lo cual no podría arrojar diferencias en cuanto al trato ni a la extensión o goce de derechos, entre ellos los políticos y la posibilidad de ser ciudadano pleno de un Estado Integrado.

No obstante esta posibilidad interpretativa, el Protocolo Adicional N° 1 (PA1) (54) del CPDHLE, en su artículo 3 (55) al señalar la necesidad de que en los Estados parte se celebren elecciones “*en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo*” introduce un nuevo elemento al cual prestar atención: el pueblo; que puede modificar las posibles limitaciones que el propio CEDH permite efectuar respecto a los derechos políticos de los extranjeros. El punto está en dilucidar cómo se compone “el pueblo”, vale decir, si se limita a los “ciudadanos” (nacionales o comunitarios con derecho a voto) o si es sinónimo de población y se refiere (e incluye) a todos los habitantes, prescindiendo de su nacionalidad, “comunitariedad” o extranjería.

Lo concreto, más allá de las posibles interpretaciones, es que las normas de la DUDH, el PIDCyP, la CDFUE, el CPDHLE y el PA1 no son contestes en cuanto al titular de los derechos derivados de la ciudadanía, ni menos en quién puede ser considerado ciudadano. Tampoco en quién los otorga y define la ciudadanía.

Lo único claro es que ya no son potestades exclusivas del Estado Integrado, pero aun así a éste se le brinda un margen considerable para determinarlas.

Repasando todas las normas antedichas en torno a los derechos al voto y a ser candidato, y al ámbito en que se pueden ejercer, se crea este posible esquema:

Destinatario	Norma reguladora	Ámbito de aplicación
Toda persona.	DUDH. PA1.	Sin distinción
Nacionales.	PIDCyP. CPDHLE.	Todas las autoridades del Estado Integrado con independencia de su división política interna. Autoridades electivas del Espacio Integrado, en tanto son electas por el pueblo de un Estado Integrado y para su representación.

concepto amplio relativo al ejercicio de los poderes políticos, en particular de las funciones legislativa, ejecutiva y administrativa” (parágrafo 5), y en este último recalco la extensión del concepto que “Comprende todos los aspectos de la administración pública y la formulación e implementación de políticas en los niveles internacional, nacional, regional y local”. Cfr. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument> (traducción propia).

(54) Consejo de Europa, firmado en París, Francia, el 20 de marzo de 1952, en adelante PA1.

(55) PA1, art. 3: “*Elecciones Libres*. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

Destinatario	Norma reguladora	Ámbito de aplicación
Nacionales, comunitarios y extranjeros bilaterales (bajo reciprocidad).	CDFUE. TL (TUE-TFUE) LOREG y CC.	Autoridades municipales del Estado Integrado (todos). Parlamentarios del Espacio Integrado, (excepto los extracomunitarios). Restantes autoridades del Estado Integrado (sólo los nacionales).

Podemos ver que las normas de carácter universal y regional, si bien presentan varias coincidencias, tienen matices que las acercan o distancian entre sí y de las comunitarias en cuanto al ámbito de aplicación y al destinatario de la norma, pues entre el PIDCyP y el CEDH ceñirían los derechos políticos a los nacionales, mientras la DUDH y el PA1 *no* los restringirían a los nacionales, confiriéndolos aun a comunitarios y extranjeros. Las cuatro normas lo harían posible para *todas* las autoridades del Estado de residencia y *para* las autoridades electivas del Espacio Integrado. Por su parte, las normas comunitarias —la CDFUE y el TFUE-TL— lo permitirían únicamente para cargos municipales y comunitarios electivos, y las bilaterales sólo a los extranjeros y *dentro* del ámbito municipal.

Ante ello es importante ver el llamado de atención producido por la DUDH, el PA1 y los tratados bilaterales sobre derechos políticos a residentes extranjeros en España en condiciones de reciprocidad con el Estado que acoja a un español como extranjero con derechos políticos (56) y notar que la nacionalidad no sería el criterio de deslinde y de atribución de derechos en esta materia.

Las tres normas marcan la existencia de disparidad de criterios y hasta de desigualdad en la extensión de estos derechos a personas que se encuentren en igual situación. La más clara se da entre extranjeros —a quienes podemos definir como “no españoles extracomunitarios”—, pues habría algunos que tendrían derecho a voto en las elecciones municipales —los de los tratados bilaterales— mientras que el resto carecería de este derecho. Así y todo no debemos dejar de observar que tanto comunitarios como extranjeros son no nacionales (o no españoles) con lo cual habría una relación de diferencia de trato entre los no nacionales, que se sumaría a la ya señalada entre extranjeros, y encuadraría en la prohibición de hacer excepciones en razón del “origen nacional”, pues habría no nacionales con (57) y sin (58) capacidad política.

Otra cuestión es la concerniente al alcance territorial o institucional —en definitiva jurisdiccional— del derecho a voto. La disposición de la DUDH permitiría entender que refiere a cualquier elección relativa a la constitución de las autoridades de un país. Lo mismo devendría de la PA1. Por cierto, la primera habla de

(56) La primera norma es más abarcativa incluye a *toda persona* y refiere a la voluntad del *pueblo* como criterio de legitimidad. La segunda amplía el marco referencial al *pueblo* y se acerca a la DUDH. Los últimos directamente rompen con el criterio de nacionalidad española como elemento diferenciador y definitorio en esta materia y contemplan a los *extranjeros residentes*.

(57) Los comunitarios y los bilaterales bajo reciprocidad.

(58) Los residentes de *cuartos* Estados (no miembros de la UE ni de convenios bilaterales).

“gobierno de su país” y la segunda de “elección del cuerpo legislativo” en ambos casos sin precisar si ello requiere la “nacionalidad” o la “residencia” del votante o candidato en ese país ni tampoco si concierne a autoridades internas (nacionales o estatales de cualquier nivel) o a autoridades externas (supranacionales o supraestatales) suyas, pero propias de *su* ordenamiento jurídico.

Y estas imprecisiones dejan un margen de apreciación para los operadores jurídicos (legisladores, gobiernos, jueces, juristas, en suma, los intérpretes del derecho vigente en un Estado Integrado) y otro —o el mismo— de incertidumbre para sus habitantes (incluidos los operadores jurídicos) en cuanto a la efectiva titularidad, extensión y posibilidad de ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico del Estado Integrado —en este caso España— les otorga o reconoce.

Una posible interpretación podría ser que sendos artículos expresen que el derecho a votar y a ser votado se otorgaría para todas las elecciones que tengan lugar en el Estado Integrado —no importando su nivel interno ni que se trate de elecciones estrictamente nacionales o bien para organismos supranacionales— e incluyera tanto a nacionales y a no nacionales (sean estos comunitarios o extranjeros). De ser así coincidiría con el impedimento de hacer distinciones por motivos de origen nacional por el que dichas normas internacionales bregan, si este origen se entendiera por “lugar de procedencia” del no nativo residente en territorio estatal y no por origen de la “nacionalidad estatal” de tal residente. En este último caso es notorio que más allá de si se trata de un ciudadano nativo o naturalizado estaríamos ante nacionales y éstos, vimos, tienen derecho a voto y a candidatearse en cualquier elección que ocurra dentro del país. El punto está en saber si dentro de un Estado Integrado es posible hacer alguna clase de distinción entre los requisitos que deben reunir electores y candidatos para una elección de autoridades internas o supranacionales. O lo que es parecido: cuál es la ciudadanía del Estado Integrado. Es decir, si ésta es única o difiere en su conformación dependiendo del tipo de elección que se vaya a desarrollar en el país.

De lo hasta ahora expuesto tomando como referencia el caso español podemos apreciar cómo en un sentido las normas comunitarias inciden sobre la geografía del Estado Integrado imponiéndole que no nacionales voten o sean candidatos en las elecciones municipales, pero impidiéndoles que lo hagan en otros niveles internos, aunque tal posibilidad se las darían la DUDH y el PAI, y también cómo en sentido inverso estas últimas repercuten en el Espacio Integrado pues permitirían a cualquier persona aun extracomunitaria (extranjera sin más) votar o ser votada en las elecciones europeas que supuestamente son exclusivas para los ciudadanos europeos, pero cuya determinación por propia decisión comunitaria queda en manos de cada Estado Integrado que compone el Espacio Integrado.

En este sentido es oportuno observar que la Ley Orgánica 13/1994 (59) modificó el Régimen Electoral General, disponiendo que “1. Sin perjuicio de lo dis-

(59) Aprobada el 30 de marzo de 1994 (BOE-A-1994-7420) y publicada en el BOE N° 77 del 31/03/1994, pp. 10256-10256.

puesto en el capítulo I del Título I de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen. 2. Nadie podrá votar más de una vez en las mismas elecciones. 3. Para que un ciudadano, no español, de la Unión Europea pueda ejercer el derecho de sufragio activo en España, deberá haber optado previamente en tal sentido” (60) y que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo I del Título I de esta Ley, son elegibles en las elecciones al Parlamento Europeo todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2. del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. b) Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles y sean titulares del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen. 2. Son inelegibles para el Parlamento Europeo los comprendidos en el artículo 154.1 y 2 de la presente Ley. No obstante, lo previsto en el artículo 154.1 sólo será aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea con derecho de sufragio pasivo, cuando el ejercicio de las funciones o cargos a que se refiere el citado artículo constituya causa de inelegibilidad en el Estado miembro de origen” (61). La lectura trasluce que se establece una suerte de sistema de doble requisito que somete el ejercicio de los derechos políticos del no nacional comunitario a un doble filtro: estar a la ley nacional suya y a la ley del país de residencia (62). Ello, es evidente, trastoca la pretendida igualdad de derechos entre nacionales y comunitarios que el propio ordenamiento jurídico del Reino predica, y que también enuncia la normativa comunitaria relativa a derechos ciudadanos (63).

Podemos ver además que ello rompe con la pretendida igualdad entre los ciudadanos comunitarios quienes pueden ver afectados sus derechos políticos a las determinaciones que cada uno de los Estados Integrados miembros del Espacio Integrado, en el ejemplo Unión Europea, realice.

Pese al quebrantamiento señalado, acá podemos apreciar el punto de contacto de todo el proceso: el Estado Integrado; pues sólo en él pueden verificarse las situaciones de que dimos cuenta.

Ahora bien, no podemos dejar de advertir que si le corresponde al Estado Integrado definir quién es ciudadano suyo, y por derivación y a su través quién va a ser tenido como ciudadano comunitario, esta determinación va a tener que

(60) LOREG, art. 210.

(61) LOREG, art. 210 bis.

(62) Lo mismo ocurre respecto a las elecciones municipales LOREG art. 167, punto 1, inciso c), ya lo vimos.

(63) Cfr. MANGAS MARTÍN. A. y LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010; en especial el capítulo 6, donde se brinda una explicación del Estatuto de Ciudadanía que consagran tanto el Tratado de Lisboa como la Carta de Niza.

hacerse mediante la articulación de todas las normas que convergen en el Estado Integrado, sin importar la órbita (o nivel) en el que tenga lugar la elección, y que ello inevitablemente va a incidir sobre todo el Espacio Integrado.

Esto es importante señalarlo por las consecuencias que puede acarrear en dos aspectos: 1) sobre la institucionalidad y los derechos y obligaciones derivados del Espacio Integrado, y 2) respecto a la responsabilidad internacional del Estado Integrado, que es lo que subyace en el trasfondo de la convergencia normativa. En efecto, es sobre éste donde coexisten múltiples normas y no únicamente las dictadas por él, como sí ocurre aparentemente en un Espacio Integrado, cuyas autoridades tendrían la potestad para dictar las normas de alcance general sobre las materias propias de su competencia sin ser incididas por otras, sean normas nacionales o internacionales.

Y acá no puede escapársenos lo siguiente: 1) para el Espacio Integrado esto puede suponer un quebrantamiento de su pretendida unidad, y 2) para cada Estado Integrado puede significar colocarlos ante una situación contradictoria en la cual por cumplir con todas las normas que componen su ordenamiento jurídico contraríen las normas del Espacio Integrado —por caso, extendiendo derechos políticos a extracomunitarios o impidiéndolo a los comunitarios residentes en su país para las elecciones de autoridades comunitarias (64)— o contraríen normas internacionales, fundamentalmente de DIDH, por cumplir con las del Espacio Integrado —por ejemplo, no extendiendo derechos políticos a extracomunitarios para las elecciones comunitarias o impidiendo estos derechos a nacionales suyos bajo el amparo del derecho comunitario— (65). Lo único cierto en esto es que en cualquiera de las dos situaciones el Estado Integrado sería pasible de responsabilidad por algún incumplimiento, pero precisamente por cumplir (66).

Todo esto, y nada más retomando el ejemplo español, muestra la multiplicidad de situaciones que pueden plantearse entre los ciudadanos comunitarios ya que bien podría ocurrir que algunos cumplan con ambas legislaciones, otros con las de su país de origen o sólo con la del de residencia, o directamente con

(64) Esto último acontecería si, en el caso bajo análisis, los comunitarios cumplieran con la normativa electoral del país de residencia (España) pero no con la del que son nacional y no se trasladaran a éste para votar o no se candidatearan en él.

(65) Esto se daría si al momento de incorporarse al Espacio Integrado el Estado Integrado dispusiera que en algún territorio suyo no se aplicará plenamente el derecho comunitario o se lo hará gradualmente. Ya lo veremos.

(66) Refiriéndose a la globalización BERNAL PULIDO, C., "Globalización y derechos fundamentales de los inmigrantes", en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J. M., op. cit., pp. 43-72, hace una reflexión similar: "En este nuevo panorama, entonces, el Estado deja de ser de facto el principal referente de la comunidad política, aquél que con su acción fundamental en el ejercicio democrático puede garantizar al individuo un mínimo vital y proporcionarle los medios indispensables para el ejercicio de su libertad. Su posición como destinatario de los derechos fundamentales prestacionales y de participación política, se vuelve enteramente formal, se asemeja a un convidado de piedra que permanece inmóvil ante los efectos de las políticas globales que proyectan sobre su población. Los deberes de acción que le imponen los derechos fundamentales terminan cediendo ante los deberes de abstención que le impone la globalización". (p. 62). Como podemos ver en el fenómeno de la integración regional esta última consecuencia es más profunda.

ninguna. Los derechos políticos existirían únicamente en el primer caso, y en el segundo caso se plantearía una seria desigualdad en torno a la calidad de elector o elegible entre comunitarios. Por cierto, los comunitarios nacionales estarían en condiciones de disfrutar de estos derechos mientras que los comunitarios no nacionales no.

Esta discrepancia entre normas comunitarias y nacionales, nacionales e internacionales, internacionales y comunitarias, todas entre sí, y mismo entre las propias de un ordenamiento jurídico, de no resolverse generaría un círculo vicioso en el cual sería necesario un incumplimiento para evitar otro. Pero, en fin, un incumplimiento que en algún ámbito generaría responsabilidad internacional del Estado Integrado, bien con su ordenamiento jurídico o el internacional, bien con su ordenamiento jurídico o el comunitario, en definitiva una discordancia o un incumplimiento en el plano comunitario o internacional que confrontarían, y siempre con su ordenamiento jurídico compuesto por ambas clases de normas más las internas propiamente dichas. Nótese que estamos hablando de un incumplimiento con *su* ordenamiento jurídico.

Y acá conviene hacer una aclaración, innecesaria tal vez porque sobrevuela todo este texto, pero pertinente: el ordenamiento jurídico de un Estado Integrado se compone por normas constitucionales, internacionales y comunitarias, más las legislaciones constitucional y comunitaria derivadas, siendo todas ellas normas internas del Estado Integrado, sólo que de diferentes orígenes o como suele decirse, fuentes normativas; o si se quiere y se nos permite: surgidas de diversos autores o redactores —constituyente, internacional, comunitario y ordinarios (constituidos) nacional y comunitario—, pero aplicables, exigibles y convivientes *en* el Estado Integrado.

Es lo que tratamos de ver respecto a España y que ahora procuraremos con el Reino Unido.

b. El sistema británico

El Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte regula lo concerniente a “nacionalidad” y “derechos electorales” en las siguientes normas internas: *British Nationality Act* (67) de 1981 (BNA), *Representation of the People Act* (68) de 1983 (RPA), *Electoral Administration Act* (69) de 2006 (EAA), *European Parliament Elections Act* (70) de 2002 (EPEA), *European Parliament Representation Act* (71) de 2003 (EPRA), y *Local Government Act* de 1972 (72) (LGA). Las mismas reflejan los compromisos internacionales y comunitarios asumidos por

(67) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/contents>; del 30 de octubre de 1981.

(68) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/2/contents>; del 8 de febrero de 1983.

(69) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/22/contents>; del 11 de Julio de 2006.

(70) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/24/contents>; del 24 de Julio de 2002.

(71) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/7/contents>; del 8 de Mayo de 2003.

(72) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/70/contents>; del 26 de Octubre de 1972.

el Reino Unido, que son coincidentes con los firmados por el Reino de España (73).

Conforme la BNA (74) la ciudadanía británica se adquiere bien por nacimiento en el territorio del Reino Unido o de un territorio caracterizado, siempre que al momento del nacimiento o de la inscripción de la adquisición el padre o la madre a) sean ciudadanos británicos, o b) residan en el Reino Unido o en algún territorio caracterizado (75); bien porque el nacimiento sea fuera del territorio del Reino Unido o uno de los territorios caracterizados, siempre que el padre o la madre tengan ascendencia en un ciudadano británico (76).

De acuerdo con la RPA para las elecciones al Parlamento británico tienen derecho a voto quienes al día de la elección estén inscritos en el registro electoral, no se encuentren inhabilitados para ello, sean ciudadanos de la Commonwealth (77) o ciudadanos irlandeses y tengan 18 años o más (78), mientras que para las elecciones locales (municipales) pueden serlo también los ciudadanos comunitarios (79).

(73) No obstante corresponde hacer una aclaración: por el Protocolo (nº 30) “Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido”, al Tratado de Lisboa, el Reino Unido y Polonia obtuvieron el beneficio de cumplir con las disposiciones de la Carta de Niza “en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido” (art. 2) y de que ni el TJUE ni los órganos jurisdiccionales británicos o polacos serán competentes para entender que las políticas estatales “sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma” la CDFUE (art. 1.2) “salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional” (art. 1.2). Esta circunstancia es la que nos hace pensar que esta carta de derechos es un IISDH particular dado su alcance y carácter comunitario y no una norma comunitaria, pues de lo contrario ni el Reino Unido ni Polonia podrían haber formulado esta clase de reservas. Más allá de lo indicado, y como ya dijéramos, la CDFUE recopila en un documento dogmático principios y derechos contenidos en los tratados constitutivos de la UE y en su derecho derivado.

(74) *Part I British Citizenship Acquisition after commencement*. En esta sección se establecen los supuestos en que adquiere la ciudadanía británica; más allá de los principales, existen varios otros por razones de prestación de servicio a favor del Reino Unido (fuerzas armadas, diplomacia, etc.).

(75) BNA, art. 1º. “Acquisition by birth or adoption. (1) *A person born in the United Kingdom after commencement, or in a qualifying territory on or after the appointed day, shall be a British citizen if at the time of the birth his father or mother is— (a) a British citizen; or b) settled in the United Kingdom or that territory*”. Reglas similares se siguen para los casos de adopción de menores abandonados en el territorio del Reino Unido o uno de sus territorios caracterizados (BNA parte 1, subsección 2).

(76) BNA, art. 2º. “Acquisition by descent. (1) *A person born outside the United Kingdom and the qualifying territories after commencement shall be a British citizen if at the time of the birth his father or mother— (a) is a British citizen otherwise than by descent [...]*”.

(77) La Commonwealth es una asociación de 53 Estados independientes que se asesoran y cooperan sobre los intereses comunes de sus pueblos y en la promoción del entendimiento internacional. Entre sus miembros sólo tres Estados pertenecen a la UE: el Reino Unido, Malta y Chipre. <http://www.thecommonwealth.org/>.

(78) RPA, art. 1º. “Parliamentary electors. (1) *A person is entitled to vote as an elector at a parliamentary election in any constituency if on the date of the poll he— (a) is registered in the register of parliamentary electors for that constituency; (b) is not subject to any legal incapacity to vote (age apart); c) is either a Commonwealth citizen or a citizen of the Republic of Ireland; and (d) is of voting age (that is, 18 years or over) (...)*”.

(79) RPA, art. 2º. “Local government electors. (1) *A person is entitled to vote as an elector at a local government election in any electoral area if on the date of the poll he— (a) is registered in the register of local government electors for that area; (b) is not subject to any legal incapacity to vote (age*

Asimismo, la EAA dispone que pueden ser candidatos al Parlamento quienes tengan al menos 18 años (80), sean británicos o ciudadanos de la Commonwealth o irlandeses (81).

En tanto que la EPEA expresa que pueden votar para el Parlamento Europeo quienes tengan derecho a votar para el Parlamento británico más quienes puedan hacerlo en virtud de una prescripción comunitaria (82), y que pueden ser candidatos al Parlamento Europeo quienes pueden ser miembros del Parlamento británico y también los ciudadanos europeos residentes en el Reino Unido (83).

En cuanto a las elecciones locales (municipales) la LGA especifica que puede ser candidato quien tenga al menos 18 años y esté habilitado para ser miembro del Parlamento británico, esto es, que sea ciudadano británico, irlandés, de la Commonwealth o comunitario (84).

Finalmente la EPRA delimita las secciones electorales del Reino Unido para las elecciones al Parlamento Europeo, destacando que Gibraltar será una sección combinada de Inglaterra y Gales (85).

apart); (c) is a Commonwealth citizen, a citizen of the Republic of Ireland or a relevant citizen of the Union; and (d) is of voting age (that is, 18 years or over) [...].

(80) EAA, art. 17: “Minimum age. (1) *A person is disqualified for membership of the House of Commons if, on the day on which he is nominated as a candidate, he has not attained the age of 18 (...).*”

(81) EAA, art. 18: “Certain Commonwealth citizens (1) *In section 3 of the Act of Settlement (1700 c. 2), the words from “That after the said limitation shall take effect” to “in trust for him” (which impose certain disqualifications) do not apply (so far as they relate to membership of the House of Commons) to a person who is— (a) a qualifying Commonwealth citizen, or (b) a citizen of the Republic of Ireland.*”

(82) EPEA, art. 18: “Persons entitled to vote (1) *A person is entitled to vote as an elector at an election to the European Parliament in an electoral region if he is within any of subsections (2) to (5). (...) (5) A person is within this subsection if he is entitled to vote in the electoral region by virtue of the European Parliamentary Elections (Franchise of Relevant Citizens of the Union) Regulations 2001 (S.I. 2001/1184) (citizens of the European Union other than Commonwealth and Republic of Ireland citizens) [...].*”

(83) EPEA, art. 10: “Disqualification (1) *A person is disqualified for the office of MEP if— (a) he is disqualified for membership of the House of Commons, or (...) (3) A citizen of the European Union who is resident in the United Kingdom is not disqualified for the office of MEP under subsection (1) (a) merely because he is disqualified for membership of the House of Commons under section 3 of the Act of Settlement (12&13 Will 3 c.2.) (disqualification of persons, other than Commonwealth and Republic of Ireland citizens, who are born outside Great Britain and Ireland and the dominions) [...].*”

(84) LGA, art. 79: “Qualifications for election and holding office as member of local authority. (1) *A person shall, unless disqualified by virtue of this Act or any other enactment, be qualified to be elected and to be a member of a local authority [...] if he is a qualifying Commonwealth citizen or a citizen of the Republic of Ireland or a relevant citizen of the Union and on the relevant day he has attained the age of eighteen years and— (a) on that day he is and thereafter he continues to be a local government elector for the area of the authority; or [...] (2A) In this section the expression ‘citizen of the Union’ shall be construed in accordance with Article 8.1 of the Treaty establishing the European Community M11 (as amended by Title II of the Treaty on European Union M12), and “relevant citizen of the Union” means such a citizen who is not a [qualifying] Commonwealth citizen or a citizen of the Republic of Ireland. [...] (2B) For the purposes of this section, a person is a qualifying Commonwealth citizen if he is a Commonwealth citizen who either— (a) is not a person who requires leave under the Immigration Act 1971 to enter or remain in the United Kingdom [...].*”

(85) EPRA, art. 1º: “Number of MEPs and electoral regions (1) *There shall be 87 members of the European Parliament (“MEPs”) elected for the United Kingdom [...].*”; artículo 9: “Combination of

Este conglomerado de normas es bastante claro y nos permite observar que para ambos parlamentos (británico y europeo) la legislación interna del Reino Unido faculta a ciudadanos de la Commonwealth (que no necesariamente son británicos ni tampoco europeos) a integrar el cuerpo electoral (derecho político activo, como votantes) y sendos cuerpos legislativos (derecho político pasivo, como candidatos). Es por demás claro que salvo los británicos, los demás ciudadanos de la Commonwealth son extranjeros respecto al Reino Unido y que a excepción de los chipriotas y los malteses también extracomunitarios respecto a la UE.

