

✠ INTERNACIONALIZACIÓN DEL ✠  
DERECHO CONSTITUCIONAL,  
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL  
DERECHO INTERNACIONAL

GRISELDA CAPALDO, JAN SIECKMANN,  
LAURA CLÉRICO  
(DIRECTORES)

 *Peudeba*



**Alexander von Humboldt**  
Stiftung/Foundation

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NIVELES MÚLTIPLES (LOCAL, NACIONAL, INTERNACIONAL, SUPRANACIONAL)\*

Wolfgang Däubler\*\*

## 1. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL

### 1.1. *Derechos de defensa – derechos sociales fundamentales – derechos de participación*

Los derechos fundamentales restringen el amplio poder que detentan los Estados nacionales. Aunque amplia, la misma descripción hace cuarenta años también hubiese sido, en lo central, acertada para definir la función de los derechos fundamentales. Los derechos que consagran la libertad prohíben las intervenciones del Estado en la libertad y la propiedad del ciudadano. Los derechos sociales fundamentales incluso exceden dicha protección y comprometen al Estado a establecer cierto status que le permita ofrecer, en particular, ciertas prestaciones: por eso debe, por ejemplo, instituir un sistema judicial, garantizar ingresos vitales mínimos para las personas que se encuentran en su territorio y velar por la protección adecuada de la salud que comprenderá, especialmente, atención médica. A ello se agregan los derechos de participación: junto con la participación en elecciones y consultas populares también encontramos el derecho a participar en la formación de la voluntad pública, de asociarse y de crear partidos políticos, y de influir en las decisiones que se toman en el mundo del empleo con auxilio de los sindicatos.

\* Traducción del alemán al castellano por Astrid Wenzel.

\*\* Doctor Profesor del Derecho del Trabajo alemán y europeo, Derecho Civil y Derecho Económico en la Universidad de Bremen.

### *1.2. El efecto horizontal de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales no sólo protegen del poder público, según la concepción del derecho de la mayoría de los Estados europeos a diferencia de los EE.UU.; el Estado tiene la obligación de brindar protección cuando corre peligro el ámbito privado de la persona porque otro sujeto del derecho privado ejerce poder. En este sentido, en Alemania se habla del efecto que los derechos fundamentales tienen frente a terceros. Para ilustrar lo dicho, tomemos como ejemplo el caso de un inquilino a quien se le rescinde su contrato de alquiler porque sale en defensa de ideas políticas que disgustan al locatario. En líneas generales, en tal caso el Estado debe ocuparse puntualmente de que la rescisión quede sin efecto y de este modo se garantice la libertad de opinión. Por regla general, también el más “fuerte” podrá invocar derechos fundamentales para que se sopesen los derechos de ambas partes que están en colisión. En muchos casos la situación deviene en que la protección del ámbito de libertad del individuo frente a los poderes privados es más débil que frente al Estado. Sería factible también proteger al más débil aplicando por analogía los principios vigentes para la relación entre los ciudadanos y el Estado. Pero hasta el momento esta sencilla vía no se ha impuesto.

### *1.3. Derechos humanos de tercera generación*

La diferenciación entre la orientación hacia el Estado y la orientación hacia terceros carece de importancia cuando se trata de los llamados derechos humanos de tercera generación. Con ellos excluyendo los derechos a la libertad y a los derechos sociales fundamentales— se remite a la garantía jurídica de los “bienes colectivos”, como por ejemplo el derecho a un medio ambiente sano, en cuya conservación y prospección debe orientarse toda la actividad desarrollada por el Estado. En cada caso difiere la medida en que también el individuo o los grupos quedan en posición de alcanzar por sí mismos un acercamiento por vía judicial al estado de situación que buscan. Así, ciertos regímenes jurídicos interpretan el derecho fundamental a la vida y a la salud calificando las malas condiciones ambientales también como una intervención en estos derechos humanos y habilitando, por ende, a los afectados a defenderse por su propia iniciativa por medio de su presentación espontánea ante la Justicia o defendiéndose por otra vía. De este modo contribuyen a la protección de este bien colectivo. Otros ordenamientos, hasta el momento, no han avanzado en esta dirección.

