

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Derecho Administrativo e Integración Regional
Direito Administrativo e Integração Regional



RSTPR

Año 6
Nº 12
2018

Asunción
República
del Paraguay

30 ANOS DE IUS PUBLICUM COMMUNE EUROPEU NA ESPANHA

Ricardo Alonso García

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Carlos Francisco Molina del Pozo

DE LA PROTECCIÓN A LA FACILITACIÓN DE INVERSIONES: ANÁLISIS PARTICULAR DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR

Magdalena Bas Vilizzio

AMPLIACIÓN DEL SISTEMA TRADICIONAL DE FUENTES DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES EN VIRTUD DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Libardo Rodríguez

TEORÍA DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS APLICADA AL MERCOSUR

Santiago Deluca

ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELAS REGRAS DE ROTTERDAM E OS POSSÍVEIS IMPACTOS NO COMERCIO INTERNACIONAL MARÍTIMO REALIZADO PELOS MEMBROS DO MERCOSUL

Flora Gaspar da Silva

EL PROTOCOLO DE INVERSIONES DEL MERCOSUR EN EL CONTEXTO DEL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Alexis Rodrigo Laborias

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Karlos Navarro

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA: VIOLACIÓN POR PARTE DE SU TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO

Werner Miguel Kühn Baca

LEGISLACIÓN Y POLÍTICA PÚBLICA REGIONAL SOBRE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS COMO UN MEDIO DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA: UN PRIMER ACERCAMIENTO

Juan Bautista Arrién Somarriba

A BOA ADMINISTRAÇÃO MORREU, VIVA A BOA ADMINISTRAÇÃO! A INUSITADA VINCULAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS AO PADRÃO DE BOA ADMINISTRAÇÃO DECORRENTE DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: UM COMENTÁRIO AO CASO ISPAS

Sophie Perez Fernandes

LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE INTEGRACIÓN AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Francisco Javier Sanz Larruga

RELAÇÃO ENTRE A RECEPÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E O GRAU DE ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AOS FENÔMENOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

Aline Beltrame de Moura

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.
Año 6, N° 12, 2018
ISSN: 2307-5163 (impreso)
ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo
CP 1532, “Villa Aucinera”
Teléfono: 595 21 221411

Asunción, República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under *blind peer review* principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maider Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 6, N° 12, agosto 2018.



La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que é citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

CONSEJO EDITORIAL

Coordinador

Roberto Ruiz Díaz Labrano, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

Miembros

Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil

Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Carlos Hugo Centurión, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay

Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España

Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Daniel José Pavón Piscitello, Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Diego Moreno Rodríguez, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay

Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Guillermo Michelson Irusta, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina

Javier Parquet Villagra, Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay

Jorge Fernández Reyes, Universidad de Montevideo, Uruguay

Jorge Fontoura, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil

José Antonio Moreno Rodríguez, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay

José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay

Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil

Magdalena Bas Vilizzio, Universidad de La República, Uruguay

Marcilio Toscano Franca Filho, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil

Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Nadia de Araújo, Tribunal Permanente de Revisión/Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Sergio Maia Tavares, Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU, Portugal

Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil

Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil

Welber Barral, Universidade de São Paulo, Brasil

Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay

Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Juan Emilio Oviedo Cabañas 7

PRÓLOGO – PRÓLOGO

Javier Parquet Villagra 11

ENSAYO– ENSAIO

30 anos de *Ius Publicum Commune* Europeu na Espanha

Ricardo Alonso García 13

ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS

Responsabilidad patrimonial de las administraciones nacionales por incumplimiento del derecho de la integración

Carlos Francisco Molina del Pozo 31

De la protección a la facilitación de inversiones: análisis particular del arbitraje de inversiones en el MERCOSUR

Magdalena Bas Vilizzio 45

Ampliación del sistema tradicional de fuentes de los derechos administrativos nacionales en virtud del derecho Comunitario Andino

Libardo Rodríguez 68

Teoría de las organizaciones públicas aplicada al MERCOSUR

Santiago Deluca 93

Alterações propostas pelas Regras de Rotterdam e os possíveis impactos no comércio internacional marítimo realizado pelos membros do MERCOSUL

Flora Gaspar da Silva 108

El Protocolo de Inversiones del MERCOSUR en el contexto del nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras

Alexis Rodrigo Laborías 127

El concepto de administración pública en la Unión Europea y en el Sistema de Integración Centroamericana

