

## CONFIGURAR LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

Armin VON BOGDANDY

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

El debate doctrinal quizá más clásico en el derecho internacional público es el referente a su relación con los ordenamientos jurídicos internos y gira en torno a los conceptos antagónicos de monismo y dualismo. Como ocurre habitualmente con las construcciones teóricas, estos conceptos básicos fueron canonizados sin cuestionarse críticamente. Sin embargo, para avanzar en el desarrollo de un nuevo derecho público que responda a las circunstancias y las expectativas normativas del siglo XXI, resulta imprescindible repensar esta relación y abordar las construcciones doctrinales desde una perspectiva crítica. Al fin y al cabo, los conceptos son el instrumento cognitivo más importante de las ciencias jurídicas; cuando son inadecuados, la disciplina no puede aportar conocimientos útiles.

Este trabajo surgió en el año 2007 con el objeto de ser presentado en unas jornadas organizadas por el International Journal of Constitutional Law sobre la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno. Su principal objetivo es demostrar que el binomio “monismo-dualismo” ya no es útil como concepto básico. En el plano doctrinal,

\* Este artículo fue publicado en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, vol. 6, núm. 3-4 (2007), 2008, pp. 397-413. Traducción de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas. Las disposiciones del derecho de la Unión Europea se citan conforme a las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde el 1o. de diciembre de 2009).

es más factible concebir la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno acudiendo a las instituciones jurídicas de la interpretación conforme al derecho internacional público y del efecto directo de sus normas y obligaciones. Se trata de instituciones jurídicas de derecho interno que han de interpretarse a la luz de principios constitucionales. La problemática en torno a la consecución de los principios liberal-democráticos en ámbitos supranacionales podría superarse si se admitiera que los órganos constitucionales conservan la responsabilidad jurídica y política por las consecuencias de las decisiones internacionales y tienen efecto reflejo en el desarrollo del plano internacional.

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

## I. LA CUESTIÓN Y TRES TESIS

¿Debería deconstruirse la pirámide jurídica en razón de la internacionalización del derecho constitucional?<sup>1</sup> Este trabajo desarrolla tres respuestas diferentes en función de tres tesis distintas.

<sup>1</sup> Este interrogante constituyó el tema del panel en el que fue presentado este trabajo, en la Conferencia del XXV Aniversario de I-CON's, titulada “Repensando el consti-

La primera tesis es de naturaleza conceptual, e incluso teórica: la “pirámide” es un concepto relacionado con el monismo kelseniano que conlleva una concepción trasnochada de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. El monismo es fundamentalmente una noción moribunda que debería descansar en paz; en este sentido doy una respuesta afirmativa: la pirámide debería ser deconstruida. Al mismo tiempo, el dualismo también debería ser superado y sustituido por una teoría del pluralismo jurídico. Sólo ésta puede explicar, descriptiva y prescriptivamente, la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, y los vínculos entre las Constituciones nacionales y los fenómenos jurídicos internacionales, en particular. En lugar de una “pirámide”, un concepto teórico general más adecuado podría ser el de “acoplamiento”.

La segunda tesis desarrolla la primera en términos doctrinales. El acoplamiento puede llevarse a cabo a través de las instituciones políticas y judiciales. Respecto a estas últimas, existen dos doctrinas principales para lograr el acoplamiento: la doctrina del efecto directo, o del carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) del derecho internacional, y la doctrina de la interpretación conforme (la llamada doctrina “Charming Betsy”).<sup>2</sup> A mi juicio, ambas son a menudo erróneamente consideradas doctrinas técnicas, en lugar de doctrinas constitucionales. Mi tesis es que una y otra deben ser reconstruidas y concebidas como el resultante de un balance entre principios constitucionales, tales como la cooperación internacional, el gobierno democrático o la subsidiariedad. Para responder a la cuestión planteada, entonces, afirmaré lo siguiente: la deconstrucción de la pirámide debería acompañarse de una reconstrucción de estas dos doctrinas a la luz de su función constitucional. Esta respuesta se ilustrará mediante el debate sobre el efecto directo y el supuesto carácter constitucional del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a la luz del derecho constitucional de la Unión Europea (UE).

tucionalismo en la era de la globalización y la privatización”, realizada en la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne), 25-26 de octubre de 2007.

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

La tercera tesis conlleva un juicio de valor sobre los órdenes jurídicos. Frente a la pregunta de si hace falta deconstruirla (pregunta que necesariamente implica plantearse el papel del derecho internacional en el derecho constitucional interno), mi tesis es que la respuesta debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales. Sostengo que, teniendo en cuenta el actual grado de desarrollo del derecho internacional, debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de establecer dentro del orden jurídico interno límites legales a los efectos de una norma o de un acto de derecho internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales. Este enfoque es también útil para el desarrollo del derecho internacional, ya que lo exonera del estricto cumplimiento de una serie de requisitos que no siempre está en condiciones de satisfacer. Examinando la cuestión de la deconstrucción de la pirámide desde esta perspectiva, mi respuesta sería la siguiente: no debería ser deconstruida. Ésta es también la razón por la que la decisión del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el asunto *Yusuf no fue convincente*.<sup>3</sup>

El presente trabajo desarrollará estas tres tesis detalladamente. En aras de la claridad, debe tenerse en cuenta que este texto concibe el régimen de la Unión Europea como un ordenamiento jurídico doméstico o interno. Existen muchas razones para ello, dado que la UE se sustenta en principios “constitucionales”<sup>4</sup> y que su sistema político es esencialmente unitario, estructurado en torno a su territorio y a sus ciudadanos, y con Poderes Legislativos, Ejecutivos y Judiciales. Todo ello —en suma, una unidad federal—, no puede encontrarse fuera de la Unión.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Caso T-306/01, *Yusuf vs. Consejo*, 2005, TJUE 2-3533 (en el que el Tribunal de Primera Instancia rechazó establecer límites al régimen de sanciones decidido por el Consejo de Seguridad, que pretendía prevalecer sobre la normativa de la Comunidad Europea, a pesar de los muchos conflictos que generaba con los derechos fundamentales).