### *1.4. La función política de los derechos fundamentales y sus condiciones implícitas*

Los derechos fundamentales no sólo son una parte central del derecho escrito. Son, además, un elemento político de integración, una dimensión con la cual pueden y deben identificarse los ciudadanos. Para muchos, el reconocimiento de los derechos humanos es

una forma de suplantar la lucha por un orden mejor: si dentro de un tiempo previsible no habrá un Estado socialista de libres e iguales, que al menos el individuo, en particular el conciudadano económicamente más débil, esté suficientemente protegido. En este contexto se dejarán sentadas espontáneamente ciertas premisas como base.

a) ¿Derecho = realidad?

Por un lado, se parte, en líneas generales, de la premisa de que el derecho y la realidad son coincidentes y que, por lo tanto, el individuo realmente está en condiciones de hacer uso de las facultades que le asisten. Este es –como puede reconocerse sin mayor dificultad– un devoto deseo de casi todos los que trabajan en el sector informal de la economía (que también existe en Europa). Aunque tampoco es probable que a aquellos que ejercen una actividad (¿formal?), muy a pesar de trabajar en relación de dependencia, les resulte fácil recurrir a la protección jurídica que les brinda la Justicia, dirigirse a la autoridad de contralor laboral o realizar una denuncia penal<sup>1</sup>.

b) La protección del más débil

Por otro lado, se supone que los derechos fundamentales sirven al individuo para ampliar su ámbito de libertad o para mejorar su situación social. Este supuesto seguramente es correcto cuando se trata de la libertad de opinión o de garantizar ingresos vitales mínimos. Pero también hay otros derechos que garantizan privilegios y que se oponen a la relativización del poder del más fuerte. A modo de comparación, en el derecho alemán esta situación se puede observar en el simple ejemplo de la libertad de la práctica científica que ofrece el artículo 5 inc. 3 de la Constitución. En lo esencial, se aplica a los profesores universitarios y, por ende, excluye actividades protegidas con el mismo alcance de otros interesados. De mayor peso es la protección de la propiedad privada sobre objetos no destinados al consumo personal, que también puede encontrarse en otras sociedades. Dichos objetos, en particular en calidad de medios de producción de mayores dimensiones, sólo pueden utilizarse con ayuda de otras personas. Un “derecho humano” como éste sólo le corresponde de antemano a una pequeña parte de la población, y fuerza a la mayoría a tomar un empleo en relación de dependencia. En su fallo sobre la cogestión de marzo de 1979, el Tribunal Federal Constitucional alemán lo reconoció expresamente y, por eso, consideró que el legislador tenía derecho a intervenir mucho más (*en estos casos*) que en lo relacionado con el derecho de propiedad de uso personal.<sup>2</sup>

1. Para un ejemplo de la relación laboral, véase la recopilación de investigaciones empíricas en Höland: “La protección jurídica de los tribunales de trabajo durante la relación laboral – algunas debilidades, sus motivos y consecuencias” (*Der arbeitsgerichtliche Rechtsschutz während des Arbeitsverhältnisses – einige Schwächen, ihre Gründe und ihre Folgen*), en AuR 2010, p. 452 ss.

2. Tribunal Federal Constitucional de Alemania 50, p. 290 ss.

Asimismo, dado que justamente también “la megapropiedad” goza de la protección de la Constitución y que, por lo tanto, adquiere legitimación adicional, la excluiré del análisis que sigue a continuación.

### *1.5. Los ámbitos del Estado nacional y de los Estados federales*

Hasta ahora, en aquellos Estados que adoptaron la forma federal, los derechos fundamentales no sólo se garantizan en el nivel o en el ámbito nacional, sino también en cada uno de los diferentes subniveles (“Estados federales” o “provincias”). Esta situación genera problemas de colisión que, por cierto, no serían difíciles de solucionar.