Pasando en limpio podemos diagramar el siguiente cuadro de posibilidades:

Destinatario	Norma reguladora	Ámbito de aplicación
Toda persona.	DUDH. PAI.	Sin distinción.
Nacionales y ciudadanos según el Estado: ciudadanos de un país de la Commonwealth y extranjeros caracterizados, ciudadanos de la República de Irlanda.	PIDCyP. CPDHLEF (CEDH). EPRA. RPA. EAA.	Todas las autoridades del Estado Integrado con independencia de su división política interna. Autoridades electivas del Espacio Integrado, en tanto son electas por el pueblo de un Estado Integrado y para su representación.
Comunitarios.	CDFUE. TL (TUE- TFUE) LGA. EPEA. EPRA.	Autoridades municipales del Estado Integrado. Parlamentarios del Espacio Integrado.

Como observáramos respecto a España las combinaciones son múltiples y similares en algunos aspectos sobre todo en lo que hace al alcance de cada una de las normas en cuanto a jurisdicción y destinatarios. Pero podemos ver también que en el caso del Reino Unido los derechos políticos tanto en lo referente al Espacio Integrado como al Estado Integrado se ven extendidos a ciertos extracomunitarios privilegiados.

Esto nos pone de manifiesto otra de las consecuencias posibles que puede existir en este nuevo fenómeno de la integración regional y los Estados Integrados: que las legislaciones no coincidan, pese a formar parte de un mismo y único Espacio Integrado, en aspectos que hacen a la propia institucionalidad de éste: CDFUE y TL (TUE-TFUE).

Gibraltar with existing electoral region "Gibraltar is to be combined with an existing electoral region in England and Wales to form a new electoral region ("the combined region") for the purposes of European Parliamentary elections taking place after 1st April 2004".

Y también algo más: que la regulación que hacen los ordenamientos jurídicos español y británico no coinciden en el modo de interpretar las normas comunes de origen internacional: DUDH, PIDCyP, CEDH y PA1.

c. Comparación entre los sistemas español y británico

Al comparar ambos ordenamientos podemos apreciar que el británico concede derechos políticos amplios en su espacio interno a nacionales, a ciudadanos de la Commonwealth y a irlandeses, mientras que el español sólo a los nacionales y a ciertos extranjeros pero limitándolos al espacio municipal. También podemos ver que el Reino Unido amplía los destinatarios de los derechos políticos en el espacio europeo a los ciudadanos de la Commonwealth, en tanto que España los ciñe a la normativa comunitaria, pero llega a ser más restrictiva, al punto de anularla al establecer el comentado doble filtro (86).

Esta disparidad muestra que la legislación nacional puede incidir en la conformación institucional de un Espacio Integrado, y que en este claramente no hay una uniformidad normativa para regir las elecciones comunitarias ni las calidades de elector o candidato europeos. Y algo más: que la legislación interna de un Estado Integrado puede privar derechos que se otorgan desde el Espacio Integrado a todos los ciudadanos comunitarios para ser reconocidos y disfrutados en todo el espacio común y, desde luego, dentro de cada Estado Integrado que lo forma (87).

Y al seguir escarbando en esta multiplicidad normativa y deshilando sus posibles efectos podemos ver la emergencia de algo en apariencia oculto: que el derecho interno de un Estado Integrado incide sobre el derecho interno de los demás Estados Integrados (88). Y esto sí, hay que tenerlo en cuenta. Lo mismo lo ya apuntado respecto a que los Estados Integrados pueden llegar a violentar las regulaciones de algún ámbito para cumplir con las de otro, y que cumplir —extrañamente— puede convertirse en un factor generador de responsabilidad

(86) A favor del legislador español puede decirse que el doble requisito lo permite el derecho derivado comunitario; aún así, no debe soslayarse que el Estado Integrado podría propiciar una solución más beneficiosa para el destinatario de la norma, sin violentar la norma comunitaria. Tal es lo que hace el legislador británico.

(87) El comentado caso de la legislación española que se ajusta al doble filtro.

(88) Para seguir con la interrelación británico-española podría darse el caso, por ahora hipotético, pero para nada imposible, de que un ciudadano de la Commonwealth (no maltés ni chipriota) residente en el Reino Unido se desplace a España donde se termina instalando por casarse con una ciudadana española (o comunitaria residente en la península). Conforme la ley británica si permaneciera en territorio insular podría votar o ser candidato en las elecciones municipales y al PE y su esposa española o comunitaria también podría hacerlo; en cambio al trasladarse a la península, según la ley española sería un extracomunitario y no estaría habilitado para votar ni candidatearse al PE ni en las elecciones municipales. Ahora bien, este súbdito británico, beneficiado en su desplazamiento y asentamiento por las normas comunitarias ¿no podría alegar esta condición y circunstancia ante el Reino de España y solicitar votar o ser votado en este territorio al PE o a cargos municipales? De ser admitida, un súbdito británico pero extracomunitario estaría votando o candidateándose en territorio español, por una interpretación extensiva de los beneficios que otorga la condición de ciudadano europeo, para quien lo sería en territorio inglés por las leyes locales, pero no en territorio español por las leyes locales.

internacional, comunitaria o constitucional para el Estado Integrado. Y esto sí que produce escozor. Para evitarlo, en breve trataremos de esbozar soluciones, y en lo posible encontrar alguna. En el trasfondo flota la gran pregunta: ¿cómo circulan y se articulan las normas de diferentes orígenes existentes en un Estado Integrado?

2. Gibraltar: Punto de contacto y conflicto. Ejemplo práctico de multi-normatividad

Antes, sin embargo, es conveniente reparar en lo acontecido en un enclave bajo jurisdicción del Reino Unido reclamado por el Reino de España, pero, con independencia de esta cuestión geopolítica, integrante de la Unión Europea: Gibraltar (89).

En este territorio pasan cosas realmente raras, pero jurídicamente posibles, aunque se muestran en apariencia contradictorias, y que teóricamente entrevimos: los ciudadanos de nacionalidad del país y comunitarios pueden verse privados del derecho a voto o a ser candidatos al Parlamento Europeo, en tanto que extracomunitarios pueden ser tenidos por ciudadanos europeos y votar o ser elegidos como parlamentarios europeos.

Tal es lo que ocurrió en los casos *Matthews vs. The United Kingdom* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (90) (TEDH) el 18 de febrero de 1999, (Application N° 24833/94), y *Reino de España contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (91) (TJUE) el 12 de septiembre de 2006 (Asunto C-145/04); que explicitan la controversia jurídica, la tensión multinivel y las argumentaciones disímiles que se pueden sostener.

a. Caso “*Matthews vs. Reino Unido*”

Por ser parte de la UE por pertenecer al Reino Unido en Gibraltar resultarían aplicables las normativas de derechos que vimos anteriormente. Sin embargo hacia 1994 eso no ocurría. Para aquel entonces la Sra. Matthews, británica y residente en Gibraltar, solicitó registrarse para votar en las elecciones de ese año al Parlamento Europeo y no le fue permitido. El argumento esgrimido fue que conforme el Anexo II del “Acto relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo” (92) los derechos políticos eran sólo aplicables dentro del territorio del Reino Unido y no se extendían a quienes

(89) La situación de Gibraltar está considerada en el artículo 299.4 del Tratado de la Comunidad Europea, que contempla “a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro”. Originariamente formó parte de la corona española y tras el Tratado de Utrecht, Holanda, suscripto en 1713 para poner fin a la guerra de Sucesión española pasó a ser dominio británico.

(90) Órgano de control del sistema europeo de protección de los derechos humanos, creado por el Convenio de Roma del 4 de diciembre de 1950.

(91) Órgano jurisdiccional de la UE creado por el Tratado de París, Francia, del 18 de abril de 1951 que originó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), antecedente de la actual UE.

(92) Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom D.O. N° L 278 del 8 de agosto de 1976 pp. 1-4.

residieran en Gibraltar. La Sra. Matthews no lo entendió así, pues consideró que si bien esto era cierto, no lo era menos que el Reino Unido era parte del CEDH cuyo PA1 en su artículo 3 garantiza el derecho a voto, el cual debía observarse en Gibraltar. Como las elecciones se celebraron sin que la Sra. Matthews pudiera votar, ésta efectuó el reclamo ante el TEDH.

Ante este Tribunal el gobierno británico alegó que el PA1 no era aplicable a esta clase de elecciones —PE— y que en su defecto no existiría vulneración a un derecho de la Sra. Matthews. Para ello argumentó que el Acta de 1976 se celebró dentro del marco de la entonces Comunidad Europea (CE) y que el Reino Unido no podía modificarlo unilateralmente; esgrimió que los actos adoptados por tal Comunidad no pueden ser imputados a los Estados, sobre todo si tal normativa se refiere a la conformación de las instituciones de la CE; cuestionó que bajo esas circunstancias se pueda atribuir responsabilidad a los Estados; y subrayó que para que esto ocurra el Estado debería tener un efectivo poder de control sobre la decisión, lo cual no acontecía (93). Asimismo, aunque manifestó que no se daba en el presente caso, el Reino Unido no dejó de observar que podría haber circunstancias en las que un Estado parte podría tener que infringir sus obligaciones respecto al CEDH para cumplir con otras obligaciones incompatibles con dicho IISDH (94).

El TEDH, si bien admitió que los actos de la CE en cuanto tales no pueden ser atacados ante su jurisdicción por no ser el Espacio Integrado parte del CEDH, remarcó que los Estados parte sí lo son y que las transferencias de competencias hechas por éstos en favor del Espacio Integrado no hacen desaparecer la responsabilidad de los Estados (95). Por ello entendió que pese a que la violación al CEDH procedía de un acto de la Unión Europea, el Reino Unido había adherido al mismo y que ello lo hacía pasible de responsabilidad porque, a diferencia de la UE, el Reino Unido sí era responsable para asegurar que los derechos contenidos en el artículo 3 del PA1 no fueran teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (96), y que a estos efectos lo mismo daba que se tratara de un asunto doméstico (interno) o europeo, y que por lo tanto no importaba que se tratara de elecciones para parlamentarios locales o europeos (97). Y muy claramente recaló que la palabra “legislatura” del PA1 no se refiere exclusivamente al “parlamento nacional”, sino que debe interpretarse de acuerdo a la estructura constitucional de cada Estado (98), y que por tanto admitir que las elecciones al PE queden fuera de la esfera

(93) FJ 26.

(94) FJ 26: “(...) Whilst they accepted that there might be circumstances in which a Contracting Party might infringe its obligations under the Convention by entering into treaty obligations which were incompatible with the Convention, they considered that in the present case, which concerned texts adopted in the framework of the European Community, the position was not the same”.

(95) FJ 32.

(96) FJ 34.

(97) FJ 35.

(98) FJ 40. En la redacción del artículo no se habla de “legislatura” sino de “cuerpo legislativo”, que es un término más preciso, porque “legislatura” hace referencia tanto al edificio, como al órgano legislativo, y a su vez al conjunto de los parlamentarios, y a cada sucesiva composición del “cuerpo legislativo”. Este término, en cambio, alude al órgano legislativo.

del PA1 pondría en riesgo una efectiva política democrática (99), y siendo ello así no existe ninguna razón para justificar la omisión de convocar en Gibraltar a elecciones al PE (100). Finalmente recordó que el CEDH permite a los Estados demarcar el ámbito de aplicación de este IISDH pero que el Reino Unido nada dijo respecto a Gibraltar (101). En definitiva señaló que el PA1 se veía violentado no porque la Sra. Matthews no haya votado, sino porque no se celebraron elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar.

b. Caso “España vs. Reino Unido”

Nuevamente Gibraltar es escenario de discordias. En esta ocasión respecto a quiénes pueden votar en las elecciones al Parlamento Europeo y no a si en Gibraltar se vota al PE. Ocurrió lo siguiente: en el año 2003 el Parlamento británico sancionó la EPRA que estableció las modalidades y requisitos para votar en las elecciones al PE y dispuso que a tales fines Gibraltar forma parte de una circunscripción electoral de Inglaterra o Gales en la que pueden votar los residentes en Gibraltar que tengan 18 años, se inscriban en el registro electoral y sean ciudadanos de la Unión Europea o ciudadanos caracterizados de la Commonwealth. Ante el conocimiento de la norma España denunció la situación y pidió al TJUE que sancionara al Reino Unido por infringir la normativa comunitaria, la cual —a su juicio— concede derechos políticos a los ciudadanos de la UE en tanto nacionales de cada Estado miembro, y que tal relación no ocurriría con los ciudadanos caracterizados de la Commonwealth que a su vez no sean nacionales de un Estado miembro de la UE (102). Asimismo, manifestó que extender capacidad política a no comunitarios no se adecua con el derecho comunitario que no lo prevé ni en los tratados constitutivos ni en la legislación derivada (103); y advirtió que lo que distingue a la ciudadanía es su unidad que es lo que hace que todos los que gocen de este *status* tengan los mismos beneficios, ya que de no ser así y de aceptarse la tesis británica se produciría un desmembramiento de la noción ciudadanía (104).

El Reino Unido por su parte argumentó que si bien los Estados de la Commonwealth tienen la competencia para regular lo relativo a nacionalidad y ciudadanía estatales, ello no implica que sus ciudadanos dejen de ser “súbditos” británicos que es lo que permite que a personas que no tengan la nacionalidad del territorio de residencia se les concedan los mismos derechos que a los nacionales de tal lugar, y eso es lo que ocurre en Gibraltar (105); y observó que ninguna disposición comunitaria se opone a que un Estado miembro de la UE extienda

(99) FJ 43.

(100) FJ 44.

(101) FJ 56.

(102) FJ 38.

(103) FJ 39.

(104) FJ 44.

(105) FJ 49.

derechos electorales a nacionales de terceros Estados (106) y que por lo demás tampoco se desmembraría la ciudadanía de la Unión (107).

El TJUE al fallar en 2006 explica que la EPRA se dictó para dar cumplimiento a la sentencia *Matthews* del TEDH y no hizo más que extender a Gibraltar los derechos existentes en el Reino Unido (108); remarca que ni los tratados constitutivos ni el derecho derivado (el Acto de 1976) determinan en forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho a sufragio activo y pasivo en las elecciones al PE (109) y tampoco impiden que una persona que no tenga la condición de ciudadano de la Unión pueda ser elector o candidato. Y aclara que no necesariamente los ciudadanos de la Unión son los beneficiarios de los derechos comunitarios (110) ya que hay ciertos derechos que son concedidos a toda persona residente en el territorio de la UE con prescindencia de su nacionalidad (111), pues la *“vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a quienes se encuentran en la misma situación, obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico, dicha afirmación no tiene como consecuencia que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos de la Unión”* (112). Por lo demás para el Tribunal, el Reino Unido al incorporarse a la UE en 1972 había indicado a los demás Estados a quiénes consideraría ciudadanos y beneficiarios del derecho comunitario por su vínculo con el Reino Unido (113). Más allá de ello, salomónicamente, el TJUE advierte que el número de representantes elegidos por cada Estado miembro es fijo (114) y la extensión que hagan del derecho a voto dentro de sus fronteras sólo *“afecta a la identidad de los representantes elegidos en dicho Estado miembro y no tienen repercusión ni en la identidad ni en el número de los representantes elegidos por los demás Estados”* (115). Así el TJUE estimó que no hubo infracción alguna y que los residentes en Gibraltar aunque no sean nacionales comunitarios tienen derecho a ser electores y elegibles al PE (116).

3. Apartado sobre el Estatuto de Ciudadanía en la UE

En lo que llevamos desarrollado haciendo centro en los llamados derechos políticos y su estricta vinculación con la ciudadanía, entendida ésta como la capacidad para titularizar y ejercer tales derechos, pudimos ver que en el actual

(106) FJ 51.

(107) FJ 54.

(108) FJ 62.

(109) FJ 69.

(110) FJ 72.

(111) FJ 74.

(112) FJ 74.

(113) FJ 75.

(114) FJ 77.

(115) FJ 77.

(116) FJ 80.

modelo de Estado Integrado el *status* de ciudadanía, por estricta incidencia del derecho comunitario, se deslinda de la nacionalidad a nivel municipal y comunitario pero se mantiene unido a ella en lo atinente a los demás niveles, en especial el nacional, de los Estados Integrados en los cuales la titularidad y ejercicio de los derechos derivados de la ciudadanía se reserva a los nacionales, excluyendo a quien no lo sea.

Dejamos traslucir que esa modificación en los aspectos municipal y comunitario se debía a la libertad de circulación y movimiento dentro del ámbito territorial del Espacio Integrado que, sabemos, no es otro que el de la sumatoria de los territorios nacionales de cada Estado Integrado, según lo dispongan éstos (117). En fin, que lo que sustentó estos cambios fue la libre movilidad de las personas, que antecedió a la diagramación de un concepto de ciudadanía comunitaria. Lo que nos importa ahora es ver cuáles son los derechos que surgen de ésta para ver si ello modifica o no el concepto tradicional de “ciudadanía” y en su caso cuál debe ser su entendimiento en el novedoso Estado Integrado (118).

Bien, conforme el TFUE-TL son ciudadanos de la UE quienes tengan la nacionalidad de un Estado miembro (119) y, por su conducto, además de estar sujetos a las obligaciones de este Espacio Integrado “*Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro de que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua*” (120).

Esta enunciación nos muestra que la ciudadanía europea no se restringe al ejercicio de los derechos políticos sino que suma otros beneficios como los derechos a la protección diplomática por el Estado Integrado de residencia, a la libre circulación dentro del Espacio Integrado y a peticionar ante las autoridades del

(117) Con gran didáctica Díez-PICAZO, L.M., op. cit., p. 81 explica que un Espacio Integrado se compone de los territorios de los Estados según estos lo determinen: “el derecho comunitario se aplica en los Estados miembros; y la extensión territorial de éstos escapa a la capacidad normativa de la Unión Europea. Esto significa, en última instancia, que el territorio de la Unión Europea se define por remisión: será la suma de lo que, en cada momento, sean los territorios de los Estados miembros; y éstos, en cuanto sujetos de la comunidad internacional, podrán experimentar adquisiciones o pérdidas territoriales de conformidad con el derecho internacional”.

(118) Al respecto MANGAS MARTÍN, A., op. cit., p. 149, señala: “gozar de los beneficios de ciudadanía significa que un nacional de un Estado miembro no puede ser objeto de discriminación en el ejercicio de sus derechos ni por las autoridades públicas, ni por otros particulares en cualquier Estado miembro”.

(119) TFUE-TL, art. 20.1 “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

(120) TFUE-TL, art. 20.2.

Espacio Integrado, que se aproximan a los conocidos derechos civiles derivados de la nacionalidad o de la residencia en un país sin ser nacional. Esto es necesario tenerlo en cuenta.

Por lo demás cabe señalar que estos derechos se encuentran regulados por las Directivas 2004/38/CE (121) y 95/55/CE (122), que procurando no desunir el núcleo familiar extienden los beneficios derivados de la ciudadanía europea a los familiares no comunitarios del ciudadano comunitario (123).

Asimismo es de observar que la Carta de Niza agrega los derechos a trabajar, buscar empleo, prestar servicios o establecerse en cualquier lugar de la UE para todos los comunitarios y también a los extracomunitarios que legalmente trabajen en un país de la UE (124); lo cual es conteste con el TFUE-TL, cuyo artículo 45 muestra que este derecho se extiende a ciudadanos y no ciudadanos, salvo en lo que hace a empleo público y a gobierno (125).

Lo mismo acontece con las prestaciones de la seguridad social (126), la protección a la salud (127), el acceso a la justicia y a una tutela efecti-

(121) D O N° L 158, del 30 de abril de 2004, pp. 77-123, relativa a la libre circulación.

(122) D O N° L 080 del 25 de marzo de 1999, pp. 20-21, sobre la protección diplomática.

(123) Para un detallado análisis cfr. CORTÉS MARTÍN, J. M., "Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N° 40, Madrid 2011, pp. 871-893.

(124) CDFUE, art. 15. "*Libertad profesional y derecho a trabajar*. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicio en cualquier Estado miembro. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión".

(125) TFUE-TL, art. 45: "1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. 2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión. 4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública".

(126) CDFUE, art. 34. "*Seguridad social y ayuda social*. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales".

(127) CDFUE, art. 35. "*Protección de la salud*. Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y

va (128), la educación (129), el derecho a una buena administración (130), y con la libre circulación y residencia (131), que destaca el CDFUE coincidentemente con lo que ya vimos regula el TFUE-TL. Todo esto evidencia que los derechos de ciudadanía que en apariencia se reconocen a los ciudadanos europeos también pueden ser disfrutados por ciudadanos de terceros países que no sean europeos, en tanto que se conceden a toda persona con independencia de su nacionalidad —salvo los de seguridad social y de circulación y residencia, los cuales se reconocen sólo si entre el extracomunitario y el comunitario media un vínculo familiar—. Esto, es claro, muestra que hay un cambio en el concepto de ciudadanía, que contempla o se hace cargo de la multivocidad del término y que, como dijimos, hace a la inclusión o exclusión, pertenencia o no, de una persona a una comunidad.

Así, es oportuno destacar que esto ocurre en el Espacio Integrado y con relación al Estado Integrado y viceversa, desde las normas comunitarias, una de las cuales —el CDFUE— a su vez tiene la particularidad de ser un IISDH muy peculiar, por ser intracomunitario, vale decir, ni regional ni universal, aunque en cierta medida se hace eco de éstas (132) en lo que hace a principios y derechos

prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección a la salud humana”.

(128) CDFUE, art. 47. “*Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.* Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficiente siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

(129) CDFUE, art. 14. “*Derecho a la educación.* Toda persona tiene derecho a la educación y el acceso a la formación profesional y permanente. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

(130) CDFUE, art. 41. “*Derecho a una buena administración.* Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Este derecho incluye en particular: —el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, —el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, —la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esta misma lengua”.

(131) CDFUE, art. 45. “*Libre circulación y residencia.* Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan en el territorio de un Estado Miembro”. Esta norma es similar a la contenida en el artículo 45 TFUE-TL ya visto.

(132) En este sentido hay que recordar que estas materias tienen cierta regulación en el PID-CyP, el CEDH y la DUDH.

fundamentales y a los receptores de la normatividad comunitaria: los seres humanos, que, no podría ser de otro modo, somos los coincidentes destinatarios de toda norma.

También ahora —o por sobre todo ahora—, en este mundo actual, donde las identidades se diluyen y confunden y las personas vemos como sobre nuestras vidas convergen normas nacionales, comunitarias e internacionales procedentes de autoridades disímiles (nacionales, comunitarias e internacionales) que confluyen y conviven, al igual que los habitantes, en el novedoso Estado Integrado.

III. CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD EN LOS ESTADOS INTEGRADOS

Estamos en condiciones ahora de proponer soluciones a los interrogantes que nos vinimos formulando en este capítulo, el central: ¿cómo circulan y se articulan las normas de procedencias varias existentes en un Estado Integrado?; y conexos: ¿quién determina y controla quién es ciudadano *en* un Espacio Integrado y quién lo es *en* un Estado Integrado?; ¿quién resuelve los eventuales conflictos que existan?; y derivada de lo anterior y fundamento de nuestro recorrido: ¿qué pasa con la nacionalidad y la ciudadanía *en* los Estados Integrados?

Lo que necesitamos tener presente para procurar resolver estas inquietudes son dos cuestiones de fondo que subyacen y que, como no podría ser de otra manera, se interrelacionan: 1) hablar de derechos y obligaciones sólo puede hacerse en una comunidad mediada por un ordenamiento jurídico, y 2) todo ordenamiento jurídico requiere de personas que creen y legitimen normas, de personas que las apliquen y hagan efectivas y de personas sobre quienes se apliquen y se hagan cumplir tales normas (133). En resumen, gobernantes y gobernados, que a su vez son gobernados y gobernantes, y reglas, conviviendo todos dentro de un espacio físico (territorial), político-jurídico (jurisdiccional) y humano (personal), en el que se forma un Estado y existen ciudadanos.

Estado, ciudadanos y ordenamiento jurídico coexisten y son inescindibles. Los tres van juntos. Soslayarlo es posible, pero sería plantear otra forma de organización política.

En concreto: los derechos y las obligaciones existen (porque se crean y se materializan) *dentro* de un ámbito determinado, que se llama Estado y *para* destinatarios determinados, que se llaman ciudadanos.

Entonces va a tener que ser en función de estas tres variables que debemos responder las inquietudes planteadas.