Karlos Navarro 149

Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea: violación por parte de su Tribunal de Justicia del derecho fundamental a una duración razonable del proceso

Werner Miguel Kühn Baca 169

Legislación y política pública regional sobre contrataciones administrativas como un medio de integración centroamericana: un primer acercamiento <i>Juan Bautista Arrién Somarriba</i>	200
A boa administração morreu, viva a boa administração! A inusitada vinculação dos Estados-Membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União Europeia: um comentário ao caso <i>Ispas</i> <i>Sophie Perez Fernandes</i>	225
La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español <i>Francisco Javier Sanz Larruga</i>	254
Relação entre a recepção das normas de direito internacional e o grau de abertura das constituições aos fenómenos de integração regional <i>Aline Beltrame de Moura</i>	287
NORMA EDITORIAL	302

PRESENTACIÓN

Es con una renovada satisfacción que volvemos a presentar la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión –RSTPR, en su Edición N° 12, cuyo eje central se encuentra dedicado al derecho administrativo y al derecho de la integración. Seis años de vigencia de la presente publicación científica, con doce ediciones ininterrumpidas, merecen no sólo una presentación sino un agradecimiento a todos los colaboradores de este emprendimiento, quienes han contribuido a superar el primer quinquenio, con más de ciento ochenta artículos científicos editados.

En tal sentido, cada autor, cada artículo remitido, cada usuario que ha ingresado a la plataforma en línea de la RSTPR (www.revistastpr.com) son parte de este logro. Sólo en el primer semestre del año 2018, la página de la revista registró más de cuatro mil trescientas visitas realizadas desde diferentes zonas geográficas, comprendidas entre América del Sur, América Central y países de Europa.

El formato físico de la RSTPR, llega a más de novecientos puntos, entre destinos nacionales e internacionales, en constante búsqueda de aumentar su alcance. A la par de ello, la Secretaría realiza cada año esfuerzos logísticos importantes a fin de que el formato impreso de la publicación llegue a la mayor cantidad de bibliotecas posibles, y a través de ellas, a un mayor número de usuarios.

No se puede omitir, que los índices internacionales a los que la RSTPR pertenece y pudo conquistar, exigen de la publicación esmero y prestancia en el cumplimiento de normas del más alto nivel, a fin de mantener el estándar conquistado. Actualmente la Revista es parte de: *Capes Qualis*, *Scielo Paraguay*, *Dialnet*, *DOAJ*, *Latindex*, *Crossref*, *REDIB* y *WorldCat*.

Es necesario hacer un especial agradecimiento a los generosos y competentes autores, a los revisores dedicados y puntuales, a los señores miembros del Consejo Editorial, sin olvidar a los valiosos integrantes del equipo de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, cuyo trabajo es condición *sine qua non* para cada edición.

Resulta importante una especial mención y reconocimiento al Profesor Doctor Javier Parquet Villagra, Árbitro Titular del TPR, por el prólogo y el incondicional apoyo que nos proporcionó para esta edición, producto de su vasta y competente trayectoria en el ámbito del derecho administrativo.

Aprovecho la ocasión para invitar a todos los interesados y a la comunidad académica a remitir sus artículos y así contribuir en próximas ediciones de la RSTPR.

Agosto, 2018.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretario del TPR

APRESENTAÇÃO

É com renovada satisfação que voltamos a aprestar a Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL - RSTPR, desta feita em sua Edição de número 12, com eixo central dedicado ao direito administrativo e ao direito da integração. Seis anos de vigência da presente publicação científica, com suas ininterruptas doze edições, merecem não apenas apresentação, senão ainda penhorados agradecimentos a todos os colaboradores para a empreitada, a superar o primeiro quinquênio com mais de oitocentos artigos científicos editados.

Nesse sentido, cada autor, cada artigo enviado, cada usuário ingressado na plataforma em linha da RSTPR, www.revistastpr.com, todos são parte integrante deste logro. Apenas no primeiro semestre de 2018, a página da revista registrou más de quatro mil e trezentos visitas, realizadas desde as mais diferentes zonas geográficas, da América do Sul, da América Central e da Europa.

O formato físico da RSTPR, chega a mais de novecentos pontos, dentre destinos nacionais e internacionais, em constante busca de aumentar seu alcance. A par disso, a Secretaria realiza esforços logísticos importantes para que a publicação chegue a maior quantidade de bibliotecas possíveis, e, por meio delas, sempre a maior número de interessados.