- Si las garantías individuales vigentes en uno de los niveles son más amplias que en otros, para el ciudadano regirá la solución más favorable. Así, por ejemplo, si el Estado nacional (o central) sólo otorga el derecho a formación adecuada, pero un Estado individual (o provincia) otorga un derecho a una plaza en un jardín de infantes y otro en la escuela primaria, se aplicará esto último.
- Si los derechos son coincidentes, ambos regirán por igual. A ello se sigue, que en caso de violación de derechos, se aplicarán tanto los recursos jurídicos del derecho de cada Estado federal individual como los del Estado nacional.
- No se puede hacer lugar a estas reglas de colisión si el Estado central ejerce una competencia amplia que abarca el área técnica cuestionable y que, además, ha hecho uso de ella. Por lo general, en tal caso tiene prioridad el derecho vigente para todo el Estado nacional. Así, por ejemplo, las constituciones individuales de los Estados federales alemanes prevén, en interés de la libertad del individuo, que deben combatirse las posiciones de predominio en el mercado. Pero en el ámbito nacional existe una ley antimonopolios amplia que legisla sobre el mismo tema; por lo tanto, ya no se podrán invocar las disposiciones del derecho de los Estados individuales.

Vale decir que hoy la regla general es que las garantías de las unidades descentralizadas poseen una importancia relativamente menor.

## 2. LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA COMO DESAFÍO

La idea de que el Estado nacional es un sistema cerrado y que en ese marco basta con ofrecer una protección lo más amplia posible al individuo, está expuesta a una relativización cada vez mayor. Pero esto no sólo rige para la Unión Europea.

### 2.1. *Relocalización de plantas industriales para incrementar el poder privado*

Por medio de la amplia reducción, incluso de la eliminación de los aranceles de aduana y de otras medidas “que tienen un efecto de barrera” (*proteccionista*), las empresas radicadas en el territorio nacional están expuestas a la competencia mundial. Si en otros países se producen productos de valor equivalente, surge el peligro de que no sólo se cercenen sus oportunidades de exportar, sino que también pierdan su posicionamiento en el mercado interno. Si las empresas quieren eludir tamaña catástrofe económica, trasladarán por lo menos una parte de su producción a países que produzcan a menor costo para participar también ellas de las ventajas comparativas de costos. En lo jurídico no existen obstáculos generalizados que impidan un procedimiento como el mencionado; la libertad de empresa también comprende el derecho de cerrar empresas nacionales y de retomar la producción en otro lugar. En muy pocos países, como por ejemplo en Francia, existen reglas según las cuales en caso de “desinversión” se debe pagar al menos un impuesto al erario público y con los recursos financieros recaudados por esta vía se buscará crear nuevos puestos de trabajo.<sup>3</sup>

El surgimiento de mercados sin fronteras tiene por consecuencia que no sólo se extienda el margen de movilidad de las empresas, sino que también se restrinja el de intervención de los Estados nacionales. Este fenómeno se pone de manifiesto especialmente en relación con los impuestos nacionales: si Alemania, por ejemplo, impusiera tasas mucho más altas que Francia o Polonia, por lo menos para ciertas empresas sería un incentivo para relocalizar su producción en Francia o Polonia. La diferencia debe hablar por sí misma y ser de peso, porque el cambio de localización está vinculado con costos significativos y muchas veces conlleva riesgos difíciles de estimar. Aún así: ya la amenaza de considerar la relocalización en otro país y, por consiguiente, de eliminar puestos de trabajo en el país, no sólo es capaz de movilizar a los sindicatos, sino también a las instancias políticas e influir sustancialmente en su comportamiento. El poder del Estado nacional está sujeto a un proceso de erosión. Por eso, también la protección de los derechos fundamentales ha dejado de ser un problema puramente nacional.

3. Véase en más detalle Schuster, U.: “Despido por razones operativas en Alemania y Francia. Coincidencias y diferencias” (*Betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und Frankreich, Übereinstimmungen und Unterschiede*), Baden-Baden, 2008, p. 197 ss.

## 2.2. Los mercados internacionales y sus actores

Los mercados internacionales no están sujetos a normativa unificada alguna cuya aplicación esté a cargo de una institución similar al Estado o de otra institución política. La Organización de Naciones Unidas (ONU) tiene pocas atribuciones en esta área, la Organización Internacional del Comercio (OIC) vela, en lo esencial, por el establecimiento de mercados mundiales, el Fondo Monetario Internacional (FMI) se ocupa de la estabilidad monetaria y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) intenta aplicar medidas sociales correctivas pero tiene poco éxito en su cometido. Sin embargo, sí se han establecido ciertas instancias privadas que influyen de manera substancial en la evolución de los mercados.