(133) ALÁEZ CORRAL, B., op. cit., pp. 61/62: “Lo habitual es que el ordenamiento cree un círculo subjetivo especial (aunque no exclusivo) en el que concentrar la eficacia de sus normas que coincida con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público, y, todo lo más, admita la aplicación parcial de normas de ámbito territorial superior (supranacional o internacional) en el mismo, pero siempre subordinada a la Constitución territorial”.

1. Repercusiones de los casos gibraltareños

Para poder brindar nuestra respuesta es conveniente analizar el (tras)fondo de lo decidido en los casos “Matthews” y “España vs. Reino Unido”. Como expusimos, en los dos se hicieron cuestionamientos sobre el régimen electoral vigente para las elecciones al Parlamento Europeo en lo atinente a dos puntos: normativa aplicable y territorio de aplicación; que se subsumen en uno: quiénes titularizan derechos políticos dentro de un Espacio Integrado.

En los dos casos, de haberse regido las situaciones exclusivamente por la normativa comunitaria sus soluciones habrían sido las propugnadas respectivamente por el Reino Unido y por España, pero que no salieron airoas. En efecto, en el primero Gibraltar estaba excluido como territorio electoral de la UE; y en el segundo, a los extracomunitarios que vivieran en Gibraltar no les correspondería contar con derechos electorales al PE. Las resoluciones, sabemos, fueron en sentido contrario. Y para ello se tuvo que acudir a otras normativas.

Veamos.

En el caso “Matthews”, para definir en su favor, el TEDH consideró que debía aplicarse el PA1 y que el sentido que debía darse al término “legislatura” era comprensivo de todo cuerpo legislativo que fuera elegible *en* un Estado parte del CEDH, sin importar si se trataba de elecciones nacionales o comunitarias. Lo importante es la celebración de elecciones *dentro* del territorio estatal.

En el caso “España vs. Reino Unido” el TJUE estimó que había que aplicar la legislación británica referente a elecciones y a ciudadanía y que posibilitar el voto y la elegibilidad de extracomunitarios para el PE, siempre que el país miembro de la UE lo permitiera en elecciones que se celebren *en* su territorio, no vulnera el derecho comunitario. Lo relevante es que tal posibilidad quede *dentro* de ese territorio estatal.

Independientemente de la delimitación territorial hecha por ambos tribunales, que es importante, lo es más lo que eluden —o aluden soterradamente—: que el punto de contacto o encuentro de normas comunitarias, nacionales e internacionales es el Estado Integrado en todos sus aspectos físico-geográfico (territorio), político-jurídicos (jurisdicción), y fundamentalmente humano (población).

Y acá está lo más interesante: la legislación integrante de un ordenamiento jurídico se aplica a quienes *residen* en su territorio y están sujetos a su jurisdicción. Y esto no es otra cosa que hablar de residentes y vincular los derechos políticos con la residencia.

Y, claro, disociarla de la nacionalidad (134).

(134) En este sentido deber recordarse lo dicho por el TJUE en el fundamento jurídico 74 del caso “Reino de España contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” (Aunto C-145/04), respecto al “Estatuto de Ciudadanía en la UE” cuya vocación, sostuvo, “es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a quienes se encuentran en la misma situación, obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”, resaltándose que: “dicha afirmación

Tal vez no pueda ser de otra manera.

2. Ciudadanía y nacionalidad en un Estado integrado

Mencionamos oportunamente que la integración regional provoca una permeabilidad de las fronteras y una porosidad de la soberanía estatales que hacen que los Estados dejen de reglar en solitario aspectos tradicionalmente entendidos como propios, exclusivos y excluyentes de su poder soberano —o si se quiere de la plenitud y supremacía de su ordenamiento jurídico— como podrían ser decidir quién es ciudadano suyo y quién puede habitar su territorio, y lo hagan —quizá todavía ellos— en concurrencia y a la luz de un conjunto de normas que en él convergen.

La convergencia de normas la venimos indicando y muestra que el desplazamiento de personas en un proceso de integración regional está dado por la libertad de circulación dentro del Espacio Integrado en el cual se permite el libre establecimiento de aquellas en cualquier Estado Integrado que participa del proceso. Y esto, lo entrevimos, pero podemos verlo mejor ahora, produce una modificación en la relación entre nacionalidad y ciudadanía, y un desplazamiento del criterio de determinación de quién puede ser considerado ciudadano por un Estado Integrado, o lo que es lo mismo del criterio para la atribución de la ciudadanía en éste y por su intermedio en el Espacio Integrado.

En este sentido es dable observar, como lo evidencian los casos gibraltareños, que el establecimiento de una legislación relativa a nacionalidad, migración o ciudadanía hecha por un Estado puede no ser coincidente con la de los restantes que integran el espacio común, pero que repercuten sobre éste y sobre cada uno de los Estados Integrados que lo componen.

En concreto: las políticas migratorias y de ciudadanía —y mismo la determinación de la nacionalidad— de cada Estado perteneciente a un proceso de integración regional inciden sobre los demás y sobre el conjunto pues facultan a cualquier persona que cumpla con las pautas establecidas por uno de esos Estados a desplazarse por el espacio común, a afincarse en cualquier punto —vale decir, un lugar de un territorio estatal—, y a participar en la vida política e institucional de ese sitio, que es el de su residencia.

Esto, sumado a la concurrencia, sobre tales Estados Integrados, de IISDH hace que debemos reflexionar qué acontece con la nacionalidad y la ciudadanía en ellos, y, fundamentalmente cuáles son los alcances de la condición de ciudadano en un Estado Integrado en el cual confluyen IISDH —propiamente dichos y comunitarios— y normas nacionales —constituyentes y ordinarias— y comunitarias —constitutivas y derivadas (aun IISDH particulares)—.

Pues bien, para poder resolver estas inquietudes conviene recordar que hasta la fecha la ciudadanía se ve mediada por la nacionalidad y que, por tanto, sólo gozarán de derechos y serán protegidos por un Estado quienes tengan su nacio-

no tiene como consecuencia que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos de la Unión”.

nalidad, sea por nacimiento o por adopción (naturalización). Esta parece ser la clave de anclaje del sistema, significando ello que quien no sea nacional carecería de protección jurídica y derechos.

Sin embargo, hemos visto que con el advenimiento del estatuto de ciudadanía comunitaria esto se modifica, dado que quien no sea nacional de un Estado, pero lo sea de otro del espacio común según la legislación de este último gozará en el primero de los beneficios que otorga la legislación comunitaria. Al ocurrir esto vimos que el criterio de nacionalidad como el atributivo del vínculo y de la extensión de derechos comienza a trastocarse. Queremos ser precisos: no desaparece, pero convive con el de residencia, que se asienta en la exigencia de contar con una nacionalidad, aunque ya no sea necesariamente la del Estado de residencia. Este cambio de apreciación es clave para estimar cómo resolver la inquietud planteada.

En este sentido, es menester dejar en claro que en todo este fenómeno de la integración regional y la construcción de Espacios Integrados, en el cual se hace evidente la emergencia del Estado Integrado, lo que se produce es una serie de relaciones que se dan entre los diversos ordenamientos jurídicos que conviven —el del Espacio Integrado y los de los Estados Integrados (135)— y que todas repercuten entre sí.

Esto hay que hacerlo notar, porque es lo que generalmente queda oculto, eclipsado o traspapelado en el análisis de todo este fenómeno: las relaciones se dan entre el Espacio Integrado y cada Estado Integrado, y entre los Estados Integrados entre sí. Es decir, hay una circulación de normas en diferentes direcciones que provoca un entretejido normativo articulador de todo el proceso y del fenómeno integrador.

Así podemos ver las siguientes relaciones: 1) la primera, que podríamos denominar descendente, que va desde el Espacio Integrado hacia el Estado Integrado y que se presenta fuerte y evidente; 2) la segunda, que podríamos llamar ascendente y que aparece velada o menos clara, que va en sentido inverso desde el Estado Integrado hacia el Espacio Integrado; y 3) la tercera, que podríamos designar horizontal y rotativa, que es menos perceptible, y va de un Estado Integrado hacia otro y rebota sobre los demás y el Espacio Integrado.

En cada una de ellas y en el conjunto relacional podemos observar un verdadero fenómeno de “intertextualidad”, “internormatividad”, “internacionalidad”, “interestatalidad” o “integracionalidad” (136) que brinda originalidad a los pro-

(135) En este punto hay que aclarar que los ordenamientos que conviven no son dos (Espacio Integrado y Estado Integrado), sino tantos como Estados integran el bloque regional más el del propio bloque regional.

(136) Sobre el punto BUSTOS GISBERT, R., op. cit., pp. 755-756, menciona otras formas en que se da esta “integracionalidad” que conformaría el llamado “pluralismo constitucional”: “En especial, las relaciones entre las normas constitucionales europeas y las nacionales no se guían por la jerarquía, sino por la colaboración y la complementariedad; por la interconexión; por la coordinación; por la convergencia; por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas; por la interacción, por la cooperación y el mutuo aprendizaje, etcétera”. Asimismo cabe observar que al fenómeno general suele también denominárselo “transnacionalidad” cfr. CRUZ, P. y FERREIRA DE MELO, O., “So-

cesos de integración regional generando consecuencias sobre estas novedosas formaciones que son los Estados Integrados, que —vale la pena reiterarlo— son los espacios concretos donde se manifiesta la convergencia y articulación de normas de distintos orígenes o autorías, y que congregan normas nacionales (las dictadas por sus autoridades), comunitarias (las dictadas por los órganos del Espacio Integrado), nacionales integradas (las del los otros Estado Integrados) e internacionales (IISDH, convenidas en organizaciones internacionales a nivel regional o universal —y aun comunitario—).

Así entonces, a través de todas estas relaciones y su intertextualidad, se aprecia la existencia de una circularidad que se va retroalimentando y trama toda la órbita de los Estados Integrados convergentes en un Espacio Integrado, pero que tiene como nexo a los Estados Integrados, que son los que permiten incorporar normas extracomunitarias, las de los IISDH, al espacio común comunitario, y que —volvemos a repetir— son las jurisdicciones donde se produce la confluencia normativa (nacional, comunitaria e internacional) que se dispara (dispersa) hacia los restantes Estados Integrados pertenecientes a ese Espacio Integrado, y a la propia juridicidad del Espacio Integrado.

Y dicho esto, retomamos el punto que veníamos analizando: el de la nacionalidad y la ciudadanía en los Estados Integrados.

3. Ciudadanía integrada

Hasta ahora en nuestro recorrido vimos cómo a lo largo de la Historia la ciudadanía y la nacionalidad siempre guardaron una relación estrecha en la cual generalmente la segunda obró como la base o el fundamento de la primera, y que por tal virtud a las personas se les reconocieron derechos políticos si previamente tenían la nacionalidad de un Estado que por ello le brindaba asistencia, protección y defensa, y le fijaba obligaciones.

También apreciamos que la ciudadanía, a diferencia de la nacionalidad, siempre tuvo un cariz político pues cumplió una función de inclusión y por con-

beranía e superação do Estado constitucional moderno” en *RIPE (Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos)* Burau, v.1, N° 46, pp 77-102 jul/dez, 2006, São Paulo: “El término ‘transnacional’ significa que los estados-nación pasan a relacionarse, en el ámbito externo, a partir de presupuestos de solidaridad, con la preservación de capacidad de decisión interna, superando el sentido conflictivo de la disputa de los términos ‘internacional’ o ‘supranacional’ ”, p. 82 (nota 11) —traducción propia—. A su vez, PINTO, M., *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 [2004], p. 87, apunta y ejemplifica la interdependencia internormativa ante la pluralidad de actores y la modificación del escenario mundial del siguiente modo: “la institucionalización de la comunidad internacional ha importado tanto un desarrollo horizontal por el incremento cuantitativo y cualitativo de sus objetos cuanto vertical en razón del aumento del número de estados y el surgimiento de nuevos sujetos y otros actores no estatales en la escena internacional. En este contexto se dan esquemas normativos internacionales —universales y regionales— que importan el establecimiento de un mínimo de derechos y obligaciones que asume el carácter de exigible *urbi et orbi*. El fenómeno de la globalización acentúa la característica de interdependencia de los sujetos del orden jurídico internacional. La determinación de cuestiones de interés común que por decisiones políticas, como es el caso de los derechos humanos, o por constataciones científicas, como sucede respecto del medio ambiente, ignora límites internacionales y exige la búsqueda de mecanismos que faciliten el cumplimiento de las obligaciones que a cada sujeto incumben” (el destacado en el original).

trpartida de deslinde con lo externo al Estado, y que en el Imperio Romano se utilizó para cohesionar diferentes nacionalidades bajo la romana. La romanización hacía romanos a todos los habitantes de los pueblos conquistados, que mantenían su nacionalidad; lo cual producía un deslinde entre ciudadanía y nacionalidad en los pueblos conquistados que, puede decirse, tenían una suerte de doble nacionalidad —local e imperial, por ejemplo gala y romana— pero una sola ciudadanía: la romana. Apuntamos, a su vez, que algo parecido, pero en sentido inverso, ocurre en la UE que añade la ciudadanía europea (o comunitaria) a la nacional, pero no crea una nacionalidad europea. A diferencia de lo anterior hay una doble ciudadanía, local y comunitaria —por caso española o británica y europea—, y una única nacionalidad: la propia del habitante (española o británica en nuestros ejemplos) (137).

En toda esta presentación lo que pudimos ir apreciando fue que “ciudadanía” y “nacionalidad”, si bien comenzaron siendo lo mismo pues se aunaban en un vínculo identitario en el que se amalgamaban y fundían, fueron luego disociándose quedando reservada la cuestión identitaria a la nacionalidad —sea por razones étnicas (grupos humanos emparentados “originariamente” por sangre, lenguaje, raza o religión; sería la nacionalidad pre-estatal) o políticas (grupos humanos que construyeron una identidad común, aún sin tener una misma sangre, lenguaje, raza o religión; sería la nacionalidad estatal) (138)— y terminaron escindiéndose en conceptos que aluden uno a la relación político-jurídica de una persona *con* un Estado (la nacionalidad) y otro a la posición político-jurídica de esa persona *dentro* de un Estado y a su participación política plena en él (la ciudadanía) (139).

(137) Al respecto, SOUTO MAIOR BORGES, J., op. cit., p. 567, entiende que se creó una verdadera originalidad y explica: “[...] antes la ciudadanía se vinculaba exclusivamente con la pertenencia de alguien a un determinado Estado (o a más de uno, por. ej. doble ciudadanía). Consecuentemente, fuera de la estructura orgánica estatal, no había ciudadanía. El campo de validez de las normas respecto a la ciudadanía era exclusivamente el derecho estatal. Con la aparición de la integración comunitaria en el nivel actual, todos los europeos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea tienen cuanto menos una doble ciudadanía: 1) la de su Estado de origen, que además puede ser también doble, dependiendo del respectivo régimen constitucional de atribución de ciudadanía; 2) la ciudadanía europea (comunitaria). En el plano nacional, una persona puede ser ciudadano tanto de un determinado país A como —acumulativamente— del país B, dependiendo de lazos de nacimiento, familia, paternidad, etc. Pero la ciudadanía como pertenencia a una organización extra-estatal o paraestatal, es la novedad de la ciudadanía comunitaria.” (traducción propia).

(138) España y el Reino Unido son dos claros ejemplos sobre cómo diferentes naciones étnicas (catalanes, gallegos, vascos, castellanos, andaluces, canarios o ingleses, galeses, escoceses o irlandeses) conformaron un Estado-Nación (España o el Reino Unido) que también propenderá a la construcción de una Nación con una identidad e historia comunes mediante políticas diversas fundamentalmente en lo atinente a educación, milicia, economía, moneda, idioma, derecho y nacionalidad, y aún con la creación de simbolismos de gran impacto como la adopción de una bandera e himno nacionales para todo el Estado y todos los ciudadanos o considerar a la realeza como el elemento social e institucional garante de la “unidad de la nación”.

(139) Sobre la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, RISSO FERRAND, M., op. cit., T. I, p. 791, destaca: “La nacionalidad es una cuestión relevante al derecho Internacional y se basa normalmente en un vínculo especial entre un individuo y un Estado [...] La ciudadanía, en cambio, es algo que refiere básicamente al Derecho Público Interno de cada Estado, en la medida que determina entre otros aspectos, quiénes son los que participan activamente en la gestión pública”.

Aún así observamos que la posición político-jurídica de la persona (ser ciudadano) era posible si existía la relación político-jurídica (ser nacional).

Lo que ahora sostenemos es que por el fenómeno oculto de todo este proceso de integración, por la extensión de derechos que produce y por el desplazamiento territorial que permite —y que con este trabajo visualizamos—, la nacionalidad y la ciudadanía se dividen y claramente se separan y que aunque se implican mutuamente, una ya no es condición de la otra, sino que ambas se ven desplazadas por el requisito “residencia” como factor de atribución de derechos y obligaciones a una persona en un Estado Integrado.

Es decir, no se es ciudadano porque se sea nacional, sino que se es ciudadano prescindiendo de la nacionalidad y por el simple hecho de ser residente. En concreto: la nacionalidad no implica ciudadanía, ni esta supone aquella; y ambas son conceptos independientes que refieren a dos relaciones distintas, pudiendo coincidir o no en una persona. Una será la vinculación con un Estado por nacimiento o adopción (naturalización) y que puede ser meramente formal. La otra, una vinculación efectiva con un Estado (el del que se es nacional u otro en el que formalmente se sea extranjero) por causa de la residencia.

Esto no es otra cosa que postular que una persona residente en un Estado quedará sujeta a ese ordenamiento jurídico, desenvolverá en él su personalidad y su proyecto de vida, generará allí riquezas y aportará a ese fisco, y deberá, por tanto, poder ejercer en él con plenitud todo tipo de derechos y contar con la protección jurídica de dicho Estado.

Y acá marcamos un giro respecto al concepto tradicional de ciudadanía, y lo encontramos vinculado con la pertenencia a un Estado, aquello que mencionamos como ser y estar: ser ciudadano *por* estar en un Estado.

Esta “simple” modificación del concepto ciudadanía provocaría una nueva conformación del concepto nacionalidad, pues éste quedaría como subsidiario de la ciudadanía y sólo sería relevante en términos de derecho internacional público y a fines de que una persona no sea considerada apátrida (140).

Desvinculamos así ciudadanía de nacionalidad, quedando ésta como la relación eminentemente jurídica de una persona con un Estado al simple efecto de su reconocimiento como sujeto de derecho por el ordenamiento internacional público, y a la cual podrá acudir cuando no encuentre protección fuera del Estado de residencia.

Éste, que no es otro que el Estado Integrado, va a ser el encargado habitual y permanente de proteger a *cada* persona que habite su territorio y se encuentre *dentro* de su jurisdicción normativa por la sencilla razón de que son tales personas las que están *sujetas* al poder soberano de ese Estado y tienen que atenerse a las reglas que en el imperen. Esta misma razón es la que concomitantemente

(140) MERTERNS DE WILMARS, F., op. cit., p. 144: “La nacionalidad tiene, por contraste, un sentido específico preciso: vinculada al concepto de nación, se refiere a un atributo que deriva de la ley, por el que se reconoce la existencia de un vínculo privilegiado entre una persona y el Estado, único sujeto soberano del Derecho Internacional”.

hará que los habitantes del Estado Integrado, que no son otra cosa que *su* población *estable*, sean considerados ciudadanos y beneficiarios de *todos* los derechos que tal condición acuerda, incluidos los políticos (141).

Lo decimos sin rodeos: los habitantes permanentes de un Estado, esto es, sus residentes, tienen que votar y poder ser electos en todos los comicios que se celebren en ese país y para todos los cargos que sean elegibles: locales, subestatales, estatales, o extraestatales (142) y ejercer cualquier función en ese Estado.

Esta es la propuesta que efectuamos y no por capricho, sino por entender que es la que surge de la convivencia de todas las normas que convergen *en* un Estado Integrado conformando *su* ordenamiento jurídico y que son invocables por *sus* ciudadanos (143).

No se nos escapa que es una postulación osada que puede encontrar ciertos reparos sobre todo en la legislación interna de los Estados y, en parte, en la internacional y comunitaria integrante del ordenamiento jurídico estatal. De hecho

(141) Esta forma de entender la relación entre una persona y un Estado o de un Estado con sus habitantes lleva a ALÁEZ CORRAL, B., op. cit., p. 106, a postular que: “el vínculo de la nacionalidad no debería constituirse en el Estado democrático con la intención de reconstruir un ente colectivo caracterizado por señas comunes de identidad socio-cultural. Más bien al contrario, debería construirse con el fin de dotar de contenido personal a un sujeto colectivo creado por el texto constitucional con la fórmula soberanista, que está en permanente renovación y cuyo elemento de identidad común ha de ser la sujeción más o menos permanente a un ordenamiento jurídico democrático, marco de un pluralismo cultural que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos fundamentales y, sobre todo, de los derechos de ciudadanía. Esto no pretende la incorporación automática al colectivo soberano de los residentes bajo el ordenamiento jurídico de un Estado”.

(142) Es una consecuencia del principio democrático que exige el Estado Constitucional de Derecho y que se encuentra más acendrado en las exigencias que impone un proceso de integración. Esto lo marca bien ALÁEZ CORRAL, B., *ibíd.*, p. 54-55: “la exigencia definitoria del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado, por tanto a su ordenamiento jurídico, puedan participar en forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos (‘democracia de afectación’) sienta un condicionamiento estructural, aplicable desde un principio también al legislador de la nacionalidad, que ha de cambiar por completo buena parte de los rasgos tradicionales de este instituto que lo equiparaban al de la ciudadanía. Ello ha de tener con toda certeza una poderosa influencia en la situación de aquellas personas extranjeras, residentes en España como consecuencia de fenómenos migratorios, que desean bien adquirir la nacionalidad española o bien sin dicha adquisición poder participar plenamente como ciudadanos en la vida política y jurídica de nuestro país ejerciendo el derecho de sufragio en las elecciones a Cortes Generales y a los parlamentos autonómicos”.

(143) ROSALES, J. M., op. cit., p. 48 esboza la idea de la configuración de una “ciudadanía interdependiente” “que equipara en derechos a los nacionales de distintos estados” y que busca “un equilibrio que haga compatible las ciudadanías de cada estado miembro”. Asimismo, hace una lúcida vinculación de la mutación que evidencia la ciudadanía con la modificación del modelo tradicional de Estado: “es más, dada la relación que existe entre las transformaciones del estado y la evolución de la ciudadanía, resulta oportuno prestar atención a los cambios recientes que permiten hablar incluso de un ámbito *postnacional*. En éste, la relación originaria de carácter unívoco que se establecía en el marco del Estado entre la formación de la identidad política y la referencia a la comunidad ha dado paso a un tipo de relación multívoca que permite conjugar la identidad de diferentes identidades colectivas con una adhesión común (voluntaria o contractual) a una determinada tradición constitucional que opera como fundamento aglutinante de la comunidad política. No se trata, pues, de situar la comprensión de la ciudadanía en un contexto de final del estado moderno, sino en el de sus transformaciones en curso y tratar de articular a partir de ahí la correspondiente comprensión de una ciudadanía también en proceso de reforma” (destacado en el original).

éstos suelen reservar a sus “nacionales” el acceso a las funciones públicas (144), o permitirlo a no nativos, previa naturalización, o sea, cuando dejan de ser extranjeros y adquieren la nacionalidad del Estado de residencia, contando esto con un cierto aval de los IISDH (internacionales o comunitarios).

Sin embargo, no podemos dejar de observar tres cosas que dan sustento a nuestra formulación: 1) la primera, de carácter procesal: la residencia y no la nacionalidad es el requisito solicitado para entablar acciones legales ante los tribunales de un Estado y ante los tribunales internacionales o comunitarios (145); 2) la segunda, de carácter basamental: los IISDH facultan a hacer ciertas distinciones por cuestiones de nacionalidad, pero no la imponen, y fundamentalmente propenden a que ni entre ciudadanos ni habitantes se formulen distinciones por motivos de “origen nacional” (146); y 3) la tercera, de carácter práctico, y que es la que más nos interesa: la residencia resuelve ciertos desajustes que genera la nacionalidad.

La nacionalidad, además de crear tirantezas geopolíticas, suscita tensiones en la pretensión de extensión universal e igualitaria de los derechos y obligaciones, privilegiando alternativamente a un grupo por sobre otro, y esto se ve claro en lo atinente a derechos políticos que, vimos, mayormente se conceden a nacionales y se impiden a extranjeros —notemos que aún con la ampliación que produce la normativa comunitaria, los comunitarios quedan excluidos de acceder a los cargos públicos nacionales (presidencia, jefatura de Estado o de Gobierno, diputaciones, senadurías, judiciales, fiscales, ministeriales, etc.) y puede que también a los municipales y comunitarios electivos, si no cumplen con el apuntado doble filtro de estar a las legislaciones de los lugares de residencia y de nacionalidad— (147).