<sup>4</sup> Artículo 2o. del Tratado de la Unión Europea (DOUE 2010/C83/01, del 30 de marzo de 2010).

<sup>5</sup> Véase Weiler, Joseph H. H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press 1999, pp. 221, 295-298; Oeter, Stefan, “Federalism and Democracy”, pp. 55-82 y Möllers, Christoph, *Pouvoir Constituant-Constitution-Constitutionalisation*, pp. 169-204, ambos en von Bogdandy, Armin y Bast, Jürgen, *Principles of European Constitutional Law*, 2a. ed., Hart, 2010.

## II. SUSTITUIR MONISMO Y DUALISMO POR UN PLURALISMO JURÍDICO

La relación entre las normas del derecho internacional y las de los ordenamientos jurídicos internos aún es entendida en función de conceptos desarrollados hace cien años: el monismo y el dualismo.<sup>6</sup> Estos conceptos representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, a tono con el desarrollo general de las ciencias del siglo XIX. Estos conceptos revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”. Como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido en gran medida olvidado. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el espectacular desarrollo del derecho internacional, y sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>7</sup> Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se

<sup>6</sup> Para conocer las contribuciones iniciales al dualismo véase Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeldt, 1899, pp. 12-22; *id.*, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *I Recueil des Cours*, 1923, p. 77; Anzilotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, Athenaeum, 1928, pp. 50 y 51; Oppenheim, Lassa, *International Law; A Treatise*, Hersch Lauterpacht ed., 1937, p. 20. Para conocer las exposiciones más relevantes sobre el monismo, véase, por ejemplo, Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, p. 67; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, 1934, pp. 129-154; del mismo autor, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr, 1920, pp. 30-51; Scelle, Georges, *Précis de droit des gens*, Recueil Sirey, 1932, pp. 31 y 32; Verdross, Alfred, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer 1926, pp. 34-42. Para una visión general véase Amrhein-Hofmann, Christine, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, Duncker & Humblot, 2003.

<sup>7</sup> Véase Peters, Anne “The Globalization of State Constitutions”, *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 260-266, 293-305, para una visión panorámica de las reacciones de las Constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas; Ginsburg, Tom “Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law”, *38 N.Y.U.J. INT’L L. & POL.*, 2006, p. 707.

vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos.<sup>8</sup>

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional,<sup>9</sup> pero desde una perspectiva jurídica y académica son unos “zombis” intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o “deconstruirse”. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.

No obstante, una vez superada esta dicotomía, es el dualismo el que marca el camino a seguir. Una explicación teórica convincente sobre cómo reconstruir la pirámide provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,<sup>10</sup> pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo se desenvuelven y actúan en este ámbito los juristas, los políticos y los ciudadanos. Por lo que respecta a los juristas, cuando analizan la validez, la legalidad, la interpretación o la legitimidad de una norma jurídica, su primer paso suele consistir en catalogarla como internacional, como perteneciente al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, o como norma interna de un Estado. El principal razonamiento jurídico descansa pues en la asunción pluralista de diversos ordenamientos, incluso en los llamados países monistas, como Francia (o en los Estados Unidos), e incluso en los Países Bajos, los más

<sup>8</sup> Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, 281 *Recueil des Cours*, 1999, pp. 9, 363.

<sup>9</sup> Véase de Wet, Erika, “The Reception Process in Belgium and the Netherlands”, en Keller, Helen y Stone-Sweet, Alec (eds.), *The Reception of the ECHR in Europe*, Oxford University Press, 2008, pp. 11, 25.

<sup>10</sup> *Cfr.* Burke-White, William, “International Legal Pluralism”, 25 *MICH. J. INT’L*, 2004, p. 963; von Benda-Beckmann, Franz, “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, 471 *J. Legal Pluralism & Unofficial L*, 2002, p. 37; von Benda-Beckmann, Keebet, “Globalisation and Legal Pluralism”, 4 *INT’L L. F.*, 2002, p. 19; Öhlinger, Theo, “Unity of the Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe”, en Jyränki, Antero (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, Kluwer, 1999, pp. 163-174; Schiff Berman, Paul, “Global Legal Pluralism”, 80 *S. CAL. L. REV.*, 2007, p. 1155; Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, 2006, pp. 163-169.

monistas de todos.<sup>11</sup> Además, la noción de un orden piramidal de las normas no es compatible con la experiencia de su diversidad. Ni siquiera la noción contemporánea de un derecho global, que podría evocar el monismo, pone en entredicho esta idea de pluralismo.<sup>12</sup>

El concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso” normativo,<sup>13</sup> como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”.<sup>14</sup> Pero, ¿cómo se puede concebir este “acoplamiento”? Esta pregunta nos conduce a la segunda tesis, que desarrolla el tema en términos doctrinales.

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

La segunda tesis es la siguiente: la deconstrucción de la pirámide debe ir acompañada de una nueva construcción de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme a la luz de sus roles constitucionales. La idea del dualismo partió de la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.<sup>15</sup> Sin embargo, hoy en día muchas normas internacionales regulan cuestio-

<sup>11</sup> De Wet, *op. cit.*, nota 9, p. 18.

<sup>12</sup> Para una discusión sobre un derecho global administrativo véase Cassese, Sabino, *Global Administrative Law. An Introduction*, 2005, disponible en <http://www.iilj.org/GAL/documents/Cassesepaper.pdf>; Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergency of Global Administrative Law”, *68 Law & Contemp. Probs.*, 2005, p. 15, disponible en <http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceGlobalAdministrativeLaw.pdf>.

<sup>13</sup> Pero no en un sentido Schmittiano. Compárese en Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, 1963, p. 54; *cfr.* Bast, Jürgen, *Totalitärer Pluralismus*, Mohr Siebeck, 1999, pp. 88-91.

<sup>14</sup> Poscher, Ralf, “Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung”, *67 Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, 2008, pp. 160 y ss.