En este contexto, debemos pensar en primer término en las agencias de *rating* que califican a cada una de las grandes empresas e incluso también a los Estados.<sup>4</sup> Quien salga mal parado al ser calificado, deberá pagar intereses más altos y, llegado el caso, quedará excluido de la posibilidad de atraer capital. No se realiza un control efectivo de las agencias de *rating* que, en lo esencial, están radicadas en los EE.UU. y pertenecen a estadounidenses. Son, en realidad, los verdaderos soberanos de la economía mundial de hoy; contra sus decisiones no hay ayuda que valga, ni de la ONU, ni de Corte suprema alguna.<sup>5</sup> Con lo cual también se reduce el margen de juego de la política exterior de muchos Estados, que deben aceptar las desventajas económicas ocasionadas si no se comportan como se espera de ellos.

La segunda instancia privada son los bancos; sólo quien responda a sus pautas podrá expandir sus actividades empresariales y generar nuevos puestos de trabajo. Si los bancos corriesen peligro existencial por una equivocada evaluación de los riesgos, los Estados nacionales deberían aportar enormes cantidades de dinero para evitar que el sistema monetario internacional colapsara. En consecuencia, ese dinero dejaría de ir a otro lugar, por ejemplo para la creación de instituciones educativas o puestos de trabajo.

En tercer lugar, mencionaremos los consorcios multinacionales fuera del sector bancario, que hasta la fecha gozan de la mayor publicidad científica.

## 2.3. Derechos fundamentales que marchan en vacío (¿evolucionan lentamente?)

¿Qué le espera a la protección de los derechos fundamentales? En tanto se trate de derechos que protegen la libertad, éstos no están bajo amenaza inminente. Ni la OMC,

4. Sobre la situación jurídica actual véase Stemper: "Condiciones jurídicas marco del *rating*" (*Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings*), Baden-Baden, 2010; Korth: "Responsabilidad frente a terceros de agencias de *rating*" (*Dritthaftung von Rating-Agenturen*), Baden-Baden, 2010; Däubler: "Rating de Empresas - ¿Un problema legal?" (*Unternehmensrating – ein Rechtsproblem?*) BB, 2003, 429 ss.

5. Däubler: "¿Quién controla a las agencias de *rating*?" (*Wer kontrolliert die Rating-Agenturen?*), en NJW 2003, 1096 s.

ni los consorcios multinacionales disponen de una policía que pueda disolver una manifestación de personas no deseada. Sin embargo, es diferente la situación de los derechos fundamentales y de los derechos de cogestión. Los recursos financieros que el Estado nacional necesita para garantizar ingresos vitales mínimos, educación, jubilación, etc., son más exiguos, porque ya no es posible cobrarle la misma cantidad de impuestos a las empresas que antes. Por eso, con buena razón se habla de “desmantelamiento del sistema de protección social”. Más grave aún es el desplazamiento de las competencias decisorias fuera de las instancias políticas legitimadas democráticamente hacia instituciones privadas como las agencias de *rating*: mientras la libertad de opinión y de reunión pueden lograr algún efecto ante el Estado nacional, en raros casos tendrán efecto ante las instancias privadas que carecen de legitimación democrática. Una manifestación que se expresa contra la central de una multinacional o contra la temeraria política de los bancos, en la mayoría de los casos se diluye sin efecto alguno. O incluso ni siquiera se produce, porque a los afectados les falta la información necesaria. ¿Quién conoce los mecanismos según los cuales se califica a las empresas o se ejecutan negocios bancarios internacionales? En el absolutismo europeo existía la llamada Real Orden secreta que sólo podían conocer aquellos funcionarios públicos que debían ejecutarla. Hoy existen otros mecanismos comparables que se ocupan de que muchos procesos decisorios permanezcan ocultos. Algo queda en claro: los derechos de cogestión de los afectados siguen marchando en vacío cuando se trata de las decisiones privadas en los mercados internacionales. La pretensión de ser un Estado democrático se cumple cada vez menos.

