

CAPÍTULO PRIMERO

¿QUIÉN MANTIENE UNIDOS O  
CONECTADOS LOS ORDENAMIENTOS  
JURÍDICOS DEL MUNDO?



# ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	15
II.	DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA. . . . .	17
III.	RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS NACIONALES Y SUPRANACIONALES, Y ENTRE REGÍMENES GLOBALES. . . . .	18
IV.	ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y TRIBUNALES . . . . .	20
V.	LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LOS JUECES: ¿CÓMO SE MATERIALIZA Y CON QUÉ RESULTADOS?. . . . .	22

[ Traducción realizada sobre la versión inglesa por los Profesores Salvador Rodríguez Ar-  
tacho (Universidad Autónoma de Madrid) y María Dolores Utrilla Fernández-Bermejo  
(Universidad de Castilla-La Mancha). La traducción ha sido revisada por la Profesora Car-  
men Plaza Martín (Universidad de Castilla-La Mancha) y Javier Barnes, Catedrático de  
Derecho Administrativo ]

## I. INTRODUCCIÓN

LA soberanía de los Estados se diluye. Y el poder público se reorganiza a través de nuevas formas y estructuras plurales y policéntricas. Los ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a problemas que sobrepasan su propia capacidad de resolución. Y sobre los sistemas nacionales se superponen numerosos ordenamientos a distintos niveles.

Este creciente pluralismo requiere de un ordenamiento que sirva para colmar las lagunas, reducir la fragmentación e inducir la cooperación entre los diferentes sistemas; establecer jerarquías de valores y principios; e introducir reglas de reconocimiento, validez y efectividad de las normas. A falta de un ordenamiento jurídico superior que imponga el orden entre los ordenamientos «inferiores»<sup>1</sup>, cada uno de los sistemas debe encontrar dentro de sí mismo los instrumentos de cooperación con el resto. En el seno de cada ordenamiento nacional, los únicos que ostentan competencias en materia de relaciones exteriores son los respectivos Gobiernos y Parlamentos; no existen ni Gobiernos ni Parlamentos más allá del Estado y, sin embargo, la

---

[1] Éste es uno de los temas estudiados en los numerosos análisis que se han ocupado de la «fragmentación del Derecho Internacional» –un tema sobre el que ya existe abundante literatura–. Entre los ejemplos recientes *vid.* ANDREAS FISCHER-LESCANO & GUNTHER TEUBNER, «Regime Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», 5 MICH. J- INT'L L. 999 (2004); INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law* (United Nations, 2006); EVAL BENVENISTI & GEORGE W. DOWNS, «The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law», 60 STAN. L. REV. 595 (2007).

«política exterior» de los Estados ha adquirido tal complejidad que los Gobiernos no pueden gestionarla por sí solos.

Sin embargo, os órganos judiciales también están presentes más allá de las fronteras nacionales: de hecho, hay más de un centenar de verdaderos y genuinos tribunales que operan en ese espacio, a los que cabe añadir numerosos órganos cuasi-judiciales y una variada gama de procedimientos de carácter contradictorio que coexisten en el seno de los casi dos mil sistemas o regímenes de naturaleza regulatoria que actúan a nivel global en la actualidad.

Los tribunales y los órganos cuasi-judiciales actúan resolviendo casos concretos y ello les permite realizar los ajustes necesarios de forma progresiva y adaptar la legislación que aplican en función de los problemas planteados, haciendo uso de estrategias que, alternativa o cumulativamente, se mueven entre el activismo judicial y la deferencia hacia el legislador; la creación e inducción de nuevas reglas y el autocontrol («self-restraint»); el dinamismo y la tolerancia; la rigidez y la flexibilidad.

Por esta razón, los tribunales vienen asumiendo en forma creciente una importante función en lo que hace a la definición de las relaciones que mantienen entre sí los diversos ordenamientos jurídicos. Se habla por ello con frecuencia de «diálogo judicial» o «conversación judicial», de «coordinación inter-judicial» y de una «comunidad de jueces»<sup>2</sup>.