<sup>15</sup> Triepel, *op. cit.*, nota 6, pp. 11-15. *Cfr.* Gassner, Ulrich, *Heinrich Triepel. Leben und Werk*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

nes internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales.<sup>16</sup> Excepto en situaciones de administración internacional (Kosovo, Bosnia), un efecto de este tipo requiere una “mediación” por parte de las instituciones internas. La mediación o “acoplamiento” pueden llevarlo a cabo tanto las instituciones políticas como las instituciones administrativas y judiciales. En este último caso, el efecto interno de las normas internacionales suele derivarse de la doctrina del efecto directo y de la doctrina de la interpretación conforme. De ahí que parezca lógico afirmar que la deconstrucción de la pirámide a través del concepto de “acoplamiento” debe conducir a la exploración y a la construcción más elaborada de estas dos doctrinas. No en vano, si el acoplamiento entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno que pueden efectuar las instituciones administrativas y judiciales se sustenta en gran medida en estas dos doctrinas, de ellas depende la intensidad de tal acoplamiento.<sup>17</sup>

Aunque significativo, el “acervo doctrinal” existente no parece ser plenamente satisfactorio; a menudo ni siquiera queda claro si se trata de doctrinas provenientes del derecho internacional o del derecho interno.<sup>18</sup> Desde mi perspectiva, se sustentan en el derecho constitucional interno, afirmación que puede defenderse doctrinalmente, comparativamente y a la luz de criterios de legitimidad.

<sup>16</sup> Tomuschat, *op. cit.*, nota 8, p. 63 (el derecho internacional como un “modelo de vida social”).

<sup>17</sup> Véase Glassman, Robert, “Persistence and Loose Coupling in Living Systems”, *18 Behav. Science*, 1973, p. 83 (el origen del concepto).

<sup>18</sup> Véase Hummer, Waldemar, “Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen”, *Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten*, Orac, 1987, pp. 43-83, 67; Koller, Arnold, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrags im innerstaatlichen Bereich*, Staempfli, 1971, pp. 121, 146; Zuleeg, Manfred, “Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der europäischen Sozialcharta”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [ZaöRV]*, 1975, pp. 341, 350. Para la última idea véase, por ejemplo, Bleckmann, Albert, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Dunker & Humblot, 1970, pp. 125-130; Iwasawa, Yuji, “The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States”, *26 Virg. I. Int'l*, 1986, p. 627. Algunos autores distinguen entre el efecto directo como una doctrina de derecho internacional, y la doctrina a la auto-ejecutabilidad como doctrina del derecho nacional; véase, por ejemplo, Buergethal, Thomas, “Self-executing and Non-self-executing Treaties in National and International Law”, *235 Recueil des cours*, 1992, pp. 303, 322.

Las normas y decisiones internacionales a las que se atribuye claramente efecto directo son en realidad muy escasas.<sup>19</sup> Una gran excepción la constituye el derecho de la Unión Europea: ya desde la sentencia en el asunto *Van Gend & Loos*, el ordenamiento jurídico europeo —a través del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE en la actualidad)— se considera facultado para determinar la posición del derecho europeo en los ordenamientos internos, pretensión que los sistemas jurídicos nacionales han aceptado, aunque no totalmente.<sup>20</sup> Otra excepción muy importante es, a este respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que atribuye efecto directo a sus pronunciamientos; si tiene éxito, pasará de ser una institución internacional a una institución supranacional.<sup>21</sup> Estas dos excepciones confirman la regla general según la

<sup>19</sup> El caso paradigmático es “Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion”, 1928 P.C.L.J. (ser B), núm. 15, Mar. 3. Para decisiones más recientes, véase *LaGrand case (Ger. vs. U.S.)*, 2001 I.C.J. 466 June 27; *Prosecutor vs. Tadic*, case No. IT-94-1, Opinión and judgment (May 7, 1997); *cf.* Amrhein-Hofmann, Christine, *op. cit.*, nota 6, pp. 41-43; Weiler, Joseph H. H. y Haltern, Ulrich, “The Autonomy of the Community Legal Order — Through the Looking Glass”, 37 (2) *Harv. INT’L J*, 1996, p. 411.

<sup>20</sup> Para más detalles, véase Huber, Peter M., “Offene Staatlichkeit: Vergleich”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum* II § 26, C. F. Müller, 2008.

<sup>21</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*; Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrafo 124: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*; Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párrafo 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes

cual corresponde al orden jurídico interno decidir sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado.

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

en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

En el Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, para. 339, la Corte IDH hace mención de control de convencionalidad y agrega en la nota a pie de página 321: “El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México”. *Cfr.* Amparo Directo Administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia de 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”. En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” sentado por la Corte IDH cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos (conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en el Seminario “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune in America Latina*”, 18 y 19 de noviembre de 2009). En relación con las medidas provisionales, se puede mencionar la resolución de la Corte IDH, de 4 de mayo de 2004, respecto de Venezuela (Casos Liliana Ortega y Otras; Luisiana Ríos y Otros; Luis Uzcategui; Martha Colomina y Liliana Velasquez): “La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes”.

cias liberales, la solución más coherente con el constitucionalismo como teoría normativa.<sup>22</sup>

Por eso, la decisión de un tribunal supranacional a favor del efecto directo está legitimada si está respaldada por normas constitucionales. Tal es el caso latinoamericano. A luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, parece importante señalar que muchas Constituciones (por ejemplo, la de Venezuela, en su artículo 23; la de Ecuador, en el artículo 424, o la de Bolivia, en su artículo 256), atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos o al menos a algunos de ellos (por ejemplo, la Constitución de Argentina otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, y dispone que “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”).

Pero volvamos al tema general. Una reconceptualización de las dos doctrinas mencionadas —efecto directo e interpretación conforme— puede lograr algo más que la mera admisión de que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno. Hasta el momento, ambas doctrinas suelen concebirse como asuntos técnicos o metodológicos, pero esta concepción no es plenamente convincente. Con respecto a la interpretación conforme, comparto el enfoque del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su ampliamente criticada sentencia *Görgülü*: la interpretación conforme debe basarse en el contexto interpretativo general de la Constitución interna.<sup>23</sup> Aún más importante es la doctrina del efecto directo. Muchos autores sostienen que el efecto directo depende en gran medida de la precisión o determinación de las disposiciones del derecho internacional en cuestión. Este punto de vista tampoco resulta convincente. En primer lugar porque la “determinación” constituye un criterio indeterminado. Pero, sobre todo, porque este enfoque no hace justicia ni al

<sup>22</sup> Dorsen, Norman *et al.*, *Comparative Constitutionalism*, West, 2003, p. 10.