La residencia, por el contrario, unificaría el criterio de atribución de derechos y obligaciones y permitiría que cualquier persona por el hecho de ser residente permanente en un lugar pueda votar y sea elegida en cuanta elección se haga en ese territorio. Con eso no habría doble filtro, ni tampoco “nacionales”, “comunita-

(144) El caso del Reino Unido es una excepción, pero no está abierto a todo extranjero.

(145) El principio general es que el juez competente en un proceso sea el del lugar de comisión del hecho, pero este principio cede a petición del demandante por el del lugar del domicilio del demandante. En los dos casos se privilegia el lugar de residencia del demandante para facilitarle el ejercicio de la acción y básicamente el acceso a la justicia, sin que tenga que desplazarse hacia otra jurisdicción. Algo similar ocurre en los procesos internacionales en los cuales por lo general el Estado demandado es aquel en cuyo territorio sucedió el hecho objeto de investigación, o si hubiera sido fuera de él donde éste tuviera un poder efectivo; esto es, que al momento del hecho generador de responsabilidad existiera un vínculo en función de la residencia (aunque fuera temporal) entre el perjudicado y el Estado sindicado como infractor.

(146) El punto que asentamos es que los Estados no están obligados por los IISDH a no permitir a los extranjeros acceder a cargos políticos o a las funciones públicas del país. Tranquilamente y sin que ello suponga responsabilidad internacional pueden abstenerse (inhibirse) de hacer una distinción jurídicamente habilitada.

(147) Advertimos también que la diferencia puede ser aún más agresiva entre nacionales y extranjeros en los casos en que se permite a los primeros votar —y a veces hasta ser electos— a las autoridades de su país pese a ser residentes en el extranjero, pero se niega tal posibilidad a los segundos residentes en el país en el que se hace la elección.

rios” o “extranjeros”, sino ciudadanos que votarían y serían elegibles tanto a cargos locales (municipios), subnacionales (gubernaciones), nacionales (estatales) y extranacionales (comunitarios), como habilitados para ejercer cualquier cargo propio de la función pública de un Estado dentro de él y ante organizaciones internacionales del carácter que sea en representación de ese Estado o del pueblo (habitantes) de tal Estado.

La residencia, así planteada, desempeñaría un claro papel de corte, separando entre el adentro y el afuera, pero no en función de componentes étnicos, lingüísticos, religiosos, tradicionales, costumbristas o culturales, en definitiva identitarios, que dominan la concepción de “nacional” o “nacionalidad”, sino en atención a la pertenencia y permanencia, el estar en un determinado territorio y el ser parte, en forma efectiva y concreta, de una comunidad.

La residencia, entonces, vista como criterio de atribución de ciudadanía acabaría con la multivocidad o polisemia que este término encierra, volviendo unívoco el concepto. Por cierto, la ciudadanía se erigiría como la frontera, el deslinde, con “lo otro” (lo no ciudadano, lo extranjero), y cobraría un único sentido: el de determinar a los titulares de derechos y sujetos de obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico político y territorial y, por tanto, merecedores de protección y resguardo por ese mismo ordenamiento jurídico. En este entendimiento, el término perdería su acepción excluyente y comprendería a toda persona que con carácter permanente habite un territorio y desarrolle en él su proyecto de vida, sin importar su nacionalidad, origen nacional o cualquier otro elemento excluyente. La ciudadanía sería así sinónimo de inclusión y pertenencia de quien resida en forma permanente, y ser ciudadano implicaría una relación directa y efectiva con tal lugar de residencia.

La residencia, asimismo, resolvería otro inconveniente, tanto a nivel Espacio Integrado, como Estado Integrado por su resonancia: el de las políticas migratorias pues éstas no dependerían de criterios disímiles y propios de cada Estado que las regulen según su entender o necesidad, sino de un criterio común: estar en el territorio comunitario común, que es lo que acordaría los derechos derivados de circulación y de establecimiento en cualquier otro Estado Integrado (148).

Por supuesto que ello requeriría de una política sobre residencia común y unificada entre los Estados del Espacio Integrado que establezca las condiciones mínimas exigidas para poder residir permanentemente tanto en el Espacio Integrado, como, lógicamente, en cada Estado Integrado (149).

(148) De tal modo además se soluciona un criterio dispar que suelen contener los sistemas electorales: el de otorgar derechos políticos activos en relación al lugar de residencia y derechos políticos pasivos en relación tanto con el lugar de residencia como con el de nacimiento, a elección del candidato. Unificar en el ítem residencia el criterio de atribución no sólo equilibraría derechos activos y pasivos, sino que también impediría la circunstancia contradictoria de que una persona pueda ser candidato en un lugar y no poder votarse por vivir en otro lado. El de residencia, como se ve, es un criterio de atribución superador al de nacionalidad pues impide hacer diferencias entre nacionales y extranjeros y mismo aún entre nacionales.

(149) Entendemos que dentro de un Espacio Integrado en el que se persiguen intereses y objetivos comunes, los Estados ceden atribuciones que normalmente les pertenecen y que en realidad les siguen perteneciendo, pero de las cuales mientras participan en el proceso de integración regional

Como se ve, todo pasa *por* y *en* el Estado Integrado.

Y a nuestro ver no podría ser de otra manera.

Lo dijimos ya reiteradamente: es en los Estados-Nación, ahora Integrados, donde se produce el encuentro de normas nacionales, internacionales y comunitarias (150), y también algo más, que esbozamos solapadamente y ahora abiertamente, un punto, que es el más evidente de todos, pero que sin embargo es el que más se soslaya o queda oculto: que el destinatario final de todo sistema jurídico, sea nacional, internacional o comunitario es la persona humana. Pero, claro no la persona humana aislada, sino en sociedad y contextualizada dentro de un Estado del que forma parte y al que le da sustento (y, si se nos permite, origen: sin las personas los Estados son cáscaras vacías —y también lo son las personas aisladas, claro—) (151). La articulación de todo este proceso se produce en el Estado Integrado, que como pudimos apreciar es la unidad aglutinante y posibilitadora de la concreción de los derechos y obligaciones que componen su ordenamiento jurídico y resultan aplicables sobre su territorio y todos sus habitantes e invocables por sus ciudadanos (152).

se desprenden —o mantienen pero atemperadas—; y que si una de las innovaciones es la creación de una autoridad común para todos los participantes, con sus distintas instituciones, las normas que reglen la elección o designación de estas autoridades deben ser iguales en todos los Estados Integrados. En este sentido, vemos que resulta indispensable que para mantener el principio de igualdad tanto entre los Estados como entre los ciudadanos comunitarios, es insoslayable que exista un único régimen electoral para las autoridades parlamentarias comunes, las del Espacio Integrado. Asimismo ello requiere de un nivel de compromiso cívico que permita el desarrollo de un sistema electoral de escala (partidos políticos, cuerpo electoral, información y participación y régimen electoral).

(150) Así lo entiende COSTA, P., op. cit., que con simpleza expone: “Sin embargo, queda un dato que no puede infravalorarse: durante el largo y dificultoso paso desde la enunciación de los derechos hasta su realización, los derechos humanos han, sin embargo, de pactar con la política, con el poder, con los poderes. Una vez más, el universalismo de los derechos ‘humanos’ tiene que vérselas con los particularismos de las comunidades políticas y con sus estrategias de ‘auto-conservación’. Cuando entra en juego la implantación de los derechos, el momento de la pertenencia de los sujetos a una comunidad política (o varias comunidades políticas) vuelve a tener una relevancia que la simple declaración de derechos tendía a minimizar” (p. 43), dando forma a un planteo anterior, p. 33: “en lo que atañe a su fundamento los derechos del hombre, en cuanto derechos del ser humano como tal, son derechos universales; sin embargo, si nos fijamos en su realización concreta, también los derechos del hombre acaban por materializarse dentro del marco de las *civitas*” (el destacado en el original).

(151) En este sentido, LÓPEZ CALERA, N., “¿Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el Derecho?” en SQUELLA, A. y LÓPEZ CALERA, N., *Derechos Humanos ¿invento o descubrimiento?*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 81-126, precisa: “La realización de lo humano exige la realización de todos los seres humanos. La individualidad es un fundamento primero de lo que es del hombre, pero también es cierto que lo individual no puede tener lugar sino en la socialidad, donde todas las partes tienen el mismo derecho a proclamar lo absoluto de su ser. La individualidad es un fundamento de los derechos humanos, pero la socialidad es la condición inevitable de su realización y, en consecuencia, el fundamento de su limitación” (p. 117).

(152) Es conveniente recordar la afirmación hecha por ROSALES, J. M., op. cit., p. 21: “La ciudadanía define el modo de pertenencia de los individuos a la comunidad política. De esta forma, constituye el derecho originario de la condición civil: la condición jurídica y política que reconoce el acceso del individuo a un espacio de derechos compartido de forma igualitaria por los ciudadanos de esa comunidad política”.

CAPÍTULO V

LA CONFORMACIÓN DE LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS POLÍTICOS EN UN ESTADO INTEGRADO: ARGENTINA

*Mariano Liszczyński, con la colaboración
de Florencia Kleisner Codebó y Natalia Rodríguez*

I. INTRODUCCIÓN

A esta altura y luego de exponer las incidencias que la convergencia de normas procedentes de centros de poder diversos (estatal, internacional y regional-comunitario) van generando en las estructuras políticas, institucionales y jurídicas de los Estados y de los Espacios Integrados, y asimismo después de ver cómo se van transformando y redefiniendo términos y conceptos que teníamos muy acendrados y con los que estábamos familiarizados como “Estado”, “soberanía”, “derechos”, “tribunales”, “Derecho”, “nacionalidad” y “ciudadanía”, creemos conveniente ver qué ocurre actualmente en nuestro país.

Para ello tenemos que tener presente que Argentina, en tanto Estado soberano posee su propia norma jurídica fundamental, la Constitución Nacional de 1994 (CNA) (1), y que como sujeto de derecho internacional está inserta en la comunidad internacional cuyas relaciones se desarrollan a través de instrumentos internacionales —los llamados tratados— regidos mayormente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) (2). A su vez, al entrecruzar ambas circunstancias y por ser un Estado soberano y sujeto de derecho internacional, Argentina forma parte de organismos u organizaciones internacionales de carácter universal (ONU —Organización de las Naciones Unidas—) (3), o regional (OEA —Organización de Estados Americanos—) (4) que tienen sus respectivas Cartas Fundacionales, y también de entes supranacionales de

(1) Dada el día 22 de agosto de 1994 por la Convención Nacional Constituyente de 1994, reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994.

(2) Dada el día 23 de mayo de 1969 en la Conferencia Internacional celebrada en Viena, Austria, bajo los auspicios de la ONU. Argentina la ratificó el 5 de diciembre de 1972, mediante el Decreto-Ley N° 19.865/72, Boletín Oficial (B.O.) 11/01/1973, y la CVDT entró en vigor el 27 de enero de 1980 cuando se cumplió con lo dispuesto por su artículo 84.

(3) Creada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

(4) Creada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

carácter regional, los denominados Espacios Integrados o bloques regionales, como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) (5) o la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (6), que se organizan por sus tratados constitutivos (TC). Todas estas entidades no nacionales poseen capacidad para producir normas: instrumentos internacionales sobre derechos humanos (IISDH), las primeras; y derecho regional derivado —que aun puede ser sobre derechos humanos—, las segundas. Idéntica capacidad tiene el Estado.

Esto nos muestra la existencia de al menos cinco centros de poder que tienen competencias para crear normas aplicables sobre la jurisdicción de la República Argentina y más particular y específicamente para influir en el día a día de cada uno de los que habitamos su territorio, vale decir, nosotros, la población estable de este país.

Es por ello que creemos necesario ver qué pasa con esta confluencia de normas en nuestra vida diaria. Como el tema puede ser muy amplio y abarcativo, para poder brindar un ejemplo —y a través de él ver el panorama o la perspectiva que se abre para el restante abanico de derechos— tomaremos los llamados “derechos políticos del ciudadano” (esto es, los que hacen a las libertades políticas y a los derechos de ciudadanía y con los cuales vinimos trabajando) y procuraremos ver qué ocurre en el ordenamiento jurídico de nuestro Estado Integrado.

En este contexto debemos tener presente que existen normas constitucionales, internacionales sobre derechos humanos, regionales y aún legales (Código Electoral Nacional —CEN (7)—) que reglan el tema, y apreciar en ese conjunto cómo quedan regulados los derechos políticos. Es decir, entender cómo se entran todas esas normas y cuál es su resultante.

En este objetivo no debemos perder de vista que en el ordenamiento constitucional argentino muchos IISDH que versan sobre derechos políticos —como también sobre otros derechos— presentan la particularidad de poseer jerarquía constitucional; esto es, ser instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (IJC) y estar parificados normativa y valorativamente con la CNA, componiendo lo que se conoce como Bloque Constitucional Argentino (BCA) (8), lo

(5) Creado en Asunción, Paraguay, el 27 de marzo de 1991 a través del Tratado de Asunción. Actualmente se rige por el Protocolo Ouro Preto (POP) “Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur”, firmado en Ouro Preto, Brasil, el 17 de diciembre de 1994.

(6) Creada en Brasilia, Brasil, el 23 de mayo de 2008, mediante el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, que entró en vigencia el 11 de marzo de 2011 al depositarse el noveno instrumento de ratificación.

(7) Decreto-Ley 19.945 del 14 de noviembre de 1972 (B.O. 12/12/1972), Texto Ordenado —T.O.— 2135/83 del 18 de agosto de 1983 (B.O. 06/09/1983) y normas complementarias (últimas reformas Ley 26.571 del 02 de diciembre de 2009 —B.O. 14/12/2009— y Ley 26.774 del 31 de octubre de 2012 —B.O. 02/11/2012—).

(8) El tema escapa al objetivo de este trabajo. Simplemente recordaremos que el BCA se compone por los 129 artículos de la CNA y que de acuerdo a su art. 75, inc. 22, párr. 2º tienen “jerarquía constitucional”: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (PIDCyP); la Con-

cual da una nueva vuelta de tuerca sobre el tema al ser visto desde la teoría del derecho constitucional, pero que en nada modifica el abordaje que procuramos: ver cómo conviven y se articulan las normas precedentes.

Bien, comencemos, e introduzcámonos en los “derechos políticos del ciudadano”.

1. Los derechos políticos del ciudadano

Estos derechos, en la teoría constitucional tradicional, dan cuenta de cómo se accede a los órganos de gobierno de un Estado o bien cómo se elige a quiénes accederán a ellos y permiten visualizar quién es el sujeto con capacidad suficiente para elegir a tales funcionarios o para ser electo funcionario público.

Estos derechos, puede verse, presentan varias aristas y suelen ser definidos como la capacidad con que cuenta una persona en tanto ciudadano (9) para desempeñar puestos de gobierno o para seleccionar a quienes desempeñen esos cargos (10).

Esta definición permite vislumbrar que la noción “derechos políticos” cumple una función medular para el desenvolvimiento de un Estado, ya que mediante la atribución de “ciudadanía” a los habitantes de un determinado territorio hace posible la conformación de sus órganos de gobierno y a través de ellos, la concreción del ordenamiento jurídico.

Brevemente, es conveniente recordar que un ordenamiento jurídico sólo se materializa en una organización política independiente extendida en el tiempo (11), que se estructura en base a ámbitos espacial (territorio), personal (po-

vención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPySDG); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CICDR); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTTP-CID); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); y que conforme al procedimiento previsto por la CNA, art. 75, inc. 22, párr. 3º, el Congreso nacional otorgó “jerarquía constitucional” a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por Ley 24.820 del 30 de abril de 1997 (B.O. 29/05/1997); y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGyLH) por Ley 25.778 del 20 de agosto de 2003 (B.O. 03/09/2003).

(9) RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006 [2005], T. I, p. 390, precisa que “Los ciudadanos son los individuos que participan o pueden participar activamente en la gestión del poder público, eligiendo a los gobernantes o interviniendo directamente en la gestión de sus intereses comunes”.

(10) JIMÉNEZ, E., *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, cap. XVIII, p. 8. disponible en: <http://www.profesorjimenez.com.ar/libroderechoconstitucionalargentino1.htm> (existe versión en papel impresa por Ediar, Buenos Aires, 2002), los define como “las prerrogativas a través de las cuales los ciudadanos (o los nacionales y extranjeros cuando están habilitados para ello) intervienen en forma directa o indirecta en la formación, actuación y control del gobierno del Estado”.

(11) AFTALIÓN, E., GARCÍA OLANO, F. y VILANOVA, J., en *Introducción al derecho. Nociones preliminares. Teoría general del Derecho, Enciclopedia jurídica, Historia de las ideas*, 6ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1960, p. 536, señalan: “Las nociones de Estado y Derecho no pueden ser escindidas, sino que han de ser siempre superpuestas: es la tesis de la *identificación de Estado y Derecho*: cuando aparece el Estado se identifica con la noción de Derecho (Orden jurídico nacional) [...] La presencia

blación) e institucional (gobierno) de validez de su potestad decisoria, soberana y coactiva (12) (o capacidad normativa) (13), y que tanto para las teorías del

del tiempo como ámbito temporal de validez (y vigencia) del Orden jurídico estatal es algo evidente de por sí. Cuando se afirma que dos estados no pueden coexistir en un mismo territorio se da por sobrentendido que ello es así en la unidad temporal, es decir, al mismo tiempo. La historia está plena de ejemplos de existencia sucesiva de dos estados en un mismo territorio. Por otra parte sólo el elemento temporal puede explicar el fenómeno de la creación y desaparición de estados” (el destacado en el original).

(12) D'AURIA, A. y BALERDI, J., *Estado y Democracia, propuestas para una teoría del Estado Demo-representativo*. 1ª ed., Docencia, Buenos Aires, 1996, p. 70, refieren: “el Estado es un fenómeno sociopolítico originario y característico de los pueblos occidentales a partir de renacimiento”, y en la p. 107 sintetizan que el Estado es: “un aparato burocrático, centralizado, que monopoliza la coacción dentro de un ámbito territorial independiente”. D'AURIA, A., en su posterior, *Teoría y crítica del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, define al Estado como una “forma de orden político, característica de las sociedades modernas, fundada en el monopolio de la coacción sobre un determinado territorio por parte de una jerarquía burocrática, policial-militar, jurídica e impositiva” (p. 47, el destacado en el original) indicando previamente, p. 47, que “los elementos definitorios del Estado son: a) Profesionalización y permanencia del ejército y fuerzas de seguridad. b) Burocracia, esto es, aparición del funcionario público de profesión. c) Unificación del régimen impositivo, a cargo de esos mismos funcionarios y en representación del único poder considerado legítimo. Obviamente, este elemento resulta indispensable para solventar ahora a toda esa maquinaria burocrática y militar profesional. d) Generalización y sistematización del derecho, impartido por burócratas togados (jueces), también solventados gracias al monopolio impositivo y obligados cada vez más a aplicar normas generales abstractas (leyes) emanadas de la única instancia política, el gobierno central. e) Monopolio de la coacción, consecuencia lógica de los elementos anteriores”. FIORAVANTI, M., “Estado y constitución” en FIORAVANTI, M. (ed.) *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Trotta, Madrid, 2004 [2002], p. 14, si bien comparte los elementos y las características del Estado, difiere en cuando al momento de su aparición, ya que “En una primera aproximación, se puede decir que el Estado moderno europeo comienza a existir a partir del siglo XIII, cuando se hace cada vez más evidente y visible cierta tendencia a la organización del gobierno en los múltiples territorios presentes en Europa. La noción de la que hablamos puede precisarse en el gobierno del territorio”. DAHL, R., en *La democracia. Una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999, p. 55, es conciso: “El estado es una asociación única cuyo gobierno posee una extraordinaria capacidad para obtener la obediencia de sus reglas mediante (entre otros medios) la fuerza, la coerción y la violencia”.

(13) SORENSEN, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, 4ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 262, explica que “un Estado, como persona de derecho internacional, debe poseer una población permanente, un territorio definido, un gobierno y la capacidad para establecer relaciones con otros Estados. Si por capacidad entendemos la plena capacidad, entonces puede decirse que estas cuatro cualidades integran el concepto del Estado soberano en el derecho internacional. El Estado soberano es, por regla general, un Estado en el cual una autoridad política central —el gobierno— representa a dicho Estado interna y externamente” y en la misma obra, p. 264, añade: “La soberanía exterior, desde luego, presupone la soberanía interna. El aspecto interno de la soberanía consiste en el derecho o la competencia exclusivos del Estado para determinar el carácter de sus propias instituciones, asegurar y proveer lo necesario para el funcionamiento de ellas, promulgar leyes según su propia selección y asegurar su respeto. El aspecto territorial de la soberanía consiste en la autoridad completa y exclusiva que un Estado ejerce sobre todas las personas y cosas que se encuentran dentro, debajo o por encima de su territorio”. PINTO, M., *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 [2004], p. 62, observa que “Los estados, sujetos primarios y necesarios del derecho internacional, son también agentes generadores de normas jurídicas internacionales. Su conducta da lugar a tratados —acuerdos de voluntades destinados a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones internacionales— y a la costumbre —práctica uniforme, constante y reiterada de actos u omisiones por parte del poder público llevada a cabo con convicción de obligatoriedad—”, y en dicha obra, p. 84, contrasta el modo en que opera dentro o fuera de sus fronteras: “En rigor, en el ámbito internacional se da una coordinación entre los distintos sujetos que obedece al principio de igualdad soberana de los estados, en contraposición al esquema de parcial subordinación de las sociedades nacionales, en

estado y constitucional como para los derechos constitucional e internacional público se denomina Estado (14).

También es oportuno destacar que en el mundo actual se organizaron ordenamientos jurídicos distintos a los Estados, pero que no se encuentran desvinculados de éstos, y por tanto participan del ordenamiento jurídico de los países que hemos caracterizado como Estados Integrados y dan vida a los Espacios Integrados.

En esto queremos ser muy precisos: sólo a través de los Estados existe el Derecho, un ordenamiento jurídico, que procede bien porque los países formen parte de una agrupación internacional de Estados, porque firmen tratados bilaterales, porque participen en organizaciones internacionales o regionales del tipo que fuere, o, simplemente, porque vivan aislados y se dicten sus propias normas. Para ser bien claros: los ordenamientos jurídicos existen únicamente *en* y *dentro* de los Estados, pues son éstos quienes van a viabilizar las normas de la índole que sea y con independencia de su sujeto creador (centro normativo) que se apliquen y tengan fuerza normativa *en* su jurisdicción. Y esto, por cierto, significa que será en ésta, y dentro del conjunto de normas que en ella exista, donde los habitantes habremos de saber qué derechos nos asisten y con qué vías de protección contamos.

En suma, esto no es otra cosa que sostener que las personas somos habitantes de un ordenamiento jurídico, de un Estado y de un Derecho, que los propios seres humanos construimos (15).

las que una autoridad central determina —en principio, representando al pueblo— el destino de la comunidad y asume conductas políticas”

(14) GOMES CANOTILHO, J. J., en *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2003, pp. 89/90 afirma “El Estado es una forma histórica de organización jurídica del poder dotada de *cualidades* que la distinguen de otros ‘poderes’ y ‘organizaciones de poder’. ¿Cuáles son esas cualidades? En primer lugar, la cualidad de *poder soberano*. La **soberanía**, en términos generales y en el sentido moderno, trasluce un *poder supremo* en el plano interno y un poder *independiente* en el plano internacional. Si articulamos la dimensión constitucional interna con la dimensión internacional del Estado podemos recortar sus elementos constitutivos: 1) *poder político de gobierno*, 2) que tiene como destinatarios a los ciudadanos nacionales (*pueblo* = sujetos del soberano y destinatarios de la soberanía); 3) reunidos en un determinado *territorio*. La soberanía en el plano interno (soberanía interna) se trasluciría en el monopolio de la emisión del derecho positivo por parte del Estado y en el monopolio de la coacción física legítima para imponer la *efectividad* de sus regulaciones y de sus medidas” (traducción propia, los destacados en el original).