---

[2] Con carácter general, *vid.* SABINO CASSESE, «La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 609 (2007) (que incluye varias citas sobre esta cuestión). Más recientemente, *vid.* EYAL BENVENISTI & GEORGE W. DOWNS, «National Checks that Balance Global Institutions: Judicial Review of International Organizations», trabajo presentado en el Hauser Globalization Colloquium Fall 2008: Global Governance and Legal Theory, NYU Law School, 24 de septiembre de 2008; BENEDICT KINGSBURY, «Weighing Global Regulatory Rules and Decisions in National Courts», *Acta Juridica* 90 (2009); ANDREA HAMANN & HÉLÈNE RUIZ FABRI, «Transnational Networks and Constitutionalism», 6 INT'L J. CONST. L. 496 (2008).

## II. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

De acuerdo con el criterio tradicional que se expresa en la idea del dualismo entre los ordenamientos jurídicos internos y externos, el poder para intervenir «externamente» (es decir, el poder que asiste al Estado para adoptar decisiones de política exterior) corresponde internamente al Gobierno. El Parlamento se limita a supervisar el ejercicio de ese poder y la Administración a ejecutarlo, aunque no lo haga en su nombre, sino como mero agente del Gobierno. El poder judicial, empero, está ausente (a menos que el ordenamiento jurídico interno haya «importado» o reconocido ciertas normas externas). De este modo se mantiene el paradigma del «Estado como una unidad».

Esta clásica estructura dual choca con dos dificultades fundamentales, tanto desde la perspectiva que ofrece el Derecho positivo, como en términos conceptuales. En primer lugar, tan sólo puede explicar las relaciones que se dan entre los niveles nacional e internacional (o supranacional), pero no las existentes entre los diferentes sistemas o regímenes legales de naturaleza global, en los que los actores clave no presentan las características propias de los Estados, sino que son, más bien, organizaciones de carácter global con «Gobiernos» de ámbito sectorial. En segundo lugar, esta estructura se ha visto superada como consecuencia de la desagregación del Estado que se produce cuando la Administración y los tribunales se involucran también de forma directa en el diálogo supranacional.

Así las cosas, el Derecho está ocupando, aunque muy lentamente, el lugar de la política en el panorama global. Si en un primer momento el protagonismo en la resolución de los conflictos internacionales pasó de los soldados a los embajadores, ahora presenciamos un trasvase de los embajadores a los jueces. Cada vez con mayor frecuencia los tribunales están «cruzando fronteras» y es éste un fenómeno que puede observarse igualmente en términos de buro-

cracia (lo que se ha venido en llamar «intergubernamentalismo») y desde la misma teoría jurídica<sup>3</sup>, aunque sean éstas cuestiones que exceden en mucho del objeto de nuestro estudio.

El diálogo entre ordenamientos jurídicos diferentes, situados, por ejemplo, en niveles nacionales o supranacionales distintos, supone en otras palabras un encuentro entre tradiciones jurídicas diversas e identidades propias. De ahí se siguen algunas cuestiones problemáticas. La primera sería la «diversidad sostenible»<sup>4</sup>, esto es, el límite de tolerancia y adaptación mutua. Otra se refiere a la constitución de un «núcleo común» de principios, derivables de cada una de las tradiciones legales en liza. Una tercera cuestión consistiría en el reconocimiento de un mínimo común de principios superiores (como el *jus cogens* en el Derecho Internacional).

### III. RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS NACIONALES Y SUPRANACIONALES, Y ENTRE REGÍMENES GLOBALES

La emergente pluralidad de poderes públicos que venimos de relatar ha generado como consecuencia dos clases de relaciones. De un lado, las relaciones entre los sistemas nacionales y los ordenamientos «superiores», sean éstos de carácter supranacional o internacional (global). De otro, las relaciones que se dan entre los diferentes sistemas legales de ámbito global a nivel horizontal, por otra parte cada vez más numerosos. En realidad, a esas dos clases de relaciones habría que añadir una tercera, que consistiría en la mezcla de ciertos elementos de la una y de la otra.