<sup>23</sup> BVerfG, Sentencia del 14 de octubre de 2004, 2 BvR 1481/04, disponible en <http://www.jurisonline/Rechtsprechung>. La traducción al inglés se encuentra en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html). El Tribunal sostuvo que la cuestión no consiste en no tener en cuenta el derecho internacional, sino en que su aplicación mecánica sin considerar las normas de mayor jerarquía, puede vulnerar los derechos fundamentales. En todo caso, el contexto interpretativo de la Constitución Nacional tiene que ser considerado.

papel “acoplador” ni a la función constitucional de la doctrina del efecto directo. Esta dimensión del problema pone de relieve que la doctrina del efecto directo afecta a varias cuestiones constitucionales, tales como la separación de poderes entre las instituciones nacionales, el papel de las instituciones políticas y su relación con los órganos administrativos y el Poder Judicial, así como la situación de sus ciudadanos en un contexto social y político globalizado.

Ambas doctrinas deben sustentarse en un equilibrio entre diversos principios constitucionales como son la cooperación internacional, por una parte, y el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales, por el otro. Teniendo en cuenta que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno, es probable que las doctrinas asuman diferentes matices de significado en los distintos ordenamientos constitucionales, desde el momento en que se basan en historias constitucionales muy distintas. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, al comparar la experiencia de los Estados Unidos de América (con una continuidad democrática de doscientos años), y la de Perú (con la convocatoria de un Congreso Constituyente que sancionaría la Constitución de 1993, aún vigente, luego del golpe que asestó Fujimori al Congreso de la República y a la Constitución de 1979).<sup>24</sup>

Este enfoque no pretende obstaculizar el desarrollo del derecho internacional, sino todo lo contrario. Sirve más bien para hacer visible su evolución, teniendo en cuenta su dinámica, que no siempre está a la altura de las exigencias del constitucionalismo. El efecto directo de las normas internacionales, por lo tanto, añade una presión enorme al desarrollo del derecho internacional. Por razones similares, es importante que las consecuencias de un incumplimiento sean limitadas y restringidas,<sup>25</sup> todo lo cual se explica mejor con un ejemplo.

<sup>24</sup> Véase Casal, Jesús María, “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, *Rg (Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte)*, 2010, p. 16.

<sup>25</sup> Así se ha resaltado en “Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, reimpresso en Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.

#### IV. EFECTO DIRECTO COMO UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: LA OMC COMO EJEMPLO

Este argumento bastante abstracto se ilustrará con el que quizás es el tema más debatido en Europa en relación con el efecto directo: el que atañe a la Organización Mundial del Comercio (OMC).<sup>26</sup> La cuestión del efecto directo del régimen jurídico de la OMC es esencial, porque del artículo 216.2 TFUE se infiere la primacía de las normas convencionales internacionales sobre el derecho derivado de la Unión;<sup>27</sup> de ahí que si se le atribuyera efecto directo, la normativa de la OMC tendría una función constitucional para el Poder Legislativo de la UE. No obstante, el Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) niega su efecto directo cuando impele a los poderes legislativos de la UE a cumplir el derecho de la OMC.<sup>28</sup>

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

<sup>26</sup> Véase Cebada Romero, Alicia, “La Organización Mundial de Comercio y la Unión Europea”, *La Ley de las Razas*, 2002; Antoniadis, Antonis, “The European Union and WTO Law”, *6 World Trade Rev.*, 2007, p. 45; Uerpman-Witzack, Robert, “The Constitutional Role of International Law”, *Principles of European Constitutional Law*, *cit.*, nota 5, pp. 131-168; Cass, Deborah, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, 2005; Snyder, Francys, “The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law”, *40 Common Mkt. L. Rev.*, 2003, p. 313; Griller, Stefan, “Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union”, *3 J. INT'L Econ. L.*, 2000, p. 441.

<sup>27</sup> Ex Art. 300.5 TEC.

<sup>28</sup> Caso C-149/96, Portugal vs. Consejo, 1999, TJCE 1-8395; caso C-377/02, León Van Parys NV vs. Belgische Interventie- en Restitutiebureau, 2005, TJCE 1-1465. No se le concede efecto directo a las decisiones del OSD; Pieckhout, Piet, “Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union”, *5 J. INT'L ECON. L.*, 2002, p. 91.

<sup>29</sup> Véase Griller, *op. cit.*, nota 26, pp. 451, 461. Véase también Berkey, Judson, “The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT. A Question Worth Revisiting”, *9 E.J.I.L.*, 1998, p. 626 (para más críticas relativas a la negación del efecto directo del régimen GATT).

cooperación internacional consagradas en el derecho primario (esto es, constitucional) de la Unión Europea.<sup>30</sup>

Este argumento puede fundamentarse en la indiscutible importancia que el principio constitucional de la cooperación internacional tiene para la UE, que otorga mayor relevancia a las disposiciones internacionales que la mayoría de los ordenamientos constitucionales internos.<sup>31</sup> La negación del efecto directo del derecho de la OMC constituye más bien una excepción en la aproximación de la UE al derecho internacional. Por ello el caso es tan revelador.

Una de las consecuencias del efecto directo es la presión para armonizar los distintos esquemas normativos internos, pues con el efecto directo de las normas internacionales será mucho más difícil mantener leyes nacionales divergentes. El principio de auto-determinación, a menudo caracterizado como principio de subsidiaridad, se ve afectado de modo similar. Esta presión se debe a la necesidad de evitar la discriminación a la inversa. El concepto de discriminación a la inversa significa que, en virtud del efecto directo, el agente económico extranjero goza de un trato más favorable que el nacional.<sup>32</sup> Dado que esta situación es poco admisible políticamente, el efecto directo desarrolla una dinámica de armonización.