(15) El tema, por cierto, está en saber cuáles son las normas que componen el ordenamiento jurídico de un Estado y resultan invocables por sus habitantes, cómo se compone el Estado y cuál es su Derecho. Y también recordar que sin personas no hay Estados ni Derecho ni ordenamiento jurídico, que sólo existen por la voluntad de las personas que lo habitan y componen. En esta línea, ARBUET-VIGNALI, H., *Claves jurídicas de la integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 46, observa que “Existe un Estado cuando una población cuyos integrantes poseen algunos caracteres comunes que los vinculan y diferencian de otros grupos similares se asienta sobre un territorio identificado y suficientemente delimitado y se da una organización que le permite funcionar y autoridades que lo conducen. El Estado es una colectividad de individuos, reunidos por una comunidad de derechos e intereses en un marco territorial y bajo un gobierno que manda y ordena en ese ámbito a los miembros de la población”. Este autor suele denominarlos *centros de poder independientes*: “Los que llamamos Centros de Poder independientes son grupos humanos cerrados en algún límite; que tienen algún tipo de organización interna de la cual resulta la existencia de autoridades que no dependen de otro Centro de Poder que les subordine, es

Si tenemos presente esto, —sí, la identificación de ordenamiento jurídico, Estado y Derecho (16)—, podemos seguir avanzando; y yendo a nuestro tema será

decir que cada uno posee una medida bastante extensa de lo que hoy llamamos independencia y que generalmente dispone de un territorio propio o al menos se desplaza por un territorio más amplio que utiliza solo o los comparte o disputa con otros Centros de Poder”. En el mundo actual estos últimos pueden ser tanto los conocidos Estados-Nación ahora Integrados como las Organizaciones u Organismos Internacionales o los Espacios Integrados.

(16) El planteo puede resultar kelseniano, pero debe advertirse que también puede ser hobbesiano o libertario en tanto que todos identifican Estado y Derecho aunque varíen en su valoración sobre tal fenómeno. Lo cierto es que, lo consideren legítimo o lo critiquen, lo ven como una consecuencia inevitable del poder. La identificación les sirve para validar la decisión soberana, aunque difieren en quién es el titular del poder y aún en si es necesario el Estado. Sobre el punto cfr. D’AURIA, A., op. cit., pp. 54-56, 151-153, 159-163 y 207-216. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979 [1960] (traducción de Roberto VERNENGO), pp. 319-320, lo explica así: “Si se reconoce que el Estado, como orden de la conducta humana, es un ordenamiento coactivo relativamente centralizado, y que el Estado, como persona jurídica, es la personificación de ese orden coactivo, el dualismo entre Estado y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye su objeto —y expresión unitaria tal es el concepto de persona—. El dualismo entre persona estatal y orden jurídico aparece así, considerado como un punto de vista epistemológico, como paralelo al dualismo teológico, igualmente pleno de contradicción, entre Dios y mundo. [...] Si se contempla la identidad entre el Estado y el derecho, se comprende que el derecho positivo no es identificable con la justicia, sino que es el mismo orden coactivo con que el Estado aparece en imágenes antropomórficas, sino que atraviesa el velo de la personificación para alcanzar las normas implantadas por actos humanos, y se hace imposible enteramente entonces buscar justificar al Estado mediante el derecho. Así como es imposible justificar al derecho por el derecho mismo, cuando esta palabra es empleada en un caso en el sentido de derecho positivo, y en el otro, en el de derecho justo, de justicia. Y entonces la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de ‘derecho’ se descubre como enteramente inadecuada, porque como ya se recalcó, todo Estado, en este sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico”. HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007 [1651], pp. 140-141, por su parte, expresa: “El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquier cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada una a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una real unidad de todo ello en una y la misma persona [...] Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa común. El titular de esa persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo” (los destacados en el original). Finalmente BAKUNIN, M., *Dios y el Estado*, Terramar Ediciones, Buenos Aires, 2004 [1867-70], destaca que el Estado es “la organización del poder” y argumenta: “El Estado es una institución histórica, transitoria, una forma pasajera de la sociedad, como la iglesia misma, de la cual no es sino el hermano menor, pero no tiene el carácter fatal e inmutable de la sociedad, que es anterior a todos los desenvolvimientos de la humanidad y que, participando plenamente de la omnipotencia de las leyes, de la acción y de las manifestaciones naturales, constituye la base misma de toda existencia humana” (p. 95) pues “Está en la naturaleza del Estado el presentarse, tanto con relación a sí mismo como frente a sus súbditos, como el objeto absoluto. Servir a su prosperidad, a su grandeza, a su poder, ésa es la virtud suprema del patriotismo. El Estado no reconoce otra, todo lo bueno le sirve, todo lo que es contrario es declarado criminal; tal es la moral del Estado. Es por eso que la moral política ha sido en todo tiempo, no sólo extraña, sino absolutamente contraria a la moral humana. Esa contradicción es consecuencia inevitable de su principio: no siendo el Estado más que

dentro del conjunto normativo vigente en la jurisdicción estatal argentina donde deberemos comprender qué se entiende por “ciudadanía” y quiénes tenemos (o no) “derechos políticos”.

II. LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL CIUDADANO EN ARGENTINA

El desafío que nos proponemos entonces es entender cuáles son los derechos políticos del ciudadano en nuestro Estado Integrado y quién es este “ciudadano” que va a poder ocupar cargos públicos o elegir a quienes los ocupen, tanto en nuestro país como en las instituciones del Espacio Integrado, permitiendo así la plasmación del principio democrático (17) y la participación de la sociedad política (18) en la toma de decisiones de las autoridades que dictarán la legislación vigente para el ordenamiento jurídico del Estado Integrado.

En este entendimiento no debemos olvidar que la existencia de Espacios Integrados ha modificado el concepto “ciudadanía” que ya no se reduce sólo a los derechos políticos sino que incluye otros como la libre movilidad y asentamiento dentro del Espacio Integrado, que necesariamente incluye al Estado Integrado y repercute sobre su concepto de “ciudadanía”, que se ve reformulado.

En el caso argentino el marco normativo lo encontramos en disposiciones contenidas en la CNA, los IJJC, los IISDH, los TC regionales y la legislación de-

una parte, se coloca y se impone como el todo; ignora el derecho de todo lo que, no siendo él mismo, se encuentra fuera de él, y cuando puede, sin peligro, lo viola. El Estado es la negación de la humanidad” (p. 120). Puede verse que son tres visiones sobre el fenómeno: crítica, la última; laudatoria, la segunda, y descriptiva, la primera. Por lo demás debe advertirse que KELSEN no creía en la soberanía absoluta del ordenamiento jurídico estatal sino que subordinaba el derecho interno (y por tanto el Estado) al derecho internacional (cfr. KELSEN, H., op. cit., cap. VII).

(17) GOMES CANOTILHO, J. J., op. cit., p. 290, expresa que “Como no existe una identidad entre gobernantes y gobernados y como no es posible legitimar un dominio únicamente sobre doctrinas, el principio democrático permite organizar el dominio político conforme un programa de autodeterminación y autogobierno: el poder político es constituido, legitimado y controlado por ciudadanos (pueblo), igualmente legitimados para participar en el proceso de la organización de la forma de Estado y de gobierno”. En virtud de ello estima que el principio democrático, “en primer lugar acoge los más importantes postulados de la **teoría democrática** representativa —órganos representativos, elecciones periódicas, pluralismo partidario, separación de poderes—, en segundo lugar implica una **democracia participativa**, esto es, la estructuración de procesos que ofrezcan a los ciudadanos posibilidades efectivas de aprender la democracia, participar en los procesos de decisión, ejercer el control crítico en la divergencia de opiniones...” (p. 288) y lo caracteriza como “un **principio de organización** de la titularidad y el ejercicio del poder” (p. 290) (traducción propia, el destacado en el original).

(18) D’AURIA, A. y BALERDI, J., op. cit., denominan “sociedad política” a la sociedad civil que una vez surgido el Estado “vuelve a reivindicar para sí ciertas funciones políticas” (p. 107) para ejercer así su control sobre el Estado. Asimismo, precisan que “La sociedad civil empieza donde el Estado no llega. La sociedad política controla y dirige al Estado y sólo existe en la medida en que la sociedad ejerce algún control y dirección sobre el Estado” (p. 107). Los autores, previamente, habían explicado que “la sociedad civil es la esfera de las relaciones privadas, de los intereses particulares, de las relaciones económicas, es el reino del individuo, guiado por sus fines propios y autónomos y su razón instrumental” (p. 105), en tanto que el Estado “viene a cubrir [...] el papel de garante del orden social. Es como si la sociedad civil, consciente de sus propias tendencias autoaniquiladoras, se autoasignara un tutor, un padre, un árbitro para que imponga y haga respetar un mínimo de reglas de convivencia” (pp. 106-107).

rivada interna y regional. Respecto a los IIDSH, para simplificar nuestra labor, nos limitaremos a los IJC que junto con la CNA componen el BCA y de ellos a los que versan sobre el tema (19). Vale decir, nos concentraremos en el BCA y lo ensamblaremos con la normativa del MERCOSUR y de la UNASUR. Todas estas normas dan cuenta que una treintena de artículos (20) deben ser analizados en conjunto y engarzados de forma tal de saber cuáles son los derechos políticos del ciudadano y, por cierto, la ciudadanía, en el ordenamiento jurídico de la República Argentina.

1. La cuestión en las normas regionales

Empezaremos nuestro análisis por las normas regionales. Éstas propician *“la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana”* (21) y *“la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana”* (22) y para ello propenden a *“la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR”* (23) que *“estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y se conformará en base, entre otros, a los siguientes objetivos oportunamente trazados en los Tratados Fundacionales del MERCOSUR y en la normativa derivada: - Implementación de una política de libre circulación de personas en la región. - Igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. - Igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación”* (24).

Asimismo, procuran la *“facilitación del tránsito y de la circulación en el espacio MERCOSUR”* (25) y la *“simplificación de trámites, agilización de procedimientos de control migratorio, armonización gradual de los documentos aduaneros y migratorios”* (26), y a tal fin los Estados parte se comprometieron a *“evaluar las condiciones para avanzar progresivamente en el establecimiento de derechos políticos, de acuerdo con las legislaciones nacionales que reglamenten su ejercicio,*

(19) DADyDH, DUDH, CADH, PIDCyP, CICDR y CEDM.

(20) CNA, arts. 1; 5, parte 1ª; 22; 36 párrs. 1, 2, 3 y 5; 20; 21; 37; 38; 39; 40; 48; 55; 75, inc. 12, parte 2ª; 89; 94; 97; 123 y 126, parte 2ª. DUDH, art. 21. DADyDH, arts. XX; XXXII y XXXVIII. PIDCyP, art. 25. CADH, art. 23. CEDM, arts. 7 y 8. CICDR, art. 5, inc. c). MERCOSUR/CMC/DEC. N° 64/2010, arts. 1, 2, 3 puntos 1 (1.1 y 1.2) y 11 (11.1). MERCOSUR/CMC/DEC. N° 23/2005, arts. 2, 3, 5, 6 y 11. TC-UNASUR, arts. 3 incs. i) y p); 17 y 18.

(21) TC-UNASUR, art. 3, inc. i) - Objetivos Específicos de la UNASUR.

(22) TC-UNASUR, art. 3, inc. p) - Objetivos Específicos de la UNASUR.

(23) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010 “Estatuto de la ciudadanía del Mercosur”, art. 1.

(24) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010 “Estatuto de la ciudadanía del Mercosur”, art. 2.

(25) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010 “Estatuto de la ciudadanía del Mercosur”, art. 3, punto 1 “Circulación de personas”, 1.1.

(26) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010 “Estatuto de la ciudadanía del Mercosur”, art. 3, punto 1 “Circulación de personas”, 1.2.

en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del MERCOSUR que residan en otro Estado Parte del que no sean nacionales, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del MERCOSUR” (27); y a que exista una *“participación plena de la ciudadanía en el proceso de la integración y la unión suramericanas, a través del diálogo y la interacción amplia, democrática, transparente, pluralista, diversa e independiente con los diversos actores sociales, estableciendo canales efectivos de información, consulta y seguimiento en las diferentes instancias de UNASUR [...]”* (28).

Esto nos anuncia de una intención en el ámbito regional de establecer un Estatuto de Ciudadanía que permita el libre tránsito de personas sin cortapisas diplomáticas, mediante una agilización de los trámites y controles aduaneros —cuando no su eliminación— y la igualación entre los nacionales de cualquier país que residan en otro, sin importar su nacionalidad, pues tendrán en el lugar en que residan los mismos derechos civiles, sociales, culturales, económicos y políticos, entre ellos el de participar en la vida cívica del Estado Integrado y, como no podía ser de otro modo, del Espacio Integrado.

En este punto, los dos espacios regionales establecen la creación de un Parlamento. La UNASUR todavía no lo tiene, pero se fijaron las pautas para su funcionamiento (29). El MERCOSUR, en cambio, sí y está regulado por el “Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR” (30).

Éste especifica que la institución debe: *“1. Representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política. [...] 4. Garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración. 5. Estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración”* (31), integrarse *“de conformidad a un criterio de representación ciudadana”* (32) y que sus miembros *“serán elegidos por los ciudadanos de los respectivos Estados Partes, a través de sufragio directo, universal y secreto”* (33) en una elección que se realizará *“de forma simultánea en todos los Estados Partes, a través de sufragio directo, universal y secreto de los*

(27) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010 “Estatuto de la ciudadanía del Mercosur”, art. 3, punto 11 “Derechos políticos”, 11.1.

(28) TC-UNASUR, art. 18 “Participación Ciudadana”, que concluye apelando a que “Los Estados Miembros y los órganos de UNASUR generarán mecanismos y espacios innovadores que incentiven la discusión de los diferentes temas garantizando que las propuestas que hayan sido presentadas por la ciudadanía, reciban una adecuada consideración y respuesta”.

(29) TC-UNASUR, art. 19. “Parlamento”. Se limita a fijar la sede del Parlamento Suramericano en la ciudad de Cochabamba, Bolivia. Entendemos que el Protocolo Adicional al TC deberá respetar el principio democrático destacado en los arts. 3, incs. i) y p), y 18 del TC-UNASUR, en especial la consolidación de una “ciudadanía suramericana”.

(30) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, del 9 de diciembre de 2005, que fija la sede en Montevideo, Uruguay, y establece los objetivos y condiciones de funcionamiento.

(31) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 2 “Propósitos”, incs. 1, 4 y 5.

(32) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 5 “Integración”.

(33) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 6 “Elección”, inc. 1.

ciudadanos" (34) del MERCOSUR de acuerdo con "lo previsto en la legislación de cada Estado Parte, la cual procurará asegurar una adecuada representación por género, etnias y regiones según las realidades de cada Estado" (35), pues es un principio de este Parlamento "El repudio a todas las formas de discriminación, especialmente las relativas a género, color, etnia, religión, nacionalidad, edad y condición socioeconómica" (36). Sin embargo, "Los candidatos a Parlamentarios deberán cumplir con los requisitos exigibles para ser diputado nacional, según el derecho del Estado Parte respectivo" (37) y les serán aplicadas "las demás incompatibilidades para ser legislador" (38) existentes en cada Estado.

Vemos en esto que el MERCOSUR a la par que habla de una ciudadanía propia, y fija pautas para ello, deja librado el criterio a lo que disponga cada país; los cuales, a su vez, deberían respetar las pautas del Espacio Integrado. El sinsentido (y/o contradicción) es importante: mientras se pide que no haya discriminación alguna ni pueda primar la nacionalidad local, los requisitos para la elección de estos parlamentarios quedan en manos de la legislación interna de cada Estado parte, que tranquilamente puede limitar los derechos políticos a sus nacionales. Es decir, se persigue que vote la ciudadanía del MERCOSUR, que lógicamente puede estar esparcida en cualquier parte del territorio común conformado por la suma de los territorios estatales, pero la determinación de esa ciudadanía queda cargo de los Estados.

Difícil será así que se concrete el propósito. Abogamos porque la UNASUR no caiga en esta incongruencia.

Sin embargo, debemos reparar en que pese a la contradicción señalada, la antedicha normativa del MERCOSUR y la futura de la UNASUR, como sus respectivos TC, por expreso imperativo constitucional, forman parte del ordenamiento jurídico argentino y tienen jerarquía superior a las leyes (39). Esto es: son derecho vigente y tienen fuerza normativa (40).

Así entonces, las normas transcritas habrán de cotejarse con las constitucionales y de los IJC correspondientes. Comenzaremos por las primeras.

(34) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 6 "Elección", inc. 4. Ese día tiene que determinar el CMC a propuesta del Parlamento y se llamará el "Día del MERCOSUR Ciudadano".

(35) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 6 "Elección", inc. 2.

(36) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 5 "Principios", inc. 5.

(37) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 11 "Requisitos e incompatibilidades", inc. 1.

(38) MERCOSUR/CMC Dec. N° 23/2005, art. 11 "Requisitos e incompatibilidades", inc. 3. Este artículo en su inciso 2) aclara que "El ejercicio del cargo de Parlamentario es incompatible con el desempeño de un mandato o cargo legislativo o ejecutivo en los Estados Partes, así como con el desempeño de cargos en los demás órganos del MERCOSUR".

(39) CNA, art. 75, incs. 22, párr. 1º, parte 2ª y 24, párr. 1º, parte 2ª.

(40) Por cierto, para los TC se sigue el procedimiento regido por los arts. 75, inc. 24, parte 1ª y 99, inc. 11 de la CNA más las disposiciones de la CVDT y una vez vigentes ocupan el lugar jerárquico interno que indica el art. 75, inc. 22, párr. 1º, parte 2ª de la CNA. La legislación derivada en cambio no requiere una norma de incorporación, pues basta con su emisión y publicación por el MERCOSUR o la UNASUR, y se emplaça en la posición precisada por el art. 75, inc. 24, párr. 1º, parte 2ª.

2. La cuestión en las normas constitucionales

La Constitución adopta una “*forma representativa republicana federal*” (41) de gobierno en la cual “*el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades*” (42), quienes para poder serlo no deben haber atentado contra “*el orden institucional y el sistema democrático*” (43). En éste se garantiza “*el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular*” (44) que debe observarse mediante el sufragio “*universal, igual, secreto y obligatorio*” (45) y “*la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios*” (46). En todos estos ámbitos debe verificarse “*la representación de las minorías*” (47).

Esta igualdad entre hombres y mujeres se da sólo entre ciudadanos (48) que son quienes pueden participar, eligiendo o siendo elegidos, en los órganos de gobierno de carácter representativo. Así lo pauta la CNA que limita los derechos políticos a los nacionales (49), excluyendo a los extranjeros (50).

Esto, por carácter transitivo, significa que no todos los habitantes forman el pueblo de la nación ni serán ciudadanos y, por tanto, que habrá una porción de la población que no estará representada en los órganos de gobierno ni podrá acceder a ellos.

Puede verse que si el ejercicio de los derechos políticos está reservado al ciudadano y la ciudadanía está mediada por la nacionalidad, quien no la posea no será ciudadano y carecerá de derechos políticos. Tal el caso de los extranjeros.

Estos extranjeros tranquilamente podrían ser nacionales de Estados que formen parte de un bloque regional integrado por Argentina y que impulse una ciu-

(41) CNA, art. 1. Esquema que pide replicar en las provincias (CNA, arts. 5, parte 1ª y 123).

(42) CNA, art. 22.

(43) CNA, art. 36. Tales hechos, refiere, serían: participar en una sedición, asonada o golpe de estado, o bien haberse enriquecido en el ejercicio de la función pública o cometido delitos dolosos contra el Estado.

(44) CNA, art. 37.

(45) CNA, art. 37.

(46) CNA, art. 37. El art. 38, por su parte, indica que el ejercicio se hace a través de los partidos políticos.

(47) CNA, art. 38, parte 1ª.

(48) CNA, arts. 39 y 40.

(49) En efecto, la CNA estipula que podrán ser electos diputados (art. 48), senadores (art. 55) o presidente y vice (art. 89) quienes sean ciudadanos nacidos en territorio nacional o tengan un mínimo de años de residencia y de ejercicio de la ciudadanía, si hubieran nacido fuera. Los ciudadanos deben defender la constitución, no así los ciudadanos por naturalización para quienes esto es optativo (art. 21). Y menos los extranjeros, que no son considerados ciudadanos (art. 20). Las leyes de nacionalidad son competencia exclusiva del Congreso de la Nación (CNA arts. 75, inc. 12, parte 2ª y 126).

(50) CNA, art. 20. Los extranjeros no están obligados a obtener la ciudadanía, tienen los mismos derechos civiles del ciudadano, y pueden adquirir la nacionalización con una residencia mínima de dos años. Cumplidos, pueden ser ciudadanos por ser argentinos naturalizados.

dadanía común que confiera derechos políticos a todos estos ciudadanos en el territorio donde residen.

¿Cómo se solucionaría este eventual conflicto? En principio la CNA sería refractaria a admitir este tipo de votantes o candidatos. Sin embargo, deja una hendija abierta y habría que explorarla: el hecho de que la residencia en un lugar distinto al de su nacimiento habilita a los nacionales a ser candidatos por ese distrito (51) y, va de suyo, a votar (52). Habría que ver si tal criterio es aplicable a los ciudadanos del bloque regional y extensible a los extranjeros extra Espacio Integrado.

Otro tema a evaluar y que puede aportar otro ángulo para una solución es la pretensión constitucional de no cristalizar minorías (53).

En breve abordaremos estos asuntos. Ahora veremos qué pautas arrojan los IIDSH incorporados al BCA.

3. La cuestión en las normas internacionales sobre derechos humanos

Las múltiples disposiciones que se esparcen en los siete IJC que hablan sobre derechos políticos componen un cuadro de situación bifronte, pues dos de ellos se centran en el “ciudadano” —a quien no definen— y los demás se refieren a “toda persona” o a “hombres y mujeres” en condición de igualdad como destinatarios de sus prescripciones referidas al ejercicio de funciones públicas.

No obstante esta diferencia, que ya veremos cómo interpretar, los dos grupos reconocen que toda persona o ciudadano “*tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos*” (54), como también a participar “*en la dirección de los asuntos públicos de cualquier nivel*” (55), aun “*en la labor de las organizaciones*

(51) CNA, arts. 48 y 54.

(52) De hecho la CNA no impide el voto de los no residentes en el país y es así como el CEN en su art. 15 dispone que el Registro Nacional Electoral deberá contener un subregistro “De los electores residentes en el exterior”, dando cuenta de que el voto está permitido a los residentes en el exterior. Por su parte, la Ley 24.007 del 9 de octubre de 1991 (B.O. 05/11/1991), informa en su art. 1: “Los ciudadanos argentinos que, residiendo en forma efectiva y permanente fuera del territorio de la República Argentina, sean electores nacionales de acuerdo a lo dispuesto en el Código Electoral Nacional y se inscriban en el Registro de Electores Residentes en el Exterior establecido en el artículo siguiente, podrán votar en las elecciones nacionales”. Con independencia del acierto o no de esta disposición —a nuestro juicio errónea—, debemos hacer notar que la extensión del derecho al voto a los residentes en el exterior contrasta con la imposibilidad de que lo hagan quienes residen en el país, pero circunstancialmente “el día de la elección se encuentren a más de quinientos (500) kilómetros del lugar donde deban votar” (CEN, art. 12 inc. b). Puede verse que mientras se permite que vote un argentino residente en el exterior, no se permite el voto de los ciudadanos de los bloques regionales que Argentina integre ni de los extranjeros extra Espacio Integrado, por más que todos residan en el país. Lo dejamos planteado.

(53) CNA, art. 38.

(54) DUDH, art. 21, párr. 1º. Igual DADyDH, art. XX; PIDCyP, art. 25, inc. a); CADH, art. 23, párr. 1º, inc. a); y CEDM, art. 7, inc. b).

(55) CICDR, art. 5, inc. c).

internacionales" (56); y a "votar en todas las elecciones y referéndum públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas" (57). Estas elecciones deberán ser "periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores" (58), y asimismo genuinas, libres y obligatorias (59).

Todas estas elecciones deben ser realizadas en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres y garantizar su igualdad ante la ley sin que se incurra en restricciones indebidas ni discriminaciones por motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (60) o étnica (61). No obstante, se acepta que existan limitaciones muy precisas para la titularidad o el ejercicio de los derechos políticos, siempre que se hagan "exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal" (62). Estas limitaciones son las únicas posibles (63). Otras serían infundadas y lesivas de los derechos tutelados.

Bajo tales parámetros estos IISDH/IIJC bosquejan un concepto de derechos políticos amplio y configuran una noción de ciudadanía también amplia, que resultarían extensibles a cualquier persona que esté bajo la jurisdicción soberana de un Estado determinado, en el caso nuestro país. Estos hombres y mujeres de no incurrir en un impedimento legal podrán ocupar cargos públicos electivos o elegir a quienes los ocuparán tanto en el ámbito interno como externo (64).

Y en esas elecciones debería participar cada hombre y cada mujer —toda persona— que cumpla con los recaudos que ese ordenamiento jurídico indique y que bajo ningún concepto podrían referir al origen nacional del candidato o votante.

A pesar de lo antedicho, habría que precisar si "nacionalidad" y "origen nacional" son lo mismo. En principio no lo serían, pues hemos visto que la nacio-

(56) CEDM, art. 8.