---

[3] Contrariamente a la tesis que defiende que «el razonamiento jurídico no cruza fácilmente las fronteras nacionales», *vid.* RICHARD A. POSNER, *How Judges Think* (2008), p. 368.

[4] H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World* (2000), p. 331.

Como se ha notado, estas relaciones no se encuentran disciplinadas a través de principios superiores. De ahí que deba desplegarse un notable esfuerzo de cooperación para evitar colisiones o conflictos entre ordenamientos o sistemas. Esfuerzo que habrá de incrementarse no ya sólo para que no se rompa el delicado equilibrio existente entre los distintos ordenamientos, sino también porque, en buena medida, esa cooperación posee un carácter voluntario, habida cuenta de que no viene impuesta por un ordenamiento superior.

Los problemas o dificultades que se suscitan en la primera clase de relaciones (entre la esfera estatal y la supraestatal) son los propios de las relaciones de naturaleza no jerárquica, y en las que el principio de primacía se abre paso a través de diversas formas de cooperación de naturaleza cuasi-voluntaria.

Las dificultades que atañen a la coordinación y al ajuste recíproco entre ordenamientos se encuentran igualmente en el segundo tipo de relaciones. Sin embargo, aquí se plantea además un problema específico, a saber: cómo inducir desde abajo hacia arriba un conjunto de principios, reglas o valores compartidos capaces de constituir un «corpus» general común para los diferentes regímenes o sistemas de ámbito sectorial.

En uno y otro tipo de relaciones, hay un reto adicional. Y es cómo mantener el control y limitar el impacto de las distintas alternativas u opciones que, como consecuencia del pluralismo de ordenamientos, surgen tanto respecto de la elección del Derecho aplicable, cuanto en lo que concierne al orden jurisdiccional. El desafío consiste, en esencia, en asegurar que los planetas en su individualidad y el universo en su conjunto puedan coexistir<sup>5</sup>.

---

[5] BRUNO SIMMA, «Ein endlose Geschichte? Artikel 36 der Wiener Konsularkonvention in Todesstrafenfällen vor dem IGH und amerikanischen Gerichten», en *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat/ Common Values in International*

#### IV. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y TRIBUNALES

El análisis de las cuestiones hasta aquí planteadas ha de proseguir simultáneamente en una doble dirección: se ha de ocupar tanto de las relaciones entre ordenamientos jurídicos nacionales y supraestatales, como de las relaciones que se dan entre los sistemas o regímenes regulatorios globales.

En esta última esfera se presentan dos cuestiones fundamentales: de un lado, la *fragmentación* de regímenes u ordenamientos jurídicos sectoriales («regímenes globales independientes») y, de otro, la *proliferación* de tribunales internacionales organizados de modo heterárquico («una torre de babel de voces judiciales»)⁶. Entre estos dos fenómenos, cabe hallar numerosos puntos de influencia recíproca, aunque se mueven en direcciones opuestas.

Algunos autores, por ejemplo, consideran que la fragmentación constituye una consecuencia de la proliferación de tribunales internacionales⁷. Por ello, critican en particular que el aumento de tales tribunales se haya visto acompañado por la aparición de líneas jurisprudenciales divergentes y contrapuestas. Se argumenta, por este motivo, que la competencia general para determinar las cuestiones

---

*Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat* (Pierre-Marie Dupuy, et. al. eds., 2006), p. 423.

[6] ROSALYN HIGGINS, «A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench», 55 INT'L & COMP. L. Q. 791 (2006). Sobre la proliferación de tribunales véase la investigación en el seno del «Project on International Courts and Tribunal» ([www.pict-pecti.org](http://www.pict-pecti.org)).

[7] SHIGERU ODA, «Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea», 44 INT'L & COMP. L. Q. 863 (1995). *Vid.*, en particular, su afirmación de que «el imperio del Derecho, basado en el desarrollo uniforme de la jurisprudencia, se asegurará de mejor manera reforzando el papel del Tribunal Internacional de Justicia y no diseminando entre varios órganos dispersos en la comunidad internacional la función de resolución de disputas. La Convención es un desacierto, hasta el punto de que desprovee al Tribunal de su papel de único órgano para la resolución de disputas oceánicas al crear una nueva institución, la ITLOS, en paralelo a una de larga tradición como es el Tribunal» (p. 864).

de Derecho Internacional consuetudinario o para interpretar los tratados internacionales debería residir exclusivamente, o al menos principalmente, en la Corte Internacional de Justicia. De este modo, se protegería el principio de unidad del Derecho.