En el seno de la UE, una tendencia general hacia la armonización está justificada, ya que la integración económica es un objetivo constitucional (artículo 3.3 TUE). Por el contrario, el régimen de la OMC no tiene como objetivo la integración económica o la armonización. Además, el efecto directo puede requerir legislación secundaria, esto es, legislación adoptada por la institución inter o supranacional. En gran medida, la integración europea ha validado la hipótesis funcionalista según la cual la denominada integración negativa en virtud del efecto directo de las liber-

<sup>30</sup> Cfr. von Bogdandy, Armin, "Founding Principles", *Principles of European Constitutional Law*, cit., nota 5, pp. 11-54.

<sup>31</sup> Caso 162/96, *A. Racke GmbH & Co. vs. Hauptzollamt Mainz*, 1998, TJUE 1-3655 (la CE debe respetar el derecho internacional en el ejercicio de sus poderes); caso C-540/03, *Parlamento vs. Consejo*, 2006, TJUE 1-5769 (la legalidad de la Directiva revisada por referencia al CEDH, dos convenciones internacionales y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

<sup>32</sup> La idea de la desregulación en la UE ha sido limitada porque las instituciones comunitarias podrían regular la materia en el nivel supranacional. Esta posibilidad no existe en la OMC.

tades del mercado (libertad de comercio, artículo 34 TFUE, etcétera) dará lugar a procesos políticos transnacionales.<sup>33</sup> El efecto directo de la normativa de la OMC, en consecuencia, aumentaría dramáticamente la necesidad de una legislación transnacional, ya sea en forma de tratados internacionales o mediante otros instrumentos. Tal desarrollo podría ser crítico en dos sentidos: primero, porque es poco probable que un mecanismo eficiente y legítimo de producción normativa pueda ser creado a nivel global;<sup>34</sup> y en segundo lugar, porque cualquier mecanismo de producción normativa global de este tipo supondría un riesgo para el autogobierno democrático y la subsidiariedad aún mayor que el que conlleva la producción normativa de la Unión Europea. Por lo tanto, estos principios constitucionales se oponen al efecto directo del derecho de la OMC.

Un principio constitucional aún más relevante es el de la seguridad jurídica. La OMC carece de las instituciones necesarias para legislar en situaciones de indeterminación normativa. A primera vista, ello parece aceptable en el caso de que el régimen normativo de la OMC tenga efecto directo, pues su impacto tendería a ser la desregulación. Sin embargo, sería ingenuo suponer que los intereses de los agentes económicos se satisfacen siempre a través de la desregulación. Por el contrario, muchas industrias dependen de la seguridad jurídica y de marcos normativos específicos, y las prácticas de comercialización y distribución dependen de marcos jurídicos concretos.<sup>35</sup> En el caso de aceptar el efecto directo de la normativa de la OMC, puede ocurrir que el productor nacional no sepa en qué medida el régimen que debe seguir se aplica igualmente a los competidores extranjeros en el mercado interno. Esta incertidumbre en relación con las bases legales de la competencia dentro del mercado nacional es cuestionable a la luz del principio de seguridad jurídica.

Otro principio importante es el de la igualdad ante la ley. El debate sobre el efecto directo de la normativa de la UE pone de relieve que cualquier disposición europea puede ser aplicada de modo diferente por los distintos tribunales nacionales de los 27 países miembros de la UE, lo

<sup>33</sup> Scharpf, Fritz W., *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, Campus, 1999, pp. 50, 96.

<sup>34</sup> Para un análisis detallado, véase von Bogdandy, Armin, "Law and Politics in the WTO. Strategies to Cope with a Deficient Relationship", *5 Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, p. 609.

<sup>35</sup> Goodhart, Charles, "Economics and the Law: Too Much One-Way Traffic?", *60 MOD. L. REV. 1.4*, 1997 (con amplias referencias a Ronald Coase y Mancur Olson).

que puede lesionar seriamente el principio de igualdad ante la ley. Con el fin de responder a esta objeción, la Unión tiene una serie de mecanismos específicos para garantizar una aplicación suficientemente homogénea, entre los que se encuentra especialmente la cuestión prejudicial de interpretación consagrada en el artículo 267 del TFUE.<sup>36</sup> El TJUE es responsable de la igualdad jurídica de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y en este principio se basa gran parte de su impactante jurisprudencia. Sin embargo, no existen mecanismos de este tipo para garantizar a los competidores de distintas jurisdicciones la igualdad ante la ley cuando se aplica la normativa de la OMC. En primer lugar, no hay ninguna obligación de aplicar directamente la normativa de la OMC. Además, no existe un vínculo institucional entre el juez nacional y los órganos de solución de controversias de la OMC. En caso de aplicación directa, en la OMC no existen mecanismos que garanticen la igualdad ante la ley entre los agentes económicos que actúan en diferentes ordenamientos jurídicos internos. La igualdad ante la ley se encontraría por tanto seriamente amenazada. El TJUE subraya también la posibilidad de un “desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC”<sup>37</sup> como una razón para excluir su aplicación directa.

Sin embargo, surge la siguiente pregunta: ¿es la igualdad ante la ley, en su versión de aplicación uniforme del derecho de la OMC, verdaderamente necesaria para que una norma tenga efecto directo? Se podría argumentar que este principio no impide la aplicación directa de importantes instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>38</sup> y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>39</sup> El argumento de la falta de igualdad ante la ley, por lo tanto, perdería relevancia si se considerase que la normativa de la OMC, o al menos algunas de sus disposiciones, garantizan derechos humanos, afir-

<sup>36</sup> En virtud del artículo 267 TFUE, el TJUE tiene competencia para interpretar el derecho de la Unión, con carácter prejudicial, cuando se plantee una cuestión de este tipo ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembro. Una vez que el TJUE haya decidido la cuestión, le será devuelta al juez nacional. Este mecanismo cooperativo busca una interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembro. Véase Caso 244/80, Pasquale Foglia vs. Mariela Novello (No 2), 1981, TJUE 03045, para. 17.

<sup>37</sup> Portugal vs. Consejo, *cit.*, nota 28, para. 45.

<sup>38</sup> Véase *The Reception of the ECHR in the Member States*, *cit.*, nota 9 (sobre las diferentes maneras en que la CEDH es aplicada en los ordenamientos jurídicos internos).