(57) CEDM, art. 7, inc. a).

(58) PIDCyP, art. 25, inc. b). Igual CADH, art. 23, párr. 1, inc. b).

(59) DADyDH, arts. XX y XXXII.

(60) PIDCyP, art. 2. párr. 1; CADH, art. 1, párr. 1; y CICDR, art. 5, inc. c).

(61) CADH, art. 23, párr. 2.

(62) CADH, art. 23, párr. 2.

(63) Sólo esas causales —y entre ellas la condición de extranjero (DADyDH, art. XXXVIII)— excluirían la calidad de ciudadano (CADH, art. 23, párr. 1; DADyDH, art. XX; PIDCyP, art. 25; y CICDR, art. 1, apartado 1), y funcionarían como limitantes a la extensión de derechos. Su interpretación debe hacerse en forma restrictiva.

(64) En cualquier nivel: municipales, provinciales, nacionales (propias del Estado Integrado; vale decir, en su ámbito interno); y también regionales y, de existir, mundiales (propias del Estado Integrado en su ámbito externo).

nalidad puede ser uno de los aspectos a considerar al momento de reglar los derechos políticos, pero el origen nacional no.

Ahora bien, siendo esto así nos permitimos plantearnos lo siguiente: ¿qué pasaría si una persona tuviera la nacionalidad de un Estado y origen nacional de otro (supongamos un argentino con ascendencia ucraniana) y otra fuera extranjera, pero con ascendencia en el Estado en que reside (pongamos un ucraniano de origen nacional argentino)? De existir una limitación en función de la nacionalidad, el primero tendría derechos políticos, mientras que el segundo no. Agreguemos ahora una tercera persona que fuera nacional con idéntico origen nacional (argentino de familia argentina) y una cuarta extranjera con origen nacional foráneo al lugar de residencia (un ucraniano de familia ucraniana viviendo en Argentina). Hasta acá es claro que este último no tiene ningún derecho político y que el anterior, cuyos títulos son indiscutibles, los tendría en demasía.

Llegados a este punto pensemos qué acontecería si los cuatro convivieran en un Estado (digamos Argentina). Dos tendrían derechos políticos (el primero y el tercero) y dos no (el segundo y el cuarto). Lo curioso es que entre el primero y el tercero habría diferencia de origen nacional y también derechos políticos, y que entre el segundo y el cuarto también diferirían los orígenes, pero ambos carecerían de derechos políticos. Lo extraño es que en un último cruce el primero con el cuarto y el segundo con el tercero cada par tendría idéntico origen nacional, pero distintos derechos políticos: el primero sí y el cuarto no, y el tercero sí y el segundo no. Derechos y negación de derechos para el mismo origen nacional. Situación límite, punto de inflexión. ¿No estaríamos ante una discriminación por origen nacional prohibida? Lo dejamos planteado.

4. Comparación entre los tres ámbitos

Para sintetizar y visualizar mejor lo que ocurre con los derechos políticos en cada ámbito normativo y luego poder extraer cómo se imbrican es necesario compararlos.

Un gráfico simplifica la exposición:

Tipo de norma reguladora	Ciudadanía	Derechos Políticos	Ámbito de aplicación
Regional (TC-UNASUR; y Decisiones Mercosur GCM N° 23/2005 y 64/2010).	Nacionales de cada Estado del bloque. <i>Aclaración:</i> se compone por derechos políticos y de libre tránsito y residencia. Se crea una ciudadanía nueva: la regional.	Nacionales de cada Estado del bloque.	Sin distinción. Sin hesitar en el Espacio Integrado. También se auspicia que sea en el del Estado Integrado de residencia, sin precisar límites. <i>Observación:</i> las condiciones de adquisición y ejercicio las fija cada Estado parte. Conviven dos ciudadanías: la regional y la nacional.

Tipo de norma reguladora	Ciudadanía	Derechos Políticos	Ámbito de aplicación
Interna (CNA y CEN).	Sólo si se es nacional. <i>Aclaración:</i> se limita a los derechos políticos.	Sólo si se es nacional.	Todas las autoridades internas, sin importar el nivel (nacional, provincial, municipal). <i>Observación:</i> no puede obligarse a los extranjeros a nacionalizarse ni a ser ciudadanos. La ciudadanía es única: la del Estado, con diversos niveles de aplicación (nacional, provincial, municipal).
Internacional (IISDH del BCA: DUDH; DADyDH; PIDCyP; CADH; CICR y CEDM).	Toda persona. <i>Aclaración:</i> se limita a los derechos políticos. No existe una ciudadanía internacional.	Toda persona.	Toda elección que tenga lugar en un país (para autoridades internas o de entes externos). <i>Observación:</i> pueden limitarse por motivos puntuales que no deben ser discriminatorios (la calidad de ciudadano sería admisible). La ciudadanía es una y se ejerce en múltiples niveles, incluido el externo.

Del cotejo podemos apreciar que hay disparidad de criterios entre las normas de los diferentes ámbitos, pero que todas coinciden en algo: se aplican en las elecciones que tienen lugar en un Estado e inciden sobre su ordenamiento jurídico, del cual —no puede no ser así— forman parte. En lo que disienten es respecto al sujeto que podrá invocar cada norma y exigir el derecho a votar o a ser votado, y más aún ser considerado ciudadano.

En orden decreciente encontramos a las normas internacionales, las regionales y las constitucionales. Éstas limitan los derechos de ciudadanía y con ellos los políticos a quien tenga la nacionalidad argentina. Se deduce entonces que quien no sea argentino (nativo o por opción) carecerá de derechos políticos y tampoco será ciudadano. Las segundas, por su parte, los amplían a los ciudadanos de los Espacios Integrados MERCOSUR o UNASUR y con ello a los nacionales de cada Estado Integrado, pero a su vez marcan un límite y un inconveniente: la calidad de ciudadano del bloque regional y el ejercicio de los derechos políticos en el Espacio Integrado quedan sujetos a la legislación del Estado Integrado en que se habite, el cual puede excluir la condición de ciudadano y el goce de derechos políticos a quien no sea nacional suyo (tal el caso argentino). Por último, las primeras —a diferencia de las anteriores— extienden la ciudadanía aún a quien no sea nacional del Estado en que reside y los derechos políticos a cualquier tipo de elección que ocurra en ese Estado. La amplitud es máxima y no circunscribe estos derechos a la posesión de una nacionalidad determinada, sino que mayormente los vincula con la residencia. Sin embargo, advertimos, admiten que un Estado requiera su nacionalidad para considerar a una persona como ciudadano (el caso argentino), aunque, paradójicamente impiden que se hagan distinciones por origen nacional.

Al comparar, entonces, podemos ver que si bien las diferencias entre cada ámbito son fuertes, con las excepciones que aceptan no ocasionarían contradicciones, pues todo, en última instancia, quedaría librado al Estado Integrado, quien —dentro de las restricciones habilitadas— podría poner algún reparo a ciertas personas y definir así quién es ciudadano y tiene derechos políticos dentro de su jurisdicción. No dejamos de notar que esto incidirá en el Espacio Integrado y sobre su pretensión de ampliar y extender los derechos de ciudadanía más allá de a los nacionales.

Vemos que hay tensiones. Vemos también que la intención de los IISDH/IIJC es extensiva y no limitativa de derechos. En efecto, si bien es cierto que dejan cierto margen de regulación de los derechos políticos y de la ciudadanía a los Estados, no lo es menos que paralelamente extienden los derechos a *toda* persona permitiéndole participar en el gobierno de *su* país. Y siendo así, de nada cabría hablar de ciudadanía y derechos políticos mediados por la nacionalidad, salvo que *su país* refiera al del cual *cada persona* sea nacional. Podría ser. Aunque no se entendería por qué los IISDH/IIJC mencionan a “toda” persona sin concentrarse en los nacionales de un país. Otra alternativa es entender que *su país* alude a aquel en que una persona efectivamente se encuentre residiendo, que no necesariamente puede coincidir con el de su nacionalidad, pero sí con el de su ciudadanía. No es un tema fácil, pues. Pero tampoco complicado.

Existe un principio de solución, que puede argumentarse de diversos modos. Trataremos de hacerlo en breve.

Por ahora nos limitaremos a aportar que así como los IISDH/IIJC recurren a “toda persona”, las normas regionales lo hacen a *los pueblos* del Espacio Integrado y también a la participación plena de esta ciudadanía sin que pueda estar condicionada en función de la nacionalidad de las personas.

Ante ello cabe preguntarse quién es este pueblo: ¿se tratará de los nacionales o de cualquiera que habite un país con independencia de su sexo, género, raza, color, religión, nacionalidad, condición social, económica u origen nacional o étnico?

Tal vez la idea de *los pueblos* se corresponda con la de *toda persona*.

Ahora bien, como todas estas reglas, pautas y dudas están dentro del ordenamiento jurídico argentino, hay que ver cómo se entrelazan y cuál es su resultante. Y así despejar las incertidumbres.

III. CIUDADANÍA Y DERECHOS POLÍTICOS EN ARGENTINA

Hemos visto que en nuestro país conviven normas procedentes de tres ámbitos de poder (nacional, regional e internacional) en cuanto a su autoría (65). También hemos observado que todas se aplican sobre una única jurisdicción o

(65) Aún así debemos notar que, como mínimo, los centros de poder son cinco: Estado nacional, MERCOSUR, UNASUR, OEA y ONU. A ellos habría que sumar cada nivel subnacional (provincias, municipios, comunas) dentro del ámbito de sus competencias.

centro de imputación. Nos resta pues determinar quiénes son los destinatarios y titulares de tal convergencia normativa.

Para ello tenemos que recordar dos cosas: 1) nuestro país (como todo Estado) es soberano y como tal tiene reglas propias, y 2) está inserto en una comunidad internacional que tiene sus propias reglas sustrayendo a los Estados el pleno y libre ejercicio de su soberanía. El permanente juego entre derecho interno y derecho internacional; la constante tensión entre constitución e instrumentos internacionales. A esto, hay que sumar el fenómeno integracionista y el traspaso de cuotas de soberanía o ejercicio de competencias específicas a las instituciones regionales; y la emergencia de la tutela internacional de los derechos humanos fundamentales. Y con esto a las normas constitucionales e internacionales se añaden los tratados constitutivos con su legislación derivada y los IISDH.

Afortunadamente hay reglas que permiten encauzar la afluencia y están dadas principalmente por la CNA, la CVDT, los TC de cada espacio regional y las cláusulas de interpretación de cada IISDH.

Sintéticamente podemos esquematizarlo así: 1) la CNA establece un orden jerárquico de normas a cuya cabeza se pone, siendo secundada por las que no hayan sido redactadas por el legislador constituyente (66). Sin embargo, acepta que algunas no redactadas por éste, y sí por el legislador internacional tengan su misma entidad (67) (supremacía); 2) la CVDT otorga primacía a la norma internacional de la índole que fuere por sobre la interna (*pacta sunt servanda*) (68), independientemente de cuál se trate (69), pero siempre que constitucionalmente tal pacto sea posible y ello fuera conocido por toda la comunidad internacional (*rebus stic stantibus*) (70); 3) los TC regionales imponen la obligatoriedad de las normas regionales siempre que cada Estado parte incorpore previamente el TC a su ordenamiento jurídico o acepte la vinculación que el TC establece (primacía condicionada) (71); y 4) los IISDH se consideran normas superiores e imperativas (*ius cogens*) (72), pero aceptan que pueda haber otra norma que otorgue mejores derechos (*pro homine*) (73).

Esto es más que interesante, pues cada norma se autocalifica como la más importante, pero ninguna repara en que todas tienen efectos sobre un mismo sujeto de derecho o centro de imputación de normas: cada ser humano que se encuentre en un Estado en el que estos cuatro tipos de normas confluyan y convivan.

(66) CNA, art. 31.

(67) CNA, art. 75, inc. 22, párrs. 2º y 3º. Es lo que conocemos como BCA.

(68) CVDT, art. 26.

(69) CVDT, art. 27.

(70) CVDT, art. 46.

(71) TC-MERCOSUR (POP), arts. 2 y 42. TC-UNASUR, art. 12, párr. 4º.

(72) CVDT, art. 64.

(73) DUDH, art. 30; CADH art. 29; y PIDCyP, art. 46 (idéntico al PIDEsYc, art. 24); y CICDR, art. 16.

El riesgo de conflictos —y sobre todo el choque de egos normativos— es grande, y en la mitad está el simple ser humano que puede quedar desamparado. ¿Cómo evitamos esto? De una única manera: tratando de aunar todas las normas.

Modestamente estimamos que esto sólo puede ser posible si las consideramos como pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico: el del Estado Integrado, en este caso Argentina.

Y en este entendimiento hay un lineamiento clave a tener en cuenta: que la CNA dentro de su orden jerárquico permite el contacto con los derechos internacional, integracionista y de los derechos humanos (74) y su apertura hacia ellos, siempre que éstos respeten los principios de derecho público asentados en la CNA (75). Y esto es determinante: de ocurrir, la CNA da vigencia al derecho “foráneo”, al que acepta y deja ingresar al ordenamiento jurídico hospedándolo como norma interna de origen externo. De esto se sigue que no debería haber mayores problemas normativos o que no se generarían inconvenientes, pues la norma externa se adapta al ordenamiento jurídico y éste la adopta y acoge en su seno, sabiendo que inserta una norma con peculiaridades muy suyas, como una historia y un margen de maniobra propios. Pasando negro sobre blanco: la norma internacional se internaliza, pero trae consigo sus reglas y su pretensión de primacía, que el ordenamiento jurídico argentino no desconoce y acepta a través de la CNA y su fórmula de contacto. Esto no es más que hacer confluir las normas y darles espacio dentro de un único ordenamiento, el del Estado Integrado, que, claro, se modula y reformula con todas las normas que lo integran.

Y bien, tenemos que ver qué pasa con los derechos políticos y la ciudadanía.

Si nos guiáramos por una estructura rígida, las únicas disposiciones posibles y permitidas serían las de la CNA. Pero si nos atenemos a lo que venimos diciendo —sin que ésta pierda supremacía—, podemos postular que el constituyente de 1994 hizo una concesión a los demás centros de poder en esos aspectos y, por tanto, las disposiciones de la CNA deben amalgamarse con las de los demás centros de poder.

Pasando en limpio: la CNA es suprema dentro del ámbito de sus competencias y las normas regionales e internacionales de derechos humanos lo son en sus ámbitos respectivos. El problema es que éstos se superponen con la jurisdicción constitucional, pues —vimos— coinciden (o coincidirían) en sus destinatarios: los habitantes de un Estado.

De no ocurrir esto, no habría choque normativo alguno, ya que cada una regiría en su ámbito de aplicación con exclusividad. Se daría un fenómeno similar al de las esferas (o círculos) tangentes. No habría una zona de contacto, por tanto no habría potencial conflicto, y, lógicamente, no habría necesidad de aunar cri-

(74) CNA, art. 75, incs. 22, párr. 1; y 24, párr. 1.

(75) CNA, art. 27.

terios: cada esfera giraría sobre su eje y estaría en su mundo (cada círculo sería pleno y soberano (76)).

Pero no. Lo que sucede es que hay más de un punto de conexión y eso genera una zona de contacto: no se trata ya de esferas (o círculos) tangentes sino de círculos secantes y aún más de círculos y esferas concéntricos, los cuales encajarán uno dentro del otro cual *matrioskas*.

Acudir para la representación del fenómeno que analizamos a la figura de las *matrioskas* nos sirve también para visualizar que cada unidad es independiente de las otras —esto es, cuando se las pone en fila—, pero que asimismo todas son interdependientes y se ensamblan —cuando se las apila—.

Y esto nos permite notar algo más: cada parte forma parte de un todo mayor, en el cual la parte (círculo, esfera o muñeca rusa) menor está atrapada dentro de las demás, siendo la que recibe y concentra las influencias (o pesos) de las que se le superponen. Y la que las resiste o no. En lo que a nosotros respecta esta figura “menor”, es el Estado Integrado y de suyo su ordenamiento jurídico (77).

Y acá tenemos que reparar en algo sustancial: los derechos no se tienen en abstracto sino en relación a un punto de referencia. Este lo podríamos buscar en la esfera, círculo o *matrioska* universal, regional o estatal, o en todos ellos juntos, teniendo por punto de conexión al último (78). En el primer caso los puntos de referencia estarían desconectados, dispersos. En el segundo un poco más próximos. En el último, aglutinados. Y el nexa sería el ordenamiento jurídico del Estado, dado que es donde se aplican todas y cada una de las normas que venimos viendo, y a cuyo través nos llegan y se nos imponen las reglas y los límites dentro de los cuales desarrollamos nuestra individualidad y convivimos.

(76) Pero sabemos que no es así: los Estados (aun integrados) son los únicos soberanos, los Espacios Integrados tienen competencias delegadas, y los organismos internacionales cuentan con una simple capacidad de creación normativa y eventualmente de control... ahora bien, el denominador común de todos es el Estado.

(77) “Menor” dentro del esquema propuesto, pero esta calificación de “menor” tiene que ser entendida en forma figurada, porque el Estado Integrado está en cada uno de los demás círculos o esferas, sólo que es únicamente “soberano” en la jurisdicción propia. En las demás, su soberanía o capacidad normativa plena es compartida. En este sentido, podríamos ver la esquematización al revés y apreciar que el Estado Integrado está en cada uno de los círculos o esferas concéntricas, pero en uno está solo, el que aparenta ser el más pequeño. En los restantes está con otros Estados regionales (el círculo o esfera inmediato e intermedio) y también con otros Estados entre los cuales generalmente están los regionales (el círculo o esfera más alejado y en apariencia mayor).

(78) El círculo o esfera estatal concentra y aglutina a los anteriores pues todas las normas de las muñecas que se superponen se aplican también sobre la muñeca que las sostiene: el Estado Integrado. Si vemos el despliegue del Estado en cada círculo, esfera o *matrioska*, podemos ver que en el primero está solo, vale decir, con *sus* normas y *sus* instituciones; que en el segundo está junto con otros Estados en el marco regional, es decir, está el Estado más otros Estados dentro de un Espacio Integrado, con *más* normas y *más* instituciones; y en el último está con todavía más Estados, esto es, con *otras* normas y *otras* instituciones. En cada *matrioska* está el Estado, siendo su participación y dominio más laxo a medida que la figura se agranda. Pero, cuidado, las demás *matrioskas* tienen un ámbito jurisdiccional propio que son sus propias esferas o círculos con exclusión de la superficie del Estado Integrado en cuya jurisdicción entran todos. Queremos decir: la jurisdicción de los otros ámbitos es posible, sólo cuando el Estado Integrado no ejerce la propia que incluye a las demás.

Entonces, ¿cómo resolvemos el asunto de la ciudadanía y los derechos políticos en el Estado Integrado República Argentina?

Sobre este punto entendemos que hay dos soluciones. Una hacer primar el derecho interno con su escala jerárquica encabezada por la CNA, hablaríamos de una soberanía y supremacía plenas y bastante lejos estaríamos del fenómeno integracionista y del modelo de Estado Integrado. Otra hacer valer la misma escala, pero entendiendo que la CNA ya no está sola y se encuentra modulada por otras normas que se entranan con ella —los IIJC—, es decir, mantener la soberanía pero descentrar la supremacía constitucional trasladándola a un Bloque Constitucional (BC); el cual a su vez estará modulado por otras normas —las regionales— que no lo integran, pero sí ponen en jaque su supremacía plena y en algún aspecto la soberanía absoluta del Estado Integrado.

Aún así habría (y hay) que reflexionar sobre este último aserto.

Para ello nuevamente nos será útil el esquema de *matrioskas*. Tomemos la muñeca menor, la que representa al Estado Integrado. Ella es la que acepta que las demás se acoplen. Pensémosla ahora como la Constitución Nacional (CN) de ese Estado Integrado. Sabemos que las constituciones son la manifestación objetivada de una voluntad constituyente, la cual es la máxima expresión de soberanía de una sociedad (o comunidad) que decide constituirse como Estado y poseer un ordenamiento jurídico. Si en este acto fundacional de un Estado —y potencial Estado Integrado— este constituyente objetivó (y previó) en un instrumento jurídico —la CN— la posibilidad de que otros instrumentos jurídicos —IISDH (IIJC), TC— se le ensamblen o acoplen ¿no se ejerció —y dejó abierto— en ese momento constituyente un acto soberano que habilita la cesión de competencias y la autolimitación de su supremacía plena y la del BC que ella integra? Si entendemos esto, la solución está al alcance de la mano.

Pero antes de plantearla queremos ser claros: las normas que forman o pueden formar el ordenamiento jurídico de un Estado —Integrado o no— las marca el texto de su CN, que precisará a su vez cuáles encabezarán tal sistema, y qué posición ocupará cada norma en éste, incluida la propia CN. Lo que no varía nunca es la función que cumple el texto constitucional: ser el ordenador del sistema. Esto no significa que necesariamente sea su vértice, pero sí la norma que concentra la planificación y flotación de todo el sistema. Es lógico: es la única norma que expresa la voluntad constituyente. Y esto la diferencia de cualquier otra.

En el esquema constitucional argentino, el constituyente de 1994 previó que la CNA encabezara el sistema (79) pero no en soledad, sino acompañada por ciertos IISDH a los cuales otorgó (80), o permite que el legislador ordinario brinde (81), “jerarquía constitucional”. Esto facilita el análisis de la relación entre normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos porque siempre que las últimas tengan jerarquía constitucional las pone en pie de igual-

(79) CNA, art. 31.

(80) CNA, art. 75, inc. 22, párr. 2º.

(81) CNA, art. 75, inc. 22, párr. 3º.

dad y las posiciona junto a la CNA en el primer lugar de normación interna: el llamado BCA.

Asimismo, debe recordarse que por decisión del citado constituyente las restantes normas de origen internacional (cualesquiera fueran sus materias, que podrían ser las que estamos analizando ahora —IISDH—), tienen jerarquía superior a las leyes (82), pero nunca constitucional, ubicándose por debajo de la CNA y del BCA.

En el mismo esquema, dicho constituyente también autorizó que la República Argentina se sumara a procesos integracionistas (83), habilitando la cesión de competencias a instituciones de estos Espacios Integrados (84) y explicitando la posición que tendrá la legislación surgida en dicho ámbito regional (85): superior a las leyes, pero inferior a la CNA. Esto es importante porque relaciona las normas de origen interno con las de origen regional y precisa que la CNA sigue encabezando el sistema junto al BCA.

No obstante, no debe olvidarse que el constituyente del '94 también estableció que cuando el país participe en un proceso de integración regional se puedan delegar competencias normalmente de titularidad del Estado y ejercidas por sus órganos a instituciones del Espacio Integrado, quedando los poderes constituidos inhibidos de ejercer las materias que el TC del Espacio Integrado confiere a éste y detrae a los órganos creados por el constituyente e informados por la CNA. Esta traslación de competencias, cabe destacar, cuenta con la anuencia anticipada del constituyente y con la aceptación expresa de las autoridades nacionales que deciden vincular al país en una experiencia de este tipo.

En el citado esquema el constituyente explicitó a su vez que cualquier norma que tenga origen internacional o infra constitucional debe adecuarse a los principios de derecho público que él expuso en el texto constitucional (86) y cuyos derechos y garantías no pueden ser alterados o vulnerados (87) por otro legislador que no sea el propio constituyente (88). Con esto la conexión y articulación entre todos los órdenes normativos puede efectuarse sin mayores contrariedades.

Así, pues, el legislador constituyente contempló que en nuestro ordenamiento jurídico pueden coexistir normas de diferentes orígenes, y para tal evento especificó sus ubicaciones en él. Y acá está la clave de análisis dentro de nuestro Estado Integrado. Al exigir que toda norma se amolde (o sea conforme) a los principios estructurantes del ordenamiento interno, el constituyente del '94 asegura que ninguna norma de origen externo pueda violentarlo ya que impone un

(82) CNA, art. 75, inc. 22, párr. 1º.

(83) CNA, art. 75, inc. 24.

(84) CNA, art. 75, inc. 24, párr. 1º, parte 1ª.

(85) CNA, art. 75, inc. 24, párr. 1º, parte 2ª.

(86) CNA, art. 27.

(87) CNA, art. 28.

(88) CNA, art. 30.

control previo de adecuación de tales normas para su aceptación e incorporación al ordenamiento interno. Y en esto el constituyente fue claro y generoso distinguiendo dos clases de normas de origen internacional, una las clásicas y propias del DIP —Derecho Internacional Público— (bilateral o multilateral) y del DIDH —Derecho Internacional de los Derechos Humanos— (universal o regional), y otra las modernas y propias del Derecho de la Integración (eminentemente regional). Para las primeras se requiere una validación o confrontación constante que se hace en cada caso a través de la interacción de la CVDT y la CNA (89). Para las segundas, una validación o confrontación genérica del TC con la CNA que se hace mediante la interacción de la CVDT y la CNA (90), y que deja expedita la incorporación de la legislación derivada del Espacio Integrado, sin más trámite que su emisión y sanción por los procedimientos internos del bloque regional, ya sin intervención alguna de los poderes constituidos de nuestro país (91).