Para otros autores, sin embargo, la proliferación de tribunales representa un paso adelante para el Derecho Internacional: si la tarea básica de los tribunales consiste en «recopilar, interpretar y desarrollar el Derecho»<sup>8</sup>, ha de concluirse entonces que el incremento del número de jueces supranacionales serviría, simplemente, para expandir y fortalecer dicha función. Es más, la «especialización» de los diferentes tribunales habrá de contribuir para limitar precisamente el riesgo de que se solapen los distintos ámbitos jurisdiccionales y las doctrinas jurisprudenciales. En este sentido, la proliferación de tribunales podrá servir para superar la fragmentación de los ordenamientos jurídicos sectoriales, y para crear un tejido o «ligamento» de principios comunes entre ellos.

Los trabajos de Yuval Shany<sup>9</sup> abordan ambos tipos de «interacción judicial» desde la perspectiva del solapamiento o del conflicto entre jurisdicciones. Pero es también interesante considerar esta misma problemática desde otro ángulo, a saber: la contribución de los jueces, bien para establecer un ordenamiento o sistema, o bien una conexión o «ligamento», entre dos regímenes. En estos casos, el acento se pone antes en los aspectos sustantivos que en los procedimentales<sup>10</sup>. Aquí la cuestión no consiste, pues, en regular la actuación de los jueces, sino, más bien, en indagar y

---

[8] TULLIO TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali* (1999), pp. 59-67.

[9] YUVAL SHANY, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (2007) y *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts* (2007).

[10] Ahora bien, como más adelante veremos, el énfasis no se sitúa primariamente en aquellos aspectos sustantivos ligados a la labor de protección de los derechos de los jueces (tales como asegurar el respeto a un «proceso con todas las garantías»).

valorar si los jueces y tribunales logran el objetivo de disciplinar la heterogénea pluralidad de poderes públicos y contribuyen así a la creación de un ordenamiento jurídico común. En ese contexto, ciertamente carece de interés examinar la actividad jurisdiccional en su vertiente pasiva (los límites del poder; el ejercicio de la jurisdicción, por ejemplo), sino en su dimensión activa, es decir, los jueces y tribunales como creadores de un ordenamiento muy diferente al que aparece dominado por la heterogeneidad y pluralidad.

## V. LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LOS JUECES: ¿CÓMO SE MATERIALIZA Y CON QUÉ RESULTADOS?

La hipótesis fundamental que aquí se establece consiste en destacar que los jueces cumplen una relevante función integradora que permite sacar del aislamiento a los diferentes sistemas u ordenamientos jurídicos situados en los más variados niveles. Es necesario, pues, determinar cómo se produce esa función y con qué resultados; indagar por qué, por ejemplo, los Tribunales Constitucionales belga, austriaco o checo elevan cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mientras que los de Alemania, Francia o Italia no lo hacen; o cómo son tratadas las leyes nacionales y las normas de otros regímenes o sistemas globales por los tribunales mercantiles internacionales o por el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar.

Para ejercer esa función integradora los jueces se sirven, entre otros instrumentos, de un conjunto de «doctrinas» establecidas en favor de la cooperación, que actúan en cierto modo como una especie de «embrague» que permite conectar o desconectar distintos sistemas jurídicos; como un «pegamento» que sirve para man-

tenerlos unidos; o como un recurso retórico que facilita el control de los jueces<sup>11</sup>.