#### 2.4. *Estados bien posicionados en el mercado*

Pero este diagnóstico tiene una excepción. Los Estados nacionales que disponen de materias primas propias con buen valor de mercado conservan gran parte de su soberanía. Los recursos financieros que fluyen hacia ellos les permiten reducir la pobreza y garantizar de mejor manera los derechos sociales. Aunque en este contexto sucede que el Estado mismo es el encargado de dirigir el procesamiento de las materias primas y que no se las entrega a las empresas multinacionales para que las exploten. Varios Estados que estén en estas condiciones pueden cooperar estrechamente y, dado el caso, dar participación a aquellos que no han sido beneficiados del mismo modo por las circunstancias. Aun así, los mercados del petróleo, del litio y bienes similares siguen siendo “mercados” sujetos a oscilaciones, que de ninguna manera generan ingresos a los países exportadores por tiempo indefinido. Por eso es necesario que aprovechen la situación ventajosa y que inviertan especialmente en infraestructura y educación de la población para hacer frente de este modo a los malos tiempos.

### 3. ¿GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

#### 3.1. *Pactos de derecho internacional como internacionalización aparente*

Nadie puede afirmar de manera espontánea que la normalización de los derechos humanos no pueda seguirle el paso a la globalización. La Declaración Internacional de los Derechos Humanos aprobada en sesión plenaria de las Naciones Unidas data del año 1948, cuando nadie hablaba todavía de la globalización y este fenómeno casi no existía en el mundo real. A otros dos pactos de las Naciones Unidas de 1967 también se les puede adjudicar haber sido precursores en su época: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entonces, existía de hecho un marco de derechos humanos cuando la globalización irrumpió triunfalmente en 1989.

Desde mi punto de vista, el problema radica en que las declaraciones y los pactos, a pesar de su carácter internacional, quedan aprisionados en el modelo del Estado nacional. El Estado signatario individual es obligado a garantizar que no habrá detenciones arbitrarias y que existará libertad de reunión o libertad de asociarse dentro de su ámbito de acción. Le cabe la tarea de generar suficientes ofertas educativas y de garantizar la atención médica. El propósito de los tratados internacionales es definir un estándar de derecho internacional que deben cumplir todos los países.

A ello se vinculan una serie de preguntas jurídicas, a las que me quiero referir brevemente en este punto de mi exposición.

¿Puede el ciudadano individual invocar los derechos que consagran los pactos internacionales si considera que las autoridades nacionales los han lesionado? La respuesta depende de la naturaleza del convenio; como mínimo debería poder petitionar que el derecho nacional sea interpretado de manera "favorable o compatible con el derecho internacional", es decir que sea interpretado de tal manera que, en el marco de lo posible, se evite la contradicción con las normas del derecho internacional.<sup>6</sup> Pero la mayoría de los tribunales nacionales son poco propensos a tomar un camino como el señalado.

- ¿Qué sucede si el tratado internacional ofrece menos protección que la constitución nacional? En este punto hay coincidencia en afirmar que la constitución tiene supremacía. En el caso inverso se debería aplicar el convenio internacional, si es que a los ciudadanos se les quiere otorgar derechos subjetivos.
- ¿Cómo proceder si varios convenios internacionales se refieren a una misma cuestión sin prever una solución unificada? Por lo general se prevé de

6. Al respecto (e incluyendo la interpretación de la Constitución conforme al derecho internacional) véase Tribunal Federal Constitucional de Alemania, Resolución del 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 289 ss.

manera expresa que no se verán afectados los derechos más favorables en otros convenios internacionales, de manera que en cada caso se aplique la solución más beneficiosa para el ciudadano. En la generalidad de los casos se debería proceder de acuerdo con este principio sin mayores reservas.<sup>7</sup>

Volvamos ahora a los problemas que se plantean actualmente. La orientación de los convenios en dirección al Estado nacional tradicional lleva a que la dimensión del “efecto frente a terceros”, es decir la protección ante el poder privado, casi no sea mencionada. ¿Está garantizada la libertad de opinión también en el lugar de trabajo? ¿Exige el derecho a trabajar, ya garantizado en la Declaración de 1948, cierta política ocupacional que obligue a las empresas a que, por ejemplo, se vean forzadas a dar empleo a aquellos candidatos que les deriva la autoridad laboral? En este punto no queremos recomendar esta disposición, que en Italia estuvo durante largo tiempo en vigencia, sino únicamente mencionarla como ejemplo de los problemas regulatorios que podrían surgir en el presente. ¿Cómo obligar a los actuales centros decisorios, como las cúpulas de los grupos multinacionales o las agencias de *rating*, a cumplir con cierto estándar de derechos humanos? Todas ellas son cuestiones que no son mencionadas en los convenios internacionales; es por ello que, en este sentido, no puede negarse cierto “efecto retardado”.