Así entonces, desde la óptica constitucional se conformaría un BCA que encabezaría nuestro sistema jurídico, y que da por acreditado que las normas de los Espacios Integrados si bien internamente se sitúan bajo él, son producto de órganos a los que el propio constituyente permite delegarle competencias y detraerlas de los poderes constituidos siempre que tales entidades no estatales respeten los parámetros de funcionamiento del ordenamiento jurídico creado por el constituyente.

Siendo muy claros: no debería existir confrontación (tensión) alguna entre las normas del BCA y las de los Espacios Integrados porque esa constatación la habría dado por anticipada el congreso nacional al permitir a la República Argentina ingresar a un proceso de integración y convertirse en un Estado Integrado en el cual coexisten normas del BCA y regionales.

De tal modo en lo atinente a derechos políticos y a ciudadanía entendemos que las disposiciones de las normas constitucionales, internacionales y regionales que regulan la materia pueden armonizarse teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) La tensión entre los conceptos “ciudadanos”, “nacionales”, “extranjeros”, “toda persona”, “pueblos” y “habitantes”;
- 2) La tensión entre los ámbitos de ejercicio de los derechos políticos: elecciones internas, elecciones externas, todas las elecciones;
- 3) La tensión sobre el alcance de los derechos de ciudadanía: ¿sólo los políticos o todos los derechos existentes dentro de un Estado?;
- 4) La tensión entre los derechos políticos activos y pasivos: ¿todos pueden todo, o sólo algunos todo y otros, algo?; y
- 5) Las posibles limitaciones que pueden hacer los Estados Integrados.

Bien, cada uno de los puntos expone las siguientes cuestiones:

(89) CVDT, arts. 27 y 46; y CNA, arts. 27 y 75, inc. 22, párr. 1.

(90) CVDT, arts. 27 y 46; y CNA, arts. 27 y 75, inc. 24, párr. 1, parte 1ª y párr. 2º.

(91) CNA, art. 75, inc. 24, párr. 1º, *in fine*.

El primero. Para las normas constitucionales sólo serían ciudadanos quienes cuenten con la nacionalidad argentina (92). Para las regionales quienes tengan la nacionalidad de cualquier Estado parte de un Espacio Integrado (93). Para las internacionales en general toda persona que habite un país, sin importar su nacionalidad (94). Así, las primeras excluirían a los no nacionales o extranjeros, las segundas a los extranjeros que no tengan la nacionalidad de un Estado parte, y las terceras comprenderían a los residentes en un país (lo que puede excluir a los nacionales que residen fuera).

El segundo: Para las normas constitucionales el ámbito de aplicación sería las elecciones internas del Estado, sean nacionales, provinciales o municipales (95). Para las regionales, las propias del Espacio Integrado y de ser factible las internas del Estado Integrado (96). Para las internacionales alcanzaría, en general, a toda elección que tenga lugar en el territorio de un país sin importar si la elección es nacional, provincial, municipal, o para cualquier otro ámbito internacional, supranacional, regional (97). Así, las primeras impedirían votar y ser votados a los ciudadanos en las elecciones que no fueran internas; las segundas reducirían los derechos políticos al Espacio Integrado; y las terceras los permitirían tanto en elecciones internas, regionales o de la índole que fueren.

El tercero. Para las normas constitucionales la ciudadanía comprendería el ejercicio de derechos políticos (98). Para las regionales se extendería prácticamente a cualquier derecho derivado de las libertades de circulación y de establecimiento dentro de cualquier punto del Espacio Integrado (99). Para las internacionales ocurriría prácticamente lo mismo, aunque mayormente no hablan de ciudadanía (100) o de hacerlo la acercan a la nacionalidad estatal (101).

El cuarto. Es el que mostraría la clave de bóveda del sistema y contendría la llave que lo abriría. Veamos.

Para las normas constitucionales habría una diferenciación clara entre derechos políticos activos y pasivos, quedando los últimos reservados a los nacionales en lo que hace al gobierno del Estado (102), y los primeros prácticamente

(92) CNA, arts. 20, 45, 54 y 89.

(93) TC-UNASUR, arts. 3 incs. i) y p); y 18; MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010, arts. 1 y 11 (11.1); y MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/2005, arts. 2, incs. 1, 4 y 5; y 6, inc. 1.

(94) DUDH, art. 21; y CEDM, art. 7.

(95) CNA, arts. 5, y 38. Es medular recordar que la CNA otorga el derecho y la obligación a votar cuando desarrolla los derechos y deberes existentes en Argentina.

(96) TC-UNASUR, art. 18; MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010, art. 11, punto 1; y MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/2005, art. 5.

(97) DUDH, art. 21; CEDM, art. 7 y CICDR, art. 5, inc. c).

(98) CNA, arts. 20; 36, párr. 4°; 39; 48; 55 y 89.

(99) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010, art. 1 puntos 1 y 2; y UNASUR, TC, arts. 3, incs. i), j), k) y p); y 18.

(100) DUDH, art. 21; y CEDM, arts. 7 y 8.

(101) DADyDH, art. XXXII; PIDCyP, art. 25; CADH, art. 23; y CICDR, art. 1, apartado 2.

(102) Sin embargo, hay varios aspectos interesantes para resaltar: 1) sería solamente así (o casi) respecto a la presidencia y vicepresidencia, cargos para los que se requiere haber nacido en el país o

también, aunque no habría mayores impedimentos para extenderlos a los residentes toda vez que las autoridades electivas representan al pueblo de la nación (presidente y vice) (103), a las provincias (senadores) (104) o al pueblo de las provincias (diputados) (105). En esto es dable destacar que si el concepto “pueblo” no queda identificado con el de “nacional”, sino con el de “habitante” los extranjeros serían sujetos políticos activos y tendrían derecho a voto. Lo mismo si “pueblo” refiriera a “ciudadano”, pero sin que éste se concentrara en los nacionales, sino en quien tenga residencia permanente en el territorio en el cual emite su sufragio. Pese a ello debemos recordar que en el esquema constitucional la ciudadanía estaría mediada por la nacionalidad, y con ello los derechos políticos del tipo que fuera.

Para las normas regionales tanto los derechos activos como pasivos se concederían a los nacionales de cualquier Estado parte para las elecciones de carácter regional, y aspiran a que lo mismo ocurra en las internas (106). Pero vimos, dejan ceñido este punto al derecho electoral interno, y por tanto a lo que cada Estado entienda como “ciudadanía” y “ciudadanos” (107).

Para las normas internacionales, en general, no habría distinciones entre derechos políticos activos y pasivos, pues todas hablan de ambos (108) y bregarían por su efectiva concreción. Lo que sí permiten es su regulación por determinados

en su defecto ser hijo de argentino nativo (CNA, art. 89), lo que abriría el acceso a esos cargos a una clase muy peculiar de extranjeros: los que tengan ascendencia inmediata argentina (a quienes —no obstante— se exigiría la naturalización (CNA, art. 20); 2) en relación a los cargos de senador (CNA, art. 55) o diputado (CNA, art. 48) la amplitud sería mayor, pues la letra constitucional habla de ser natural de la provincia que los elija o tener dos años de residencia en esta en caso de no serlo (no se habla de nacionalidad, pero no debemos dejar de observar que estaría ínsita ya que la ciudadanía se concede sólo a nacionales, y también porque los requisitos para ser presidente son los mismos que para ser senador); 3) en cuanto al cargo de gobernador de provincia (CNA, arts. 123 y 128), la letra constitucional no regula las exigencias para desempeñar tal función —que las normas locales podrían ampliar—, pero los nombra como representantes del gobierno federal; por tal motivo creemos que mínimamente tendrían que reunir los mismos recaudos para cumplir funciones como autoridades de la nación; 4) respecto a los cargos municipales, de los cuales tampoco se habla en el texto constitucional, ocurriría algo similar a lo de los gobiernos provinciales; y 5) todos los cargos, no obstante, tienen en común que los derechos políticos se garantizan en su plenitud con arreglo al principio de soberanía popular (CNA, art. 37 párr. 1º) y en su desarrollo debe existir una igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos (CNA, art. 37, párr. 2º), que no debe cristalizar a las minorías (CNA, art. 38, párr. 2º, *in fine*), que bien podrían ser los extranjeros (o no nacionales, o no ciudadanos). Por lo demás no podemos dejar de observar que de diferir los requisitos entre las jurisdicciones federal y locales para el ejercicio de los derechos políticos, existirían diferentes “ciudadanías” dentro de un mismo país, lo cual conforme a la CNA no correspondería, pues todo lo concerniente a nacionalidad y ciudadanía es una competencia exclusiva del gobierno nacional, y particularmente del Congreso de la Nación (CNA, arts. 75, inc. 12, parte 2ª; y 126).

(103) CNA, art. 94.

(104) CNA, arts. 54, parte 1ª y 62.

(105) CNA, art. 45, parte 1ª.

(106) TC-UNASUR, art. 18; MERCOSUR/CMC/Dec. N° 64/2010, art. 11, punto 1; y MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/2005, art. 5.

(107) MERCOSUR/CMC/Dec. N° 23/2005, art. 11, incs. 1 y 3.

(108) DADyDH, arts. XX, XXXII y XXXVIII; DUDH, art. 21; PIDCyP, art. 25; CADH, art. 23, CEDM, art. 7; y CICDR, art. 5, inc. c).

motivos entre ellos nacionalidad y residencia, pero siempre sin hacer discriminaciones en razón del origen nacional (109). Por acá andaría la clave y la llave de todo.

El quinto. Es el que permitiría resolver nuestro dilema. Observemos. Para las normas constitucionales existiría un BCA en el cual no debería haber tensión entre sus disposiciones que deberían ser interpretadas de manera armónica (110). Para las normas regionales los Estados podrían hacer limitaciones en razón de su derecho interno (111). Para las normas internacionales son posibles ciertas limitaciones (112), pero también se abren a la mayor amplitud que pueda proveer otra norma (113) internacional o interna, en fin, de otro origen.

Y esta sería la punta del ovillo.

En el DIDH son habituales fórmulas de “mejor derecho” que permiten complementar un IISDH y dar acceso a disposiciones de otra norma (IISDH, regional o interna) que contenga una mayor extensión de los derechos reconocidos en el IISDH particular. Es lo que se conoce como principio o cláusula *pro homine*, que posibilita la apertura y el contacto del DIDH con otros instrumentos —de la índole que sean— que definan, extiendan, reconozcan, visualicen o establezcan “derechos humanos” (114) y funciona como el nexo con las demás normas, y como el elemento facilitador de la cohabitación, el contacto y la convivencia entre todas.

En este sentido la CADH (115) y la DUDH (116) son particularmente claras al señalar que “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, [...] suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*” (117); “*b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*” (118); o “*d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos inter-*

(109) PIDCyP, art. 2, apartado 1; CADH, art. 23, apartado 1; y CICDR, art. 1, apartado 1.

(110) CNA, art. 75, inc. 22, párr. 2º.

(111) MERCOSUR/CMC Dec. Nº 23/2005, art. 11, incs. 1) y 3).

(112) DADyDH, art. XXXVIII; PIDCyP, art. 2, apartado 1; CADH, art. 23, apartado 1; y CICDR, art. 1, apartado 1.

(113) PIDCyP, art. 46 y CADH, art. 29.

(114) Son el equivalente a las cláusulas constitucionales de “derechos implícitos” o “no enumerados” (CNA, art. 33) y a las fórmulas de contacto del derecho interno con el DIP, DIDH o regional (CNA, arts. 27 y 75 incs. 22 y 24).

(115) CADH, art. 29. Normas de interpretación.

(116) DUDH, art. 30 “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

(117) CADH, art. 29, inc. a).

(118) CADH, art. 29, inc. b).

nacionales de la misma naturaleza" (119), dando cuenta así del fenómeno que mencionamos.

Estas normas van a ser entonces las que, entendemos, nos permitan articular todos los ámbitos (nacional, internacional y regional) y brindar la solución que creemos más apropiada al tema en análisis dentro del ordenamiento jurídico del Estado Integrado República Argentina.

Pensamos, pues, que el conjunto normativo vigente en nuestro país permite que sin que se lesione, altere o modifique alguna de sus normas, y sin que ninguna prevalezca sobre otra o las demás —esto es, interpretándolas armónica y sistemáticamente—, se pauten limitaciones a los derechos derivados de la ciudadanía, entre ellos los políticos.

Estas limitaciones, creemos, están permitidas (o aceptadas) por el DIDH y así posibilitan dar lugar a ciertas restricciones que pueden efectuarse desde el derecho constitucional o el regional. Pero, consideramos también que tales limitaciones son potestativas para los Estados y no obligaciones que asumen. O en realidad sí, de carácter negativo: no pueden hacer más limitaciones que las expresamente habilitadas por los IIDH. En esta tesitura, entendemos, los Estados pueden abstenerse de efectivizar estas limitaciones y de tal modo no reducir el espectro de destinatarios de los derechos políticos —y la conceptualización de la ciudadanía—, que bien podrían ser personas carentes de nacionalidad argentina, tal el caso de quienes tengan la ciudadanía regional o la de un Estado parte de cada proceso de integración que vincule al país (120). De ahí, nos inclinaríamos a comprender (y aceptar) que la ciudadanía estaría (o debería estar) determinada en función de la residencia permanente que tenga una persona y no de su nacionalidad.

Esta forma de centrar los derechos de ciudadanía en el domicilio efectivo compatibilizaría los tres órdenes de derechos porque no vulneraría los IIDH, aceptaría la proposición de los TC regionales y su normativa derivada, y comulgaría con lo dispuesto por el BCA. Es decir, también contemplaría lo normado por la CNA, que si bien se escora hacia la nacionalidad como el requisito sustancial para atribuir ciudadanía y derechos políticos, no deja de lado el requisito "residencia", el cual en el nuevo formato de Estado Integrado podría adquirir un rol central para la determinación y atribución de los derechos políticos del ciudadano.

Acá necesitamos hacer un pequeño alto y observar lo siguiente para no caer en contradicciones con lo expuesto al inicio de este escrito y en el párrafo precedente donde adujimos que constitucionalmente la "nacionalidad" argentina es admisible como criterio de referencia y de distinción entre "ciudadanos" y "no ciudadanos".

(119) CADH, art. 29, inc. d). Por su parte el inciso c) los extiende a los derechos implícitos o no enumerados: "c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

(120) Por el momento MERCOSUR y UNASUR.

Bien, páginas atrás manifestamos que la CNA dejaba abierta una hendidura que podía resolver potenciales conflictos entre “ciudadanos” y “simples habitantes”. Es el momento de explicitarla. Se encuentra en las prescripciones que definen quiénes pueden ser candidatos y acceder a los cargos públicos en calidad de diputados, senadores o presidente y vice de la Nación Argentina. Habíamos visto que mayormente se requiere haber nacido en el territorio por el cual se pretende ser electo, pero que también —y ahí está la llave—, una persona puede ser candidata si tiene dos años de residencia inmediata en el distrito que habita, que puede no coincidir con el de su nacimiento (121).

Si bien es cierto que se exige que en tal caso cuente con un mínimo de años de ciudadanía en ejercicio —lo cual en alguna medida supondría una nacionalización previa—, tampoco es menos cierto que el postulante no es originario de dicho lugar, pero sí residente.

En esta tesitura osamos preguntar: ¿cuál sería la diferencia con un extranjero? Seguramente el hecho de haber nacido fuera del país y no ser nacional. Es claro. Pero, ¿qué otra? Ninguna. Queremos ser más incisivos: ¿en qué difieren un argentino nativo en una provincia y residente en otra (pongamos una persona nacida en Tandil, Buenos Aires, que vive en la Ciudad de Buenos Aires) y un extranjero residente en esta última provincia pero nacido, necesariamente, fuera del territorio nacional (el ucranio del cuento)? En esto último sin dudas, y en tener el primero la nacionalidad argentina y el segundo, no. En nada más. Los dos comparten el hecho de haber nacido fuera del territorio en el que uno tendría derechos políticos y el otro no. Y aún más: ¿en qué diferirían con un tercer residente en esa misma provincia, pero nacido en el extranjero y nacionalizado argentino (otro ucranio digamos)? En que este se nacionalizó y dejó de ser extranjero, pero su antiguo compatriota no. Y en nada más. Sin embargo, y aun habiendo nacido en el mismo lugar, uno tendría derechos políticos y el otro no (122).

Llegados a este punto nos resta preguntar: ¿no se estaría dando un caso de restricción de derechos en razón del “origen nacional” de personas residentes en un mismo lugar y no nacidas en él?

Recordemos que los derechos políticos pueden limitarse en función de la ciudadanía, es decir, en torno a quién es considerado ciudadano. Y acá radica, creemos, el nudo del asunto y su posible solución. O sea, lo que mencionamos como la llave del sistema.

Ésta sería la siguiente: reinterpretar los artículos 20 y 21 de la CNA, en lo atinente a “ciudadanía” en sintonía con el artículo 16 del texto constitucio-

(121) Si bien la condición de ciudadanía en ejercicio se solicita para los cargos legislativos, es también necesaria para el desempeño de la presidencia o vicepresidencia, pues para estos cargos se debe cumplir con los requisitos para ser senador.

(122) Los ejemplos se multiplican con las siguientes posibilidades: 1) que el ucranio nacionalizado sea de origen nacional argentino; 2) que el ucranio no nacionalizado también lo sea; 3) que el argentino sea de origen ucranio; 4) que otro ucranio sea de ascendencia ucranio; y 5) que un último ucranio tenga este origen nacional, pero se haya nacionalizado argentino. Las combinaciones y sus consecuencias están a la vista.

nal (123) y comenzar a entender la condición de ciudadano como la vinculación al país en función de tener un lazo de residencia permanente y con independencia del lugar de nacimiento, incluida la nacionalidad que ese lugar otorgue.

De esta manera propendemos a la igualdad de derechos (124) sin remitirlos a circunstancias fortuitas como el lugar de nacimiento o la sangre de origen, sino a un hecho directo con la posibilidad concreta del ejercicio de tales derechos: la residencia. Privilegiaríamos así un acto libre y voluntario: el de querer pertenecer a un Estado estando en él.

Este acto estaría dado por la posesión de la ciudadanía, que vinculamos con la residencia efectiva en el país —y más precisamente en el territorio donde se ejercerán los derechos políticos— y, por tanto, no unida, cuasi indisolublemente, a la nacionalidad.

Es más, ambos conceptos quedarían separados y disociados no obstante puedan coincidir en una persona. La nacionalidad quedaría como un lazo formal con un Estado dentro del ámbito propio del DIP. La ciudadanía, como el lazo efectivo con un Estado, con un ordenamiento jurídico, en el cual se materializan los derechos.

A riesgo de ser sobreabundantes recordemos que es en un Estado donde residen las personas y donde se producen los efectos jurídicos de las normas y, lo más importante, donde transcurre la vida diaria de cada uno de los habitantes, con independencia del origen nacional o biológico, o de la calidad de nacional o de extranjero que tengamos.

En un entendimiento tal, observamos que se cumpliría con el principio de igualdad entre todos los habitantes, siempre que el elemento igualador fuera la residencia, ítem que, postulamos, puede ser cumplido por toda persona sujeta

(123) El texto de este artículo es fundamental para interpretar en clave sistémica todos los derechos, deberes y obligaciones vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, pues pauta que “La nación argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento [...]” y establece que “[...] Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. La presencia de este artículo, como la misma noción de igualdad, puede permitir ampliar ciertos límites o concepciones aparentemente rígidos. En nuestro caso estaría dado por la circunstancia de que los cargos públicos también son empleo público y según podemos ver pueden ser desempeñados por “todo habitante” sin quedar circunscriptos a los ciudadanos.

(124) Somos contestes de que en un Estado de Derecho la igualdad absoluta no existe y eso fue admitido por diversas instancias jurisdiccionales, en las cuales —no obstante— se manifestó que las diferenciaciones son válidas y admisibles ante situaciones disímiles y no en cuestiones afines o similares. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Fallos 332:433, caso “Partido Nuevo Triunfo” (17/03/2009), voto de la mayoría —ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay— (considerando 5): “La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros [...]”. Las sentencias de la CSJN son ubicables en la página oficial del órgano, en los enlaces <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta> y <http://www.csjn.gov.ar/microfichas/jsp/consultaTomsFallos.jsp>.

a la autoridad del lugar que efectivamente habite y cuyas decisiones lo afectan directamente por vivir en ese lugar (125).

De seguirse el criterio que mencionamos, la residencia permanente como requisito básico, encontramos que la ciudadanía se verificaría de dos maneras: 1) para los nacionales, prácticamente en forma automática, con el mero hecho del nacimiento y su inscripción en el Registro Civil; esto es, con la posesión de una documentación que otorga nacionalidad (la partida de nacimiento) y domicilio (el Documento Nacional de Identidad —DNI—); y 2) para los extranjeros, con un acto de voluntad tendiente a la obtención de la residencia permanente y un documento que la acredite (carta de ciudadanía) y con su pertinente inscripción en el Registro Civil, pero sin que ello signifique nacionalidad; es decir, con la posesión de un DNI o Cédula de Identidad argentinos.

La residencia así, tomada como factor de atribución, presenta la ventaja de aunar criterios en cuanto a la adquisición de la condición de ciudadano (126)

(125) Lo cual no acontecería si el ítem a cumplir fuera el de nacionalidad, pues un nacional bien podría residir fuera de la jurisdicción soberana de un Estado y no verse afectado diaria y directamente por su autoridad.

(126) En esta tesitura, son esclarecedoras las siguientes cinco resoluciones. La primera del Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité ONU): “En toda situación en la que se haya establecido la participación directa, no puede hacerse distinción alguna entre los ciudadanos en lo atinente a su participación conforme lo dispuesto en el mencionado artículo 2.1, ni ninguna restricción irrazonable puede ser impuesta” —Consideración General (CG) N° 25 “El derecho a la participación en los asuntos públicos, al voto y a igual acceso a la función pública (Artículo 25)” del 12 de julio de 1996, párrafo 6—. La segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “Es por ello que considero que al día de hoy y en el particular contexto de autos, la exigencia de que el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires haya nacido en el territorio argentino o sea hijo de ciudadano nativo (art. 121, inc. 1, Const. Pcial.), *no resulta una restricción razonable del derecho político a ser elegido*, por consagrar una distinción injustificada en perjuicio de los argentinos naturalizados que cumplen las demás condiciones para ser idóneos representantes de los intereses de los electores (arts. 5, 14, 16, 28, 121, Const. Nac.; 1, 2, 23, 24, 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y ccs.)” —caso “Apoderado del MO.PO.BO, Apoderado del M.I.D. y Apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. contra Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley” (Acuerdo A 69.391 del 20/10/2007), voto del ministro Hitters, punto 6 d); el destacado en el original—. La tercera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): “La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único —a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales— evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos” —Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, párrafo 155—. La cuarta, también de la Corte IDH: “Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición [...] Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas” —Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 19. párrafo 101—. Y la quinta de la CSJN: “del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y del art. 25 del Pacto Inter-

y en cuanto a la extensión de los derechos derivados de tal condición. De este modo, contando con la residencia y con una estadía previa de dos años en el lugar que se habita (127) y de cumplirse con los demás requisitos exigidos por la legislación electoral (128), el ciudadano podría ejercer sus derechos políticos.

nacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen, en la parte que interesa, el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” —Fallos 329:2986, caso “Gottschau” (08/08/2006), voto de la mayoría: ministros Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, considerando 10—. La jurisprudencia de los órganos internacionales de control es ubicable y consultable en las páginas oficiales del Comité ONU: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (traducción propia sobre el original en inglés) y de la Corte IDH: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (jurisdicción contenciosa) y <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (jurisdicción consultiva).

(127) CNA arts. 89, 54 y 48. Asimismo, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos (LOPP), 23.228, del 30 de septiembre de 1985 (B.O. 25/10/1985) y modificatorias (entre ellas, la Ley 26.571), en su art. 34 dispone que “La residencia exigida por la Constitución Nacional o la ley como requisito para el desempeño de los cargos para los que se postulan los candidatos, podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba, excepto la testimonial, siempre que figuren inscriptos en el registro de electores del distrito que corresponda”. Esto aportaría un argumento más a favor del criterio residencia como el de atribución de derechos políticos y de la ciudadanía.