<sup>39</sup> Parlamento vs. Consejo, *cit.*, nota 31.

mación que se ha mantenido insistentemente.<sup>40</sup> Sin embargo, los tratados de la OMC no califican los deberes de sus miembros como derechos humanos de los individuos. Tanto el significado ordinario, como el análisis sistemático y las prácticas institucionales se oponen a tal concepción del derecho de la OMC. Un examen comparativo de la normativa de la Unión Europea también dificulta la calificación del régimen de la OMC como de derechos humanos. Si las disposiciones de la OMC concedieran derechos, éstos se corresponderían con las libertades comunitarias básicas. Sin embargo, el reconocimiento de la libre circulación de bienes y servicios en la UE no equivale al reconocimiento de derechos *humanos*, sino únicamente de derechos *individuales*.<sup>41</sup> Esta distinción se confirma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>42</sup> concretamente, en el párrafo 3 del Preámbulo se distingue claramente entre los valores comunes y los derechos humanos, por una parte, y las libertades comunitarias, por otra.

Esta distinción no es sólo semántica y simbólica, sino también sustantiva. Usualmente se pasa por alto la diferencia fundamental entre la jurisprudencia del TJUE sobre derechos humanos y la relativa a la libre circulación de bienes y servicios (no la relativa a la libre circulación de personas): el Tribunal aplica las libertades básicas únicamente si no existe legislación secundaria.<sup>43</sup> Esto significa que a través de las instituciones

<sup>40</sup> Véase Petersmann, Ernst-Ulrich, “From «Negative» to «Positive» Integration in the WTO: Time for «Mainstreaming Human Rights» into WTO Law?”, *37 Common MKT. L. REV.*, 2000, pp. 361, 375.

<sup>41</sup> Véase Casos C-46/93 & C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, 1996, TJUE 1-1029, para. 54.

<sup>42</sup> Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000, 2000 O. J. (C 364) 1.

<sup>43</sup> Caso 120/78, *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (“Cassis de Dijon”), 1979, TJUE 649, en para. 8; Caso C-51/94, *Comisión vs. Alemania* (“Sauce Hollandaise”), 1995, TJUE 1-3599, en para. 29; Caso C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. vs. Mars GmbH* (“Mars”), 1995, TJUE 1-1923, para. 12; Caso C-217/99, *Comisión vs. Bélgica*, 2000, TJUE 1-10251, para. 16. Esto también explica por qué el derecho originario es interpretado a la luz del derecho derivado, lo cual puede parecer a primera vista desconcertante o al menos sorprendente como método de interpretación. *Cfr.* Caso C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH and Uwe Danzinger vs. Ideal-Standard GmbH y Wabco Standard GmbH* (“Ideal Standard”), 1994, TJUE 1-2789, paras. 56-60. La situación en los Estados Unidos es similar con la “cláusula de comercio durmiente”; véase Graser, Alexander, “Do Hard Cases Make Bad Law?”, *60 (2) ZaöRV*, 2000, pp. 366, 382.

de la Unión se puede regular la materia de modo distinto al decidido por el Tribunal. Ninguna decisión del Tribunal que establezca que un obstáculo estatal es ilegal por violar una libertad básica está escrita en piedra, ya que puede ser revocada posteriormente mediante un reglamento o una directiva. La función principal de las libertades básicas es crear un mercado común, no limitar el proceso político supranacional. Por lo tanto —esta es una distinción crucial para cualquier decisión sobre derechos humanos, ya provenga del TJUE, del TEDH o de un juez constitucional nacional—, una decisión basada en las libertades del comercio no sitúa la cuestión al margen del proceso político ordinario. De ahí que no pueda considerarse que las libertades comerciales pertenezcan al ámbito de los derechos humanos, pues no cumplen la función contra-mayoritaria, que constituye la característica fundamental de los derechos humanos.<sup>44</sup> Sería incoherente que las instituciones europeas concedieran estatus de derechos humanos a ciertas disposiciones internacionales si disposiciones equivalentes de la “Constitución” de la UE no gozan de tal condición. Por tanto, la cuestión de la igualdad jurídica sigue siendo crucial.

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

Al plantearse si las disposiciones de la OMC confieren derechos económicos individuales, el ordenamiento jurídico europeo habrá de examinar los argumentos que justifican el efecto directo de las disposiciones comunitarias. En la sentencia *Van Gend & Loos*, el objetivo de *establecer un mercado común* es el que abre la puerta a todos los argumentos a fa-

<sup>44</sup> Frankenberg, Günter, *Die Verfassung der Republik*, Suhrkamp, 1997, p. 127.

vor de la aplicabilidad directa.<sup>45</sup> También en *Kupferberg*,<sup>46</sup> el razonamiento del TJUE se basa en la idea de un “sistema de libre comercio”, y por consiguiente, en el objetivo normativo del *mercado*. Estas libertades económicas transnacionales están estrechamente vinculadas a la idea de la creación de un mercado. No obstante, dicho mercado no es sólo un hecho o evento socioeconómico espontáneo, sino también una actividad que se lleva a cabo dentro de un marco jurídico,<sup>47</sup> sin el cual, en realidad, no existirá jurídicamente un mercado. En consecuencia, el efecto directo del derecho de la OMC podría admitirse si existiera el objetivo de crear un mercado mundial cuya consecución se lograría a través de la normativa de la OMC. Sin embargo, ésta no prevé entre sus objetivos el establecimiento de un mercado global. Desde la perspectiva del derecho público, no existe un mercado mundial sino únicamente varios mercados nacionales, y la normativa de la OMC debe concebirse en realidad como un instrumento para la coordinación de la interdependencia entre ellos. En la medida en que la creación de un mercado mundial no es un objetivo normativo de la OMC, no hay razones para concluir que sus disposiciones tienen tal función. Por lo tanto, el argumento que sirve de fundamento al efecto directo de las disposiciones sobre mercado interior contenidas tanto en los tratados constitutivos de la UE como en muchos acuerdos concluidos por la UE, no justifica una medida análoga en relación con la normativa de la OMC.