Não se pode omitir que os índices internacionais aos quais a RSTPR houve por bem conquistar exigem constante e permanente aperfeiçoamento, com a observância de normas do mais alto nível, a fim de permitir a consolidação do status conquistado. Atualmente a Revista é parte de *Capes Qualis*, *Scielo Paraguay*, *Dialnet*, *DOAJ*, *Latindex*, *Crossref*, *REDIB* e *WorldCat*.

Incumbe ademais fazer especial agradecimento aos generosos e competentes autores, aos revisores dedicados e pontuais, aos senhores membros do Conselho Editorial, sem olvidar os valiosos integrantes da equipe da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, cujo trabalho é *sine quo non* a cada publicação.

Cumpre, por derradeiro, consignar especial menção de agradecimento ao Professor Doutor Javier Parquet Villagra, Árbitro Titular do TPR, tanto pelo prólogo da presente edição, quanto pelo incondicional apoio que nos proporcionou no presente feito, mercê de sua vasta e competente trajetória no âmbito do direito administrativo.

Em tempo de despedir-me, aproveito a ocasião para reiterar o convite à comunidade acadêmica em geral e demais interessados para encaminharem artigos, de forma a contribuírem com as vindouras edições da RSTPR.

Agosto, 2018.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretário do TPR

PRÓLOGO

Existe un vínculo vital entre la actividad administrativa de los Estados Partes y asociados del MERCOSUR y el proceso concreto y objetivo de la integración regional. En nuestra comunidad actual concurren tres realidades inobjetable: una mayor dependencia ciudadana en las prestaciones públicas reservadas a la Administración del Estado, un notable incremento de su actividad reglamentaria en la regulación de las más variadas materias y actividades, y finalmente, un aumento sustancial de las facultades cuasi-judiciales de la *administración* a través del ejercicio de sus potestades disciplinarias y facultades sancionatorias. Se genera, como consecuencia un estado de proximidad e inmediatez con la *administración*, más directo, concreto, estrecho y constante que aquel ocasional que sobreviene de manera intermitente con los demás poderes o funciones del Estado.

La *administración* en particular, despreczada de su apacible abstracción, debió abandonar el modelo de gestión basado en la mera promoción de la voluntad e iniciativa individual, para mutar, por incontenible impulso de las circunstancias, en un agente y herramienta insustituible para lograr la evolución integral del hombre y el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Los modelos integrativos se fueron imponiendo en el mundo entero, porque los fenómenos sociales y las economías se han decantado hacia la necesaria búsqueda de soluciones comunes a problemas administrativos y de otra índole cada vez más repetidos en las sociedades nacionales sin apego o respeto alguno a las fronteras o límites legislativos.

Es así que, hoy día, la administración pública, como función estatal, conduce la planificación y ejecución efectiva de la integración, desde el análisis de su conveniencia, oportunidad y necesidad, hasta la definición de las estrategias y alternativas conducentes, moldeando acertadamente sus límites y alcances respectivos. Ello en el marco de una actividad académica, doctrinaria, normativa y operativa desafiantes.

Desde la definición de los matices de la integración, la decisión política y estratégica de encararla, cómo, cuándo y hasta dónde; pasando por el necesario análisis de las estrategias de abordaje, la negociación en las esferas pertinentes (diplomáticas y de relaciones internacionales, etc.), recae en los órganos y agentes de la *administración*, así como, la gestión material de concertar acuerdos, delinear normas comunes, recibirlas en los estados nacionales, liderar los procesos de internalización y hacerlas operativas, para finalmente aplicarlas y controlar su cumplimiento.

Asumidos los compromisos, que se traducen en la diagramación de principios y normas comunes, se dispara el proceso de internalización de las

disposiciones concertadas que, muy comúnmente se realiza por vía de la articulación administrativa o incluso, cuando la vía legislativa resultare necesaria, en la mayoría de los casos, se exige mayor detalle y profundidad reglamentaria para volverlas operativas o viabilizar su aplicación.

Finalmente, ya internalizadas las normas, su aplicación efectiva recae nuevamente en la gestión administrativa, quien a su vez asume conforme a su competencia el control, supervisión y vigilancia de toda actividad cuya regulación descansa en tales normas. A los efectos del cumplimiento de la norma y en su caso atender transgresiones a la misma, ejerce igualmente la conducción del régimen disciplinario respectivo, mediante las atribuciones sancionatorias que el sistema jurídico integral le confiere.