La relación de estas doctrinas podría establecerse del siguiente modo:

- a. La doctrina de la resistencia o límite frente a otros ordenamientos, en cuya virtud el sistema «inferior» acepta el ordenamiento «superior» con la condición de que éste acepte los principios fundamentales de aquél (*counter-limits doctrine*).
- b. La doctrina del margen de apreciación: la ley «superior» se impone sobre los ordenamientos «inferiores», pero admite y reconoce un cierto margen de libertad o apreciación en su aplicación.
- c. La doctrina que distingue entre supremacía y primacía, de acuerdo con la cual el ordenamiento «superior» se aplica en el seno del ordenamiento «inferior», pero no en razón de su superioridad jerárquica, sino con base en un específico reparto de competencias entre los dos sistemas.
- d. Fuentes atípicas o infra-constitucionales o «normas interpuestas». La norma «superior» se impone sobre la legislación ordinaria del sistema «inferior», aunque no sobre sus normas constitucionales.
- e. Las doctrina del efecto directo y de la «interpretación conforme»: la norma «superior», aun cuando no tenga por destinatario directo a los sujetos privados, sí obliga a las autoridades del ordenamiento «inferior» a que apliquen sus propias normas a la luz y de conformidad con lo dispuesto en la «superior».
- f. Las doctrinas de la «cortesía judicial» y de la reciprocidad, de las remisiones o de las «deferencias» entre distintos regímenes o sistemas

---

[11] La necesidad de interconexión entre los distintos sistemas legales más allá del Estado ha sido examinada en dos recientes estudios: NEIL WALKER, «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», 6 INT'L J. CONST. L. 373 (2008); MICHEL ROSENFELD, «Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism», 6 INT'L J. CONST. L. 415 (2008).

jurídicos hacen posible que los ordenamientos o regímenes supraestatales puedan ser considerados como partes integrantes o como sujetos a la obligación de cooperar.

- g. La doctrina de la protección equivalente, de acuerdo con la cual un sistema jurídico reconoce la validez de lo dispuesto por otro ordenamiento sobre la premisa de que se garantice un nivel de protección de los derechos fundamentales que resulte comparable al que proporciona el primero.
- h. A través de la división de funciones un ordenamiento admite la entrada de otro para que cumpla o satisfaga una concreta o específica función; y en eso consiste su papel.
- i. Subsidiariedad: un ordenamiento jurídico se abstiene de intervenir en un asunto particular sobre el que tiene jurisdicción otro régimen jurídico menos alejado de los intereses en juego.

Estas cuestiones se examinarán de acuerdo con el siguiente esquema: en primer lugar se analizan varios ejemplos de convergencia y divergencia de intereses entre ordenamientos nacionales y supranacionales y entre ordenamientos de carácter global (capítulo segundo). Seguidamente se estudian dos casos en los que los órganos judiciales o cuasi-judiciales fueron llamados a resolver conflictos entre diferentes ordenamientos jurídicos situados en varios niveles (capítulo tercero). Con mayor detenimiento se abordan varios ejemplos clave, seleccionados de entre los muchos de que se dispone en la actualidad, en los que órganos judiciales o cuasi-judiciales definen las modalidades de conexión entre los diferentes ordenamientos jurídicos, ya estén situados en el mismo o en distintos niveles (capítulo cuarto). Finalmente, se trazan los diversos hilos conductores del análisis en su conjunto (capítulo quinto).

La presente reflexión parte del estudio de la jurisprudencia recaída en una serie de casos concretos. Ha de notarse que en este terreno abundan las ideas generales, lo que determina en ocasiones

que se desemboque en conclusiones igualmente generales y abstractas. Entre éstas, podrían citarse, por ejemplo, la afirmación de que son siempre los Estados los que, en última instancia, resuelven los conflictos y entablan las relaciones con los demás ordenamientos jurídicos; o la de que la globalización es, ante todo, un fenómeno de carácter económico, subordinado en el campo del Derecho y de las instituciones al consentimiento de las partes; o la idea de que los ordenamientos jurídicos no estatales están destinados a permanecer como meras mónadas aisladas hasta la constitución de un ordenamiento global superior. El análisis que sigue aspira a demostrar que la teoría, si es capaz de aprehender el nuevo fenómeno, no puede contentarse, simplemente, con estas *idées reçues*, sino que ha de enfrentarse a los datos que ofrece la realidad para determinar si han de modificarse los paradigmas tradicionales.