### 3.2. *¿Protección de los derechos humanos versus poder privado?*

Se han hecho, ciertamente, intentos individuales de adaptar las garantías de los derechos humanos a las diferentes circunstancias imperantes. Mencionaremos por ejemplo la Declaración de Principios Paritarios por Tercios de la OIT sobre las empresas multinacionales y también las directivas de la OCDE destinadas a los consorcios multinacionales. En este marco, también encontramos los esfuerzos de responsabilidad social empresarial y la Declaración de la OIT sobre Normas Fundamentales del Trabajo (*Core Labour Standards*), a las cuales se atribuye incluso carácter de derecho internacional consuetudinario. Estas directivas comprenden la prohibición del trabajo forzado y del trabajo infantil, la libertad de asociación y el derecho a negociaciones colectivas, además de la prohibición de discriminar en el trabajo.<sup>8</sup> Todo ello debería ser apoyado, pero al hacerlo no se deben perder de vista dos aspectos:

- Por un lado se trata típicamente de estipulaciones muy generales que pueden ser interpretadas de manera diferente. En definitiva, sólo en casos

7. Nußberger: “Estándares sociales en el derecho internacional” (*Sozialstandards im Völkerrecht*), Berlín, 2005, p. 408 ss. con más ref.

8. Detalles en Zimmer: “Estándares sociales mínimos y sus mecanismos de imposición” (*Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen*), Baden-Baden, 2008, p. 44 ss.

extremos puede afirmarse seriamente que no se les dio cumplimiento, o que por ejemplo, un grupo de empresas las ha eludido.

- Esto nos remite al segundo punto. A diferencia de las garantías tradicionales de derechos humanos no hay instancia alguna que a modo de un tribunal proceda a concretarlas de manera vinculante. Las acciones son fácticas (muchas veces también jurídicas) en el ámbito de la soft law, tanto así que en caso de violaciones no es posible imponer sanciones. En todo caso, pueden esperarse buenos resultados de la movilización de la opinión pública en aquellos países en los cuales el mercado es importante para las empresas. Si así fuera, los productos textiles o deportivos de un fabricante que resulta ser un máximo explotador en países del Tercer Mundo se venderían mal en Europa. De esta manera, las mismas empresas serían las principales interesadas en modificar su comportamiento para que ya no haya publicidad negativa. Actualmente se desconocen reacciones o eventuales sanciones de mayor alcance. La protección de los derechos humanos frente al poder privado se mantiene, como mucho, en estado rudimentario.

#### 4. EL INTENTO DE INSTALAR LA SUPRANACIONALIDAD EN EUROPA

Ya en el año 1951, con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, se intentó transferir parte de soberanía nacional a una organización internacional que –de manera similar a una autoridad estatal– pudiera, en el marco de sus competencias, adoptar disposiciones vinculantes para las empresas y cada uno de los ciudadanos individuales. En aquel entonces, el traspaso tuvo aceptación sólo porque al argumento económico se sumaba uno relacionado con la política de pacificación: únicamente en la medida en que las industrias de materias primas básicas “actuaran en conjunto en una comunidad” se garantizaría que Alemania nunca más construiría tanques por su cuenta y amenazaría a sus vecinos.

En los siguientes 60 años, esa limitada iniciativa sectorial se extendió a la economía en su conjunto. A partir de una serie de pasos (Tratados de Roma, Acta de Constitución del Consejo Europeo, Tratado de Maastricht, Tratado de Amsterdam y, por último, el Tratado de Lisboa) se expandió la supranacionalidad para, de este modo, alcanzar un estado en el cual Europa pudiera hablar con una única voz y ser percibida como una región con iguales derechos que los EE.UU., Latinoamérica y China. El camino, por

cierto, no siempre fue lineal; tampoco hoy hay garantías de que realmente se siga una política unificada.