Es por ello que la investigación científica, la discusión doctrinaria y el intercambio académico en el campo del *Derecho Administrativo* cobran una importancia aún mayor, hoy en todo el ámbito del MERCOSUR, ya que constituyen fuentes intelectuales y nutrientes pre-jurídicas insustituibles para una articulación normativa proficua y eficiente, que no se limite a meras coyunturas o ensayos de urgencia, a la incorporación nominal de normas integrativas, sino alcance a la articulación real de mecanismos de acción. Tales fuentes e insumos intelectuales se erigen como instrumento vital en el diseño de una *administración* más disciplinada, solidaria, eficaz y transparente.

Este conjunto de obras jurídicas de autores con relevancia en la materia tiene la humilde pretensión de contribuir a este propósito, mediante una fugaz y reducida discusión en relación a algunos temas de actualidad que atañen a la actividad jurídica administrativa en el ámbito de la integración regional. Propone en otros términos examinar la gestión de la *administración* aplicada a ciertos casos en auge que se exponen en artículos de singular contemporaneidad y promover mediante el examen de los mismos una reflexión integral sobre su estado de evolución y los requerimientos regulatorios que nuestros sistemas políticos y jurídicos estatales exigen con urgencia.

En este estado de “proximidad e inmediatez” con la *administración* al que aludíamos, sobreviene, y más que nunca, la misión histórica de promover una regulación coherente, acertada y actualizada que discipline los vínculos entre los Estados y el Administrado, sustentada en la perenne vocación jurídica del *Derecho Administrativo* de concertar las prerrogativas de la administración con los derechos y garantías esenciales del ciudadano, en justo y adecuado equilibrio.

Cecilio Báez nos dejó la siguiente reflexión: “...de todos los problemas político-sociales el que preocupa hoy más que nunca el espíritu humano es, sin duda, el de conciliar la libertad con el poder. La lucha de los dos principios es, sin embargo, tan antigua como la sociedad”.

Agosto, 2018.

Dr. Javier Parquet Villagra
Árbitro Titular del TPR

30 ANOS DE *IUS PUBLICUM COMMUNE* EUROPEU NA ESPANHA

30 AÑOS DE *IUS PUBLICUM COMMUNE* EUROPEO EN ESPAÑA

*Ricardo Alonso García**

Em novembro de 1988, quem escreve estas linhas, defendia sua Tese de Doutorado intitulada “*Ao ius publicum commune europeu*”¹ na Universidade Complutense.

Meu propósito nas seguintes páginas será o de esboçar, com alguns exemplos extraídos de cada década, desde a entrada da Espanha, em janeiro de 1986, às –na época- Comunidades Europeias, o sucedido no contexto do Direito espanhol do *ius commune* de corte pública, cuja funcionalidade com relação aos setores da vida jurídica nacional situados à margem do raio de ação da atual União Europeia, consistiria não em deslocar, substituindo-os aos ordenamentos dos Estados membros, mas sim em atuar como um molde ao qual estes iriam se acomodando, procedendo esses Estados, ao elaborar e aplicar seu *ius publicum proprium*, não o fazendo de maneira isolada ou autônoma, mas sim à luz desse *mos europaeus*.

O mencionado *ius commune* teria sua origem nos princípios gerais do Direito elaborados a golpe de sentença por um Tribunal de Justiça², que precocemente assumiu como ferramenta habitual de trabalho a metodologia do recurso aos membros de Direito dos Estados prevista nos Tratados com a prerrogativa de configurar o regime de responsabilidade extracontratual das Comunidades Europeias³.

Assim, confrontado com um problema sobre o qual o Direito

* Universidade Complutense de Madrid, Espanha.
E-mail: rag@der.ucm.es
Recibido: 11/01/2018. Aceptado: 10/05/2018.

1 Pouco depois publicada pela Editora Civitas com o título “*Direito comunitário*”, “*Derechos nacionales*” e “*Derecho común europeo*”.

2 À margem das reflexões que continuam, ficam tentativas mais modernas, incluídos os de índole acadêmica, de codificação (cfr. p.e. o Código ReNEUAL de procedimento administrativo da União Europeia, editado pelo INAP em abril de 2015).