De hecho, tal vez sea el principio de igualdad ante la ley el que ofrezca los argumentos más convincentes para concluir que ni el derecho de la OMC ni el de la UE prevén un mercado mundial, pues dicho mercado no podría cumplir las exigencias de igualdad ante la ley. Teniendo en cuenta que el núcleo de la relación de los derechos humanos es bipolar (la auto-

<sup>45</sup> Caso 26/62, *NV Algemene Transport — en Expeditie Onderneming van Gend & Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963, TJCE 1 (sosteniendo que, de acuerdo con el espíritu, el contexto general y el texto del TCE —descrito como el “nuevo orden internacional”—, la clara e incondicional prohibición contenida en el artículo 12 del TCE da fundamento para que los derechos individuales deban ser protegidos para garantizar los objetivos del mercado común).

<sup>46</sup> Caso 104/81, *Hauptzollamt Mainz vs. CA Kupferberg & Cie KG*, 1982, TJCE 3641, paras. 24-26 (en el que el Tribunal sostuvo que la consecuencia inmediata del sistema de libre comercio es una regla antidiscriminatoria incondicional con efecto directo en toda la Comunidad).

<sup>47</sup> Goodhart, *op. cit.*, nota 35; Ipsen, Hans-Peter, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr, 1972, p. 550.

ridad pública y la persona perjudicada), los derechos económicos individuales en una economía de mercado se inscriben siempre en relaciones multipolares (la autoridad pública, al menos dos competidores y el consumidor). La igualdad en la aplicación de la ley es mucho más importante en la constelación de la competencia entre los agentes económicos privados que en la de los derechos humanos, ya que allí la aplicación o inaplicación afecta directamente a las relaciones de la competencia. Por esa razón, el procedimiento prejudicial es esencial para el efecto directo del derecho de la Unión.

Hasta este punto, mi argumento ha sido que es difícil desarrollar una justificación que respalde una decisión del TJUE en la que se admita el efecto directo de la normativa de la OMC dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. A continuación voy a presentar un argumento de tipo constitucional que se opone a la aplicabilidad directa. Los defensores del efecto directo unilateral sostienen que éste beneficiaría a la economía nacional (el llamado “argumento de desarme unilateral”).<sup>48</sup> Este argumento, aunque atractivo a primera vista, encuentra numerosas objeciones.<sup>49</sup> Jurídicamente, la objeción más importante se basa en el principio de igualdad. Si el ordenamiento jurídico europeo introdujera unilateralmente la aplicabilidad directa, esto supondría una discriminación a la inversa, es decir, la discriminación de los productores internos.

Si se atribuyera efecto directo a las normas de la OMC, el ordenamiento jurídico europeo se encontraría a menudo en la situación de tener que aplicar unilateralmente las disposiciones más liberales de la OMC a los productos importados, mientras que los productos internos estarían sujetos a normas nacionales más estrictas. El caso *Hormonas* entre los Estados Unidos y Canadá como demandantes, y las Comuni-

<sup>48</sup> Esto significa que el efecto directo de la normativa de la OMC beneficiaría económicamente a todos los ciudadanos. Al respecto véase Ikenson, Daniel, *US Trade Policy in the Wake of Doha: Why Unilateral Liberalization Makes Sense*, Cato Hill Briefing, 20 de julio de 2006, disponible en: <http://www.freetrade.org/node/706>. El argumento de que la liberalización unilateral es ventajosa para cualquier economía puede ser identificado en Adam Smith.

<sup>49</sup> Langer, Stefan, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, Beck, 1995; Howse, Robert y Nicolaidis, Kalypso, “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far?”, *Efficiency, Equity and Legitimacy: the Multicultural Trading System at the Millennium*, Brookings Inst. Press, 2001, p. 227.

dades Europeas como demandados, podría servir como ejemplo.<sup>50</sup> Si el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (dirigido a armonizar medidas adoptadas sobre una base científica para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, y para prevenir la discriminación arbitraria y las restricciones encubiertas al comercio), fuese directamente aplicable, la carne producida en el extranjero con hormonas añadidas podría ser comercializada y vendida en la UE, mientras que un producto interno equivalente no podría serlo, por cuanto la normativa de la OMC se aplica exclusivamente a los productos extranjeros.<sup>51</sup> Los productores nacionales y sus distribuidores estarían en una situación de desventaja con respecto a sus homólogos extranjeros.<sup>52</sup> Dicha discriminación está prohibida por las Constituciones nacionales porque vulnera el principio de igualdad.<sup>53</sup> Diferenciar entre competidores por el simple hecho de su procedencia no cumple con los requisitos constitucionales para un tratamiento desigual; y el mero hecho de que las mercancías sean producidas en diferentes lugares no justifica un tratamiento más favorable,<sup>54</sup> con la posible y única

<sup>50</sup> Informe del Panel de Solución de Controversias, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/R/USA (18 de agosto de 1997), e Informe del Órgano de Apelación, WTO Hormones WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998), disponible en: [http://www.wto.org/english/whtrtop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds26\\_e.htm](http://www.wto.org/english/whtrtop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm).

<sup>51</sup> Al respecto véase el Acuerdo de los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 15 de abril de 1994; Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo 1C, 1869, U.N.T.S. 299, 33, I.L.M. 1197 (1994) (ADPIC) artículo I (3); Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio 1994, 15 de abril de 1994; Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo Ia, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994) (GATT) artículo III.

<sup>52</sup> Los agentes económicos con un mercado definido conforman un “grupo” en el sentido establecido por el principio de igualdad. Véase el Caso C-280/93, Alemania vs. Consejo (‘Bananas’), 1994, TJUE I-4973, paras. 67-75.

<sup>53</sup> Davies, Gareth, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer, 2003, pp. 126, 127, 143; Maduro, Miguel P., “The Scope of European Remedies: The Case of Purely Interval Situations and Reverse Discrimination”, en Kilpatrick *et al.* (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart, 2000, pp. 117, 137-149 (sosteniendo que los jueces nacionales, teniendo en mente los valores nacionales, podrían aceptar o rechazar la discriminación inversa); Hammerl, Christoph, *Inländerdiskriminierung*, Duncker & Humblot, 1997, pp. 103, 159; Epiney, Astrid, *Umgekehrte Diskriminierung*, Heymann, 1995, p. 427.