(128) Vale decir, no encontrarse incurso en las inhabilitaciones previstas en el CEN, art. 3, incs. a) —dementes declarados tales en juicio—; e) —condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena—; f) —condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis—; g) —sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la duración de la sanción—; i) —declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción—; l) —inhabilitados según disposiciones de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos—; y m) —quienes en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos—; y que son contestes con las previsiones de los IISDH/IJIC y la jurisprudencia de la CSJN en cuanto a restricciones. Este tribunal en el caso Mignone (Fallos 325:524, —09/04/2002—), estimó que conforme la CADH las limitaciones pueden hacerse “exclusivamente por razones de edad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal” (voto del ministro Petracchi, considerando 8 —el destacado en el original—) y que “resulta imprescindible observar que el adverbio de modo ‘exclusivamente’ utilizado por el art. 23 de la convención citada, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional [...]” (voto del ministro Petracchi, considerando 15). Por su parte la LOPP en su art. 33 limita los derechos políticos pasivos, privándolos a: los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes (inc. a); el personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad o en situación de retiro, cuando hayan sido llamados a prestar servicios (inc. b); el personal superior y subalterno de las fuerzas de seguridad de la Nación y de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios (inc. c); los magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tribunales de faltas municipales (inc. d); los que desempeñaren cargos directivos o fueren apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipalidades o entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar (inc. e); las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 (inc. f); y a las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución (inc. g).

Sin embargo, pese a lo dicho y a que propugnamos una igualación total en lo atinente a derechos políticos entre ciudadanos, podemos ver que de todo el conjunto normativo que venimos analizando podrían diferenciarse los aspectos activo y pasivo de los derechos políticos, y admitirse una especie de raseros disímiles respecto al ejercicio de los derechos a votar y a ser elegido. El primero sería el más democrático, pues permitiría a todos los ciudadanos elegir a quienes vayan a desempeñar cargos públicos electivos. El segundo, un poco más restrictivo, estaría compuesto sólo por los ciudadanos nacionales que residan en el país, únicos que podrían ser candidatos.

No somos ajenos a que esto implicaría una distinción entre ciudadanos en cuanto a los aspectos activo y pasivo, pero a la par debemos notar que en cada aspecto las condiciones serían iguales para sus respectivos destinatarios. Esta explicación, —que no nos complace del todo, pues encierra cierto resabio “nacionalista” o “patriótico” basado en elementos telúricos o sanguíneos y hasta culturales—, encuentra andamiaje en las disposiciones de la CNA y de los IJC, y no podemos negar que está permitida por el BCA y cuenta con la anuencia de los órganos de control interno e internacional, siempre que la ciudadanía esté mediada por la nacionalidad (129).

Ahora bien, basar la ciudadanía en la residencia aventaría una interpretación como la anterior e igualaría en derechos de ciudadanía, entre ellos los políticos, a nacionales y no nacionales tanto para elegir o para ser electos mientras residan en el país (130).

(129) Entre los resolutorios destacamos los siguientes: 1) “El disfrute de los derechos y libertades en pie de igualdad no significa, sin embargo, idéntico tratamiento. En este sentido, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo [...] el artículo 25 garantiza ciertos derechos políticos, diferenciándolos por motivos de ciudadanía (Comité ONU, CG N° 18 “No discriminación” del 10 de noviembre de 1989, parágrafo 3); 2) “Los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad” (Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párrafo 194) presentan “la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona [...]” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de Agosto de 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 145); y 3) se “es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal). [...]” (CSJN, Fallos 327:5118, caso “Hoofst”, 16/11/2004, voto de la mayoría: ministros Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, y Highton de Nolasco, considerando 4).

(130) En este entendimiento son de gran riqueza las siguientes observaciones efectuadas por la Corte IDH: 1) “El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma” (Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 153); 2) “De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial [...] de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado [...] tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejerci-

Nuevamente, y a fuer de ser tediosos, advertimos que las limitaciones al ejercicio de los derechos deben interpretarse restrictivamente y con extremo cuidado, y que, por tanto, las previsiones normativas que posibilitan restringir derechos no son imposiciones u obligaciones que se hacen al Estado, sino habilitaciones que el Estado puede no efectuar sin que ello signifique que incurra en responsabilidad por no acogerse a ellas. Precisamente, como postulamos, los Estados bien podrían apartarse de limitar los derechos y ampliarlos siempre que se adecuen al parámetro de igualdad.

Hacia ello apuntamos y entendemos puede hacerse sin vulnerar ninguna norma constitucional, internacional o regional, sino al contrario integrándolas a todas, para que su resultante sea aplicada sobre todo el territorio nacional y en cada una de las jurisdicciones en que políticamente se divide y en todo tipo de elección que tenga lugar en el país, las cuales de acuerdo todo este esquema normativo deberán ser libres, democráticas, periódicas, y obligatorias para todos los ciudadanos, que no somos sino quienes residimos en nuestro país con carácter permanente, hayamos nacido aquí o en el extranjero y tengamos nacionalidad argentina u otra.

cio. [...]” (Caso Yatama vs. Nicaragua, párrafo 204); y 3) “es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad” (Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párrafo 55).

A MODO DE CIERRE (PROPUESTAS PARA EVITAR CORTOCIRCUITOS, CONFLICTOS Y CONTRADICCIONES)

A lo largo de este libro fuimos viendo cómo el mundo actual se encuentra en permanente cambio y que el desplazamiento continuo de personas y normas jurídicas fue reconfigurando conceptos que teníamos muy aquerenciados, y que fue preciso readaptarlos al nuevo “estado de situación”. En este notamos la emergencia de una etapa más en la evolución de los Estados, la que estamos transitando, la del Estado Integrado, y apreciamos que es en él donde se manifiestan con más fuerza los cambios. Pero no sólo en él. También en la concepción del derecho. Seguramente porque Estado y Derecho no puedan desligarse.

Y es precisamente en la composición del ordenamiento jurídico del Estado Integrado, su estructura, organización y derechos donde se constatan las modificaciones más salientes que ofrece este siglo XXI.

Hablamos de desplazamientos y entrecruzamientos; de circulación de normas y de personas; de asentamiento de ciudadanos; de multiplicidad de poderes; y de controles convergentes. Todo ello entremezclado. Todo ello coexistiendo. Todo ello consentido por países y seres humanos e impactándolos. Todo diagramando una nueva realidad política, jurídica, humana. La que da lugar al Estado Integrado y al ciudadano dislocado; la que origina el derecho trashumante. Una realidad heraclitana.

No queremos evitar que recircule, simplemente parates o inmovilizaciones. Y para esto entendemos que es prioritario ubicar un marco referencial que permita que tal movilidad sea provechosa y no un atolladero. La realidad no tiene que ser laberíntica, aunque a veces así se nos presente. El marco referencial, entendemos, es el Estado Integrado y su protagonista el ciudadano, siendo el derecho su herramienta de construcción. Los tres caminan juntos o no caminan: el derecho tiene que servir al ciudadano, lo mismo que el Estado; de lo contrario lo anularían... y se autoaniquilarían. Para que esto no ocurra es necesario idear un sistema, un ordenamiento, que los contenga a todos. Éste es el novedoso y presente Estado Integrado.

Fijamos en él el punto de referencia por un motivo fundamental: en su territorio (jurisdicción) vivimos las personas y absorbemos todas las normas que consciente o inconsciente, directa o indirectamente creamos o aceptamos y que en su jurisdicción se aplican.

Este es el punto de partida y el principio de nuestra propuesta: el territorio, el del Estado Integrado, porque la residencia en un lugar, en un país, es lo que define nuestra vida diaria. No otra cosa, lo demás son ajenidades y aleatorios; la residencia es lo real, lo tangible, lo concreto. Encontramos así que el factor de atribución de derechos, del tipo que sea, tiene que ser la residencia, la residencia permanente, y no otro, y que a partir de allí existirán los demás derechos, deberes y garantías.

Éstos quedarán determinados por las normas que en ese territorio rijan y que serán parte del ordenamiento jurídico de ese lugar de residencia, del Estado Integrado. Esto es crucial comprenderlo: un Estado Integrado no tiene normas internas y normas externas; tiene normas que son propias por haber sido creadas por las instituciones del Estado Integrado, que son todas las que tienen capacidad normativa y que mencionamos como centros de poder.

Y ésta es una característica saliente de esta nueva etapa: un Estado Integrado no va a contar sólo con los clásicos poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino que va a contener una multiplicidad de órganos e instituciones ejecutivas, legislativas y judiciales: tantos como Espacios Integrados y Organismos Internacionales (Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos —SPIDH—) integre, más los tres tradicionales.

Esto significa claramente dos cosas:

- 1) una readaptación del concepto ciudadanía, que no va tener que ligarse a la “nacionalidad” de una persona para hacer derivar de tal evento derechos y obligaciones, sobre todos los políticos, sino a la “residencia permanente”, es decir, que ciudadano podrá ser cualquier persona que habite en un país, con independencia de que sea nacional o extranjero; y
- 2) una reestructuración conceptual y organizativa del Estado, que tiene que asumir que ya no define quiénes van a vivir en su territorio, y tiene que admitir como propios órganos e instituciones que no están expresamente establecidos ni delimitados —aunque tal vez sí previstos— en su norma jurídica fundamental (Constitución), sino que se incorporan a medida que el país se integra a Organismos Internacionales (SPIDH) y, sobre todo, a Espacios Integrados que los prevén en sus normas constitutivas (IISDH o TC).

Esto a su vez nos muestra cómo se reedifica y redimensiona el Estado y cómo su Derecho se conforma por normas que dictan ciudadanos propios (los que viven en el país y sancionan la legislación derivada de los poderes constituidos previstos por la CN y creados por el “poder constituyente”) y ciudadanos comunes —que son minoritariamente propios pero mayoritariamente no— del Espacio Integrado (los que viven en los países que participan en un proceso de integración regional, sancionan la legislación derivada de las instituciones previstas por los TC y creadas por “representantes del Estado”). Esta reedificación institucional comprende a los órganos jurisdiccionales (órganos de control o tribunales) de los SPIDH que el Estado integre y estén previstos en los IISDH.

Esto nos acerca a uno de los mayores desafíos jurídicos: comprender que mientras un Estado es “Integrado” y participa en un Espacio Integrado (y algo parecido sucede con los SPIDH) comparte con otros Estados ciertos órganos e instituciones que pertenecen a todos y cada uno de esos Estados Integrados, y que también lo son del Espacio Integrado común. Y comparte también a los ciudadanos de esos demás países, que lo son del Espacio Integrado.

Podemos apreciar así que se va configurando una amplia malla, una red, que contiene a todos los Estados Integrados —al menos en los órganos comunes— y a sus ciudadanos, entrelazándolos y que, inevitablemente, los relaciona; lo mismo que a sus Derechos, cuánto menos el común.

Esta circunstancia nos puede resultar chocante, pero nos tiene que hacer pensar. Porque el paso siguiente es saber cuáles son los derechos, deberes y garantías que tenemos como ciudadanos. De existir tal interrelación podrían provenir de cualquier lado, aun de otros Estados Integrados, y producirse así el mismo atolladero que queríamos desmadejar y un nuevo laberinto.

Ante ello, lo que propiciamos es lo siguiente:

- 1) una delimitación fuerte de las competencias estatales mientras el país sea un Estado Integrado; esto es, de su capacidad obligacional, significando ello:
 - a) la imposibilidad de participar en más de un proceso de integración, y
 - b) la inhibición de firmar IIDSH, o su permisión pero con la venia de todas las instituciones del Estado Integrado;
- 2) una distribución precisa entre las funciones y competencias de los órganos internos (constitucionales) e internos comunes (regional-comunitarios y jurisdiccionales del SPIDH) del Estado Integrado; es decir, de las materias y atribuciones propias de cada uno, para que no se pisen y atrofien entre sí; y
- 3) una especificación concreta en cuanto a la relación entre los diferentes órganos jurisdiccionales; vale decir, en cuanto a su especialización competencial y funcional, y a su vinculación entre sí, importando ello:
 - a) la instrumentalización de un diálogo abierto, permanente y directo;
 - b) la obligatoriedad de que todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales (propios del Estado Integrado y compartidos con el Espacio Integrado, y con el SPIDH) tengan conocimiento sobre todas las normas aplicables en un caso concreto y no sólo las propias de su ámbito competencial ni una preferencia por éstas; y
 - c) la posibilidad de que cualquier órgano jurisdiccional pueda resolver un caso, luego de que haya existido la comunicación y el diálogo con los restantes, resultando el decisorio vinculante y obligatorio para los demás órganos jurisdiccionales.

Estos serían, entendemos, los puntos cardinales para que el sistema sea dinámico y no se paralice por una duplicidad o multiplicidad de normas sobre una misma materia y de centros de poder con capacidad para dictarlas. Lo que pretendemos es que las instituciones no se superpongan ni obstaculicen en su funcionamiento, y que, lo mismo que los derechos, viabilicen el desarrollo del ser humano y su protección.

No se nos escapa que nuestra propuesta conduce a prácticamente unificar las legislaciones de los Estados Integrados parte de un Espacio Integrado —y en alguna medida, aunque bastante menor, las de los países de un mismo SPIDH— y a quitarles cierto margen de maniobra, sí: es lo que inevitablemente tiene que ocurrir para que el sistema funcione y el ser humano no quede neutralizado.

Tampoco se nos escapa que algo similar ocurre actualmente en los Espacios Integrados —y en parte en los SPIDH— desde la perspectiva de éstos que consideran al juez nacional juez comunitario (o de derechos humanos), pero no a la inversa. No obstante, con ello marcaron el punto de conexión del Espacio Integrado (y del SPIDH) con cada Estado Integrado: el sistema jurisdiccional; y no podría ser de otra manera, pues es en ese cauce donde se patentizan los derechos, obligaciones y garantías de los ciudadanos, que existan en el sistema.

Proponemos entonces que este entendimiento se siga tanto para los Estados Integrados como para los Espacios Integrados y evitar así que existan territorios con mejores derechos entre ciudadanos de un mismo bloque. Es un replanteo fuerte, lo sabemos, pero también que es el único que garantiza que la vida de las personas no se vea entorpecida, y que los derechos no queden sólo escritos sobre un papel.

Para que sean reales tienen que ser efectivos, y para esto tiene que haber un sistema que funcione, con un engranaje engrazado y engrasado, que no se empaste ni tranque.

Éste, entendemos, es el que postulamos para los Estados Integrados que, no hay que olvidarlo, siguen siendo soberanos, pues en cualquier momento pueden salirse del Espacio Integrado (o del SPIDH) y recuperar toda su capacidad normativa e institucional también existente en el *mientras tanto*, pero manifestada con las características que expusimos.

Lo creemos así porque los Estados son las unidades indispensables e insustituibles de la existencia del Derecho y los derechos, y por un fundamento último: el actor de todo esto, el protagonista, es el ser humano y su integralidad es la que debe preservarse. Lo demás son construcciones suyas, como el Estado, los Espacios Integrados, los Sistemas de Protección Internacional de Derechos Humanos, el Derecho; y mismo su ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA Y VAQUÉS, M., “Derechos de participación política: el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al parlamento europeo y en las municipales (arts. 39 y 40 CDFUE)” en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 589-621.
- ALÁEZ CORRAL, B., “Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía” en ALÁEZ CORRAL, B. y COSTA, P. *Nacionalidad y ciudadanía*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Civitas, Madrid, 1975.
- ALICE, M., *El Sistema Jurídico Interamericano*. Libros del ISEN. Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Buenos Aires, 2006.
- ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2012 [2007].
- ÁLVAREZ, E., “Derecho de la Integración y Derecho Comunitario”, en *Espacios Jurídicos. Red Federal de Derecho*, http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftnref12.
- ARBUET-VIGNALI, H., *Claves jurídicas de la integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- BADENI, G., *Instituciones de Derecho Constitucional, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999, Tomo II.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Derecho y derechos en la Unión Europea”, en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1999.
- BARQUERO CRUZ, J., “Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales” en BENEYTO PÉREZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009.

- BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009, T. II.
- BERNAL PULIDO, C., "Globalización y derechos fundamentales de los inmigrantes" en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J. M., *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BIDART CAMPOS, G., *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, T. 1 y 3.
- BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1992, T. 1.
- BORCHARDT, K-D., *The ABC of European Union Law*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010.
- BOURGUET, A., "Las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos", *Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 06 de junio de 2005, p. 1.
- BRIDGE, J., "Constitutional Implications for the United Kingdom of Participation in Regional Integration in Europe" en *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica de Tóchira, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.
- BUSTOS GISBERT, R., "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa" en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Comps.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fiz Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.
- BUSTOS GISBERT, R., "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147-168.
- BUSTOS GISBERT, R., *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2005.
- CABRAL, J., *Grecia*, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1950.
- CANÇADO TRINDADE, A., "El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos", en *Serie Derechos Humanos*, vol. 9, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

- CARBONELL, M. (Comp.), *Teoría Constitucional de Derechos fundamentales*, 1ª ed., Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, México, 2002.
- CARRASCO DURÁN, M. y OTROS (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1., Sevilla, 2006.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 9, 2001, Madrid., pp. 7-26.
- CASADEVALL MEDRANO, J., “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis teórico-práctico de su funcionamiento)” en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 130-137.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M., “Los derechos humanos en los procesos de integración” en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 1, vol. 3, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2005, pp. 249-275.
- CHAHÍN LIZCANO, G., *Integración política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- COLASANTI, A., *Roma*, Estrada, Buenos Aires, 1955.
- CORCUERA ATIENZA, J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CORCUERA ATIENZA, J., “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel” en CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CORTES DE CASTILLA Y LEÓN, “Los Derechos Humanos en América, Una perspectiva de cinco siglos”. Encuentro celebrado en Valladolid del 11 al 16 de mayo de 1992.
- CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 40, Madrid, 2011, pp. 871-893.
- COSTA, P., “Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política” en ALÁEZ CORRAL, B. y COSTA, P., *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Colquijo Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- CRUZ, P. y FERREIRA DE MELO, O., “Soberania e superação do Estado constitucional moderno” en *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bureau, vol. 1, Nº 46, pp. 77-102 jul/diz, 2006, São Paulo.
- CRUZ, P., “Soberanía y Transnacionalidad: Antagonismos y Consecuencias”, en *Revista Jurídica*, vol. 7, Nº 1, Manizales, 2010.

- CRUZ VILLALÓN, P. C. (Coord.), *Hacia la Europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Edición Fundación BBVA, Bilbao, España, 2006.
- D'AURIA, A., *Teoría y crítica del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- D'AURIA, A. y BALERDI, J., *Estado y Democracia, propuestas para una teoría del Estado Demo-representativo*, 1ª ed., Docencia, Buenos Aires, 1996.
- DAHL, R., en *La democracia. Una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999.
- DE LUCA, S., *Unión Europea y Mercosur, Los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. M., "Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, enero-junio 2008, pp. 85-116, Porrúa, México.
- DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *La naturaleza jurídica de la Unión Europea*, Civitas, Pamplona, 2009.
- DULITZKY, A., "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimpresión, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- DUTHHEIL DE LA ROCHERE, J., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos" en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009, T. II.
- ELOSU LABURMBE, A., "Apartamiento de las normas contenidas en el Código Penal sobre extinción de la acción penal por prescripción en perjuicio del imputado" en *Revista La Ley* 2000, 568, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en la Perspectiva Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2010 [2008].
- GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coords.), *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ DEL PINO, S., "Los Derechos Humanos como criterio de acceso a la Unión Europea", en *Criterio Jurídico*, Vol. 8 N°1, Santiago de Cali, 2008, pp. 9-34.

- FIORAVANTI, M., "Estado y constitución" en FIORAVANTI, M. (ed.) *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004 [2002].
- FORSYTHE, D., *Human Rights in International Relations*. Cambridge University Press, 2nd edition, Cambridge, 2006.
- GARCÍA ROCA, J., "Soberanía estatal *versus* integración europea mediante los derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coords.), *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 15-53.
- GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- GONZÁLEZ CAMPANA, G., "La Corte reconoce la obligatoriedad jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo suprema?)" en *Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 19 de abril de 2005, p. 37.
- HERRERA, C. M., "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución" en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, octubre-diciembre de 1994.
- HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica, México, 2007 [1651].
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), "Estado de Derecho", http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm.
- JIMÉNEZ, E., *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2002, T. II.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979 [1960] (traducción de Roberto VERNENGO).
- KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1996.
- KYMLICKA, W., *Estados, naciones y culturas*, Almuzara, Córdoba, 2004.
- LONDOÑO LÁZARO, M., "Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada," en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 5, Bogotá, pp. 89-115.

- LÓPEZ CALERA, N., “¿Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el Derecho?” en SQUELLA, A. y LÓPEZ CALERA, N., *Derechos Humanos ¿invento o descubrimiento?*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y OTROS, *Derecho Comunitario Europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- LOUIS, J. V., *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1969.
- MAC CORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- MALUF, S., *Teoria geral do Estado*, 13ª ed., Sugestões Literárias, São Paulo, 1982, [1954].
- MANGAS MARTÍN. A. y LIÑAN NOGUERAS, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MANILI, P. L., *El Bloque de Constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.
- MATIA PORTILLA, F. J. (Dir.), *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- MERTERNS DE WILMARS, F., “La paradoja de la ciudadanía europea” en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J. M., *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- MIDÓN, M., “La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR” <http://www.giuripol.unimi.it/eventi/Midon.pdf> (15/10/2010).
- MONTEALEGRE KLENNER, H., *La seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Edición Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979.
- MOTA DE CAMPOS, J., *Manual de Direito Comunitário*, 2ª ed., Brasileira, Jurúa, Curitiba, 2008.
- MOYA DOMÍNGUEZ, M. T., *Derecho de la Integración*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- NEGRO, S. C. (Dir.), *Derecho de la Integración. Manual*, BdeF, Montevideo, 2010.
- ORTEGA, L. y DE LA SIERRA, S. (Dirs.), *Estudios de la Unión Europea*, Centro de Estudios Europeos, Toledo, 2011.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PEREIRA MENAUT, G., “Ciudadanía romana vs. ciudadanía europea”, en *Historia Actual On line N° 5*, Asociación Historia Actual, Cádiz, 2005, pp. 143-150.

- PÉREZ BERNÁRDEZ, C., *Las relaciones de la Unión Europea con las Organizaciones Internacional: Análisis Jurídico de la Práctica Institucional*, Imprenta Gómez y González, Madrid, 2003.
- PI LORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
- PINTO, M., *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 [2004].
- PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- PIZZOLO, C., *Derecho e Integración Regional*, Ediar, Buenos Aires, 2010.
- PIZZOLO, C., *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- PIZZOLO, C., *Sistema interamericano*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- RASMUSSEN, H., *On law and policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986.
- REQUEJO PAJÉS, J., "La articulación de las jurisdicciones internacional constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos humanos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Mayo-Agosto 1992, Año 12, N° 35.
- RIPOL CARULLA, S., "Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales" en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2009, T. II.
- RISSE FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, T. I.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., "El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 2, vol. I, 1997, Madrid.
- RODRÍGUEZ VERGARA, A., "Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos" en CORCUERA ATIENZA, J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- ROJAS, R., *Los Derechos Fundamentales y el Orden Jurídico e Institucional de Cuba*, Fundación Cadafal: Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005.
- ROSALES, J. M., *Patriotismo, Nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

- SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Integración Europea y Poder Judicial, Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2006.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *El constitucionalismo - Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.
- SANZ CABALLERO, S., "Crónicas de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 15, Nº 38, 2011, pp. 99-128.
- SILVA GARCÍA, F., *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007.
- SORENSEN, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, 4ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1992 [1960].
- SOTO, A. M. y GONZÁLEZ, F. F., *Manual de derecho de la integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- SOUTO MAYOR BORGES, J., *Curso de Direito Comunitário*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- ULATE CHACÓN, E., "Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional", en *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 114 (137-164), San José, setiembre-diciembre 2007.
- VALLÉS, J. M., *Ciencia Política. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 2004.
- VIDAL PARDO, C., "Tribunales Constitucionales Nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en CARRASCO DURÁN, M. y otros (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, 2006, vol. 1, pp. 2337-2360.
- VILLAVICENCIO, S., "Ciudadanos, bárbaros y extranjeros: figuras del otro y estrategias de exclusión en la construcción de la ciudadanía argentina" en VILLAR BORDA, L. y ROSALES, J. M., *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- WEBER, A., "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Nº 64, enero-abril 2002, pp. 79-97.
- WEILER, J., "Method of protection: towards a second and third generation of protection" en CASSESE, A. y OTROS (Edits.), *Human Rights and the European Community: methods of protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.

YOCBUCCI, G. J., “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo ‘Espósito’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)” en *Revista La Ley* 2005-C, 1, Buenos Aires.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