Cuanto más derechos soberanos se transfieran a una instancia supranacional como la Comisión o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto más urgente será tratar el problema de hacer valer también frente a ellos los derechos humanos. En los primeros veinte años posteriores a 1951, el problema prácticamente fue ignorado; los actos de las instancias supranacionales fueron medidos aplicando el principio de la proporcionalidad, sin que se hubiera puesto claramente de manifiesto la magnitud de referencia.<sup>9</sup> Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional de Alemania forzó un cambio de las reglas de juego: en el año 1974 anunció que los actos de la Comunidad Europea se evaluarían tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución alemana, mientras en ámbitos de la Comunidad Europea no se crease una protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial.<sup>10</sup> Esta resolución llevó a que los órganos de la Comunidad Europea emitieran declaraciones para reconocer los derechos humanos y a un extendido *case law* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El alto Tribunal europeo confirmó que la Comunidad y sus órganos se apegaban de manera vinculante a los derechos humanos, a pesar de no haberlos mencionado en los tratados constitutivos. En cuanto a los contenidos, se los dejó sentados recurriendo a las “tradiciones constitucionales” de los Estados miembros y a los tratados internacionales que éstos habían ratificado.<sup>11</sup> Siguió a ello que el Tribunal Federal Constitucional alemán consideró que la condición por él impuesta se había cumplido<sup>12</sup> y desde entonces restringe su competencia de control a aquellos casos en los cuales la Comunidad hubiera actuado *ultra vires*.<sup>13</sup> Recién a partir del Tratado de Lisboa, que entró en vigencia en 2009, la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea se plasmó en derecho escrito; la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, con su moderno catálogo de derechos humanos, pasó a integrar el derecho primario de la Comunidad.

En los próximos años será necesario superar dos problemas en particular.

Por un lado será necesario aclarar cuándo se aplica la protección de los derechos fundamentales europea y cuándo la nacional. ¿Qué sucede, por ejemplo, si los Estados nacionales implementan una Directiva de la Comunidad y de este modo adquieren cierto margen decisorio? ¿Al decidir, deben atenerse a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales o a la respectiva constitución nacional o a ambas? ¿Pueden los trabajado-

9. Véase Däubler: *Market and Social Justice in the EC – the Other Side of the Internal Market*, Gütersloh (Bertelsmann), 1991, p. 93 ss.

10. Tribunal Federal Constitucional de Alemania, resolución del 29/5/1974 – 2 BvL 52/71 – BVerfGE 37, 271 ss. “*Solange I*”.

11. Véase la Síntesis en Däubler, *ibídem*.

12. Tribunal Federal Constitucional de Alemania, sentencia del 22/10/1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339 ss. “*Solange II*”.

13. Tribunal Federal Constitucional de Alemania, sentencia del 12/10/1993 – 2 BvR 2134, 2159/92 – BVerfGE 89, 15 ss. “*Maastricht*”.

res –y aquí versa otra pregunta– invocar el derecho de huelga que garantiza la Carta de Derechos Fundamentales para protestar contra una disposición planificada de la Unión Europea, dejando de trabajar durante medio día?

El segundo problema que se suscita está relacionado con la historia del surgimiento de la Unión Europea. Los Tratados Constitutivos vigentes hasta la fecha garantizan las llamadas libertades fundamentales que, en principio, únicamente buscan impedir los casos de discriminación en el mercado. Así por ejemplo, el “libre intercambio de mercaderías” debe garantizar que los productos provenientes de otro Estado miembro no reciban un tratamiento peor que los propios; la “libertad de radicación” debe impedir que una empresa extranjera, al establecer una sucursal, precise superar más obstáculos que una nacional. La “libre prestación de servicios” garantiza algo similar para ofertas y servicios provenientes de otro Estado miembro. Y, finalmente, todos los trabajadores migrantes de otro Estado miembro pueden pedir igualdad de trato que la mano de obra local.