<sup>54</sup> Sobre los requisitos para el trato diferenciado en el ordenamiento jurídico europeo, véanse los Casos 117/76 y 16/77, Albert Ruckdeschel & Co y Hansa-Lagerhaus Ströh &

excepción de que los productores internos fuesen los favorecidos, hipótesis que no es la que nos ocupa.<sup>55</sup>

Se podría responder que ese tipo de discriminación se produce legalmente y muy a menudo dentro de la Unión Europea. Es cierto. Sin embargo, esta forma aceptada de discriminación a la inversa no se debe al hecho de que *un* ordenamiento jurídico en particular discrimine, sino a las divergencias entre los *diferentes* ordenamientos. Concretamente, ocurre que el derecho interno prevé una determinada norma para un supuesto de hecho mientras que el derecho de la Unión, cuya aplicación es imputada por el propio ordenamiento supranacional, tiene una norma diferente y más favorable para quien actúa transnacionalmente. En este caso —cuando la discriminación a la inversa es el resultado de la colisión de dos ordenamientos jurídicos autónomos— este tipo de discriminación se considera generalmente justificado porque el principio de igualdad sólo se aplica dentro de un mismo ordenamiento jurídico.<sup>56</sup> Esta justificación no se aplicaría si la Unión decidiera, de manera autónoma, que el derecho de la OMC tiene efecto directo. La única posible solución para que la Unión aplique la normativa de la OMC directa y autónomamente y para evitar la discriminación a la inversa, sería decidir que la norma de la OMC fuera también aplicable a los productos nacionales. Sin embargo, una medida semejante implica automáticamente una mayor desregula-

Co vs. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen/Diamalt AG vs. Hauptzollamt Itzehoe, 1977, TJUE 1753, en para. 7; Caso C-15/95, EARL de Kerlast vs. Union regionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux, 1997, TJUE 1-1961, en para. 35; Caso C-292/97, Kjell Karlsson y otros, 2000, TJUE 1-2737, en para. 39; confróntese la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 20, *op. cit.*, nota 42.

<sup>55</sup> Véase Caso 112/80, Firma Anton Dürbeck vs. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, 1981, TJUE 1095, en paras. 51-56 (protección de los productores nacionales frente a los que la Unión es responsable en virtud del artículo 33 EC); Alemania vs. Consejo, *op. cit.*, nota 52, para. 74.

<sup>56</sup> Caso 223/86, Pesca Valentia Limited vs. Ministry for Fisheries and Forestry, Ireland and The Attorney General, 1988, TJUE 83, en para. 18; Caso C-444/98, procedimientos penales contra Jean Pierre Guimont, 2000, TJUE 1-10663, en para. 15. Algunas Constituciones consideran prohibida incluso la discriminación a la inversa y aplican la regla europea más liberal. Al respecto véase Austria: Verfassungsgerichtshof Sentencia de 7 de octubre de 1997, V 76/97, V 92/97, reimpresso en 26 (2) *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 51.

ción, con imprevisibles consecuencias.<sup>57</sup> Una dinámica semejante difícilmente podría presentarse en un tribunal sujeto a una Constitución, y ciertamente no en el TJUE, en el que el consenso constitucional es mucho más limitado que en la mayoría de los Estados constitucionales. Si una comunidad política quiere liberalizar un sector económico, es libre de hacerlo dentro de los límites de la Constitución, aunque no de tal modo que los competidores nacionales sean discriminados, es decir, no por medio del efecto directo del régimen de la OMC.

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

## V. LA ÚLTIMA PALABRA

Mi tercera tesis no es más que una conclusión extraída de este razonamiento. Se ha formulado una pregunta valorativa: “¿Debe deconstruirse la pirámide jurídica?”. Mi respuesta es “no”. Siempre debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales. Ello está en consonancia con la evolución del derecho internacional, y con la discutida legitimidad de determinados actos jurídicos internacionales, como ocurre en el caso de las listas de presuntos terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Véase Basedow, Jürgen, “Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten — Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG”, *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, 1991, pp. 151, 159.

<sup>58</sup> Por medio de las resoluciones del Consejo de Seguridad. 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2000), 1390 (2002), reiteradas en las resoluciones 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) y 1735 (2006), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas obligó a todos los estados a adoptar medidas restrictivas con respecto a los individuos y

Volviendo a la pregunta inicial sobre la deconstrucción de la pirámide, mi respuesta, de nuevo, es que no debe ser deconstruida. O para decirlo de forma muy concreta: el Tribunal Europeo de Primera Instancia tomó el camino equivocado al considerar que los actos del Consejo de Seguridad sólo podrían ser juzgados a la luz del *ius cogens*.<sup>59</sup> Si no se quiere cuestionar la jurisprudencia del TJUE según la cual el derecho europeo es un ordenamiento jurídico autónomo que cumple funciones constitucionales, entonces las normas pertinentes son las del ordenamiento jurídico europeo.<sup>60</sup> Conceptualmente, el TPI fue atrapado por el monismo, una razón más por la que esta concepción debe ser relegada. Mi respuesta no debe ser entendida como una propuesta de monismo con la Constitución en la cúspide; la autonomía normativa del derecho internacional no ha sido cuestionada, y el pluralismo de los sistemas normativos es la base en la que se fundamenta todo el argumento.

entidades contenidas en la “lista consolidada” de Al-Qaida y Taliban, tales como el congelamiento total de sus activos, salvo para los gastos básicos de subsistencia, y la prohibición para salir del país de residencia (disponible en <http://www.un.org/sc/comrnities/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>).

<sup>59</sup> Caso T-306/01, *cit.*, nota 3, para. 276, 338-346; Eeckhout, Piet, “Community Terrorism Listings Fundamental Rights and UN Security Council Resolutions”, 3 *EUR. CONST. L. REV.*, p. 183, 2007; Frowein, Jochen A., “The UN Anti-Terrorism Administration and The Rule of Law”, *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 785-795.

<sup>60</sup> A esta conclusión llegó posteriormente el TJUE. Véanse los casos C-402/05 P y C-415/05 P., *Kadi vs. Consejo*, 2008, TJCE 1-06351.