3 Segundo dispõe atualmente o parágrafo segundo do artigo 340 TFUE, o qual reproduz praticamente a versão original dos Tratados de Roma, “em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deverá reparar os danos causados por suas instituições ou seus agentes no exercício de suas funções, *de conformidade com os princípios gerais comuns aos Direitos dos Estados membros*”.

positivo comunitário - hoje da União- ficaria em silêncio⁴ ou seria insuficiente⁵ aos efeitos de sua solução, o Tribunal de Justiça recorreria aos Direitos nacionais, analisando o tratamento do problema abordado por eles, como regra geral, em termos similares no âmbito estritamente interno (tendo em conta que, em última instância, tanto o Direito público europeu como os Direitos públicos nacionais se inspirariam na mesma filosofia, que não é outra senão a procura de um equilíbrio adequado entre as prerrogativas das autoridades públicas e a esfera jurídica inviolável dos indivíduos; o que seria igual à consecução do “serviço eficaz do interesse geral com a menor redução possível das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos”⁶). E a partir dessa análise dos Direitos nacionais, o Tribunal de Luxemburgo procederia à construção da síntese europeia, à luz da especial natureza do ordenamento jurídico comunitário; síntese que, como assinalava, seria chamada para reverter, por sua vez, um efeito que poderíamos denominar *boomerang*, sobre esses mesmos Direitos nacionais, tanto em termos vinculativos (naqueles âmbitos em que os Estados membros estariam atuando como braço executor da União⁷) como a modo de *ius commune* (em âmbitos alheios ao raio de ação da União).

4 Caso, por exemplo, do princípio da inderrogabilidade singular das disposições gerais, fundamentado, por sua vez, no princípio de igualdade perante a lei; princípio este de origem romano (*legem patere quam fecisti*) que, como sustentara o Advogado Geral, Warner, impõe que, quando uma autoridade pública, através de um ato normativo tenha estabelecido regras gerais, se bem, é certo que pode modificar tais regras através de um ato normativo posterior, não pode evitá-las quando examina casos particulares: cfr. *assuntos Ball Bearings*, resolvidos por Sentenças, todas elas, em 29 de março de 1979.

5 Caso, por exemplo, do princípio de motivação, ao que o TFUE, na linha de seus antecessores, dedica seu artigo 296, sem fazer distinções entre disposições gerais e atos de aplicação, e que tenha sido flexível pelo Tribunal de Justiça no sentido de intensificar suas exigências se referido a estes últimos (doutrina que se remonta à Sentença proferida no âmbito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, *Barge v. Alta Autoridade*, de 16 de dezembro de 1963, estendida depois ao âmbito da Comunidade Econômica Europeia no *assunto Beus*, de 13 de março de 1968). Por outro lado, mencionado terreno dos atos de aplicação também tenha sido, por sua vez, objeto de matizes por parte do Tribunal. Assim, a exigência de motivação dos atos, predicáveis com caráter geral com independência do contexto no que se enquadram (cfr. *assunto França v. Comissão*, Sentença de 11 de novembro de 1987), acentua-se quando este tem caráter sancionador (cfr. *assunto Krupp v. Comissão*, Sentença de 12 de novembro de 1985); ou quanto maior é a discricão da que goza a autoridade europeia (cfr. *assunto Præsident e.a. v. Alta Autoridade*, Sentença de 15 de julho de 1960); ou, em fim, quando, além da tutela judicial efetiva inerente à motivação (na medida em que a motivação “persegue em dar uma oportunidade às partes para defender seus direitos”; cfr. *assunto Alemanha v. Comissão*, Sentença de 4 de julho de 1963), entram em jogo outros direitos fundamentais, como por exemplo, o segredo profissional (cujo levantamento pela Comissão diante de uma alegada confidencialidade exige uma prévia decisão motivada suscetível de controle jurisdicional: cfr. *assuntos Akzon Chemise v. Comissão*, Sentença de 24 de junho de 1986, e *SEP v. Comissão*, Sentença de 19 de maio de 1994), ou a igualdade perante a lei conectada com a necessidade de motivar o desvio de uma prática administrativa (cfr. *assuntos Louwage v. Comissão*, Sentença de 30 de janeiro de 1974, e *Michael v. Comissão*, Sentença de 1 de dezembro de 1983).

6 ENTERRÍA, E. García de e FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12ª ed. Thomson-Civitas, 2004. Em termos parecidos, “cfr. WADE, W. e FORSYTH, Ch. *Administrative Law*. 9ª ed. Oxford University Press, 2004, p. 4-6.

7 Cfr. Sentença do Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1979, *assunto Eridiana*.

Situando-nos no início da década de noventa, concretamente em 19 de junho de