Estas “prohibiciones de discriminar”, que eran indispensables para el establecimiento de un mercado unificado, fueron interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la década de 1970, de manera amplia, excediendo su verdadero sentido: cada limitación del libre intercambio de mercaderías o de la libertad de radicación, etc. debía estar justificada según los tratados constitutivos, aunque la norma no tuviera ningún efecto discriminante frente a los oferentes extranjeros. Por eso, por ejemplo, se evaluaba si la prohibición de trabajar los domingos en Inglaterra atentaba contra el libre intercambio de productos, porque, precisamente los domingos, el comercio se detenía en gran medida.<sup>14</sup> En principio esta interpretación tuvo pocas consecuencias graves, porque los tratados comprendían relativamente escasas facultades de intervención y, por lo tanto, casi ninguna limitación nacional fue recurrida. Aún así, la interpretación amplia tuvo en perspectiva una importancia muy decisiva, porque transformó las prohibiciones de discriminar en libertades de acción empresarias.

Durante los últimos diez años, las “libertades fundamentales” así interpretadas entraron cada vez más en conflicto con los derechos humanos tradicionales. El llamado Caso Schmidberger, en el que debió dictar sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, echó luz sobre la problemática.<sup>15</sup> Concretamente se trataba de un grupo de ambientalistas con aprobación de las autoridades austríacas, que había interrumpido por completo el tránsito de la autopista Brenner con una manifestación. Por esta autopista transita la mayor parte del comercio entre Austria y Alemania, por un lado, y con Italia, por el otro. Un transportista alemán solicitó indemnización por daños y perjuicios de las autoridades austríacas, y el tribunal austríaco ante el cual se presentó la demanda presentó la causa al Tribunal Europeo. Éste, a su vez, realizó una ponderación entre la libertad de manifestar y el libre tránsito de mercaderías. Según el supremo Tribunal, la

14. Corte Europea, sentencia del 28/2/1991, EuZW 1991, 318 s.

15. Corte Europea, sentencia del 12/6/2003 – C-112/00 – Archivo oficial 2003, I-5669.

primera libertad tiene prioridad, porque los ambientalistas no tenían otra posibilidad efectiva comparable de dar a conocer sus ideas; el comercio de mercaderías, en cambio, sólo quedó interrumpido durante un breve lapso.

En cambio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió de otra manera en los casos *Viking* y *Laval*. En el primer caso<sup>16</sup> un sindicato finlandés quiso impedir que un barco finlandés fuera vendido a Estonia, específicamente a la subsidiaria del empleador, y con posterioridad fuera operado a cambio de bajos salarios por una tripulación estona. Aquí se había suscitado un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de radicación. En el caso *Laval*<sup>17</sup> la causa giraba en torno a que una firma letona quería prestar servicios de construcción de obras en Suecia. Los sindicatos suecos le impidieron hacerlo, bloqueando el lugar de la obra y haciéndoles una huelga a diversos proveedores, lo que es admisible según el derecho sueco. En este caso, el derecho de huelga entró en conflicto con la libre prestación de servicios del oferente extranjero. En ambos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió a favor de las libertades económicas fundamentales y contra el “derecho de tomar medidas colectivas”, que debió pasar a segundo plano. Esta decisión suscitó una fuerte discusión que se resume en la cuestión central de si los derechos humanos pueden quedar supeditados a las leyes del libre mercado.

## 5. COMENTARIO FINAL

La situación actual de la protección de los derechos humanos es insuficiente, porque áreas centrales quedan fuera de ella. La protección de los derechos fundamentales debiera ser el hilo conductor vinculante para todas las instancias que deciden sobre otras personas, muchas veces incluso sobre la forma en que seguirá evolucionando la sociedad. Estas instancias son cada vez menos los Estados nacionales y cada vez más las empresas privadas en un abanico que comprende hasta las agencias de *rating* y los grupos de empresas multinacionales. Estos últimos no deben transformarse en los nuevos soberanos de la sociedad mundial, con un poder que no conoce límites jurídicos.

16. Corte Europea, sentencia del 11/12/2007 – C-438/05 – AuR 2008, 55.

17. Corte Europea, sentencia del 18/12/2007 – C-341/05 – AuR 2008, 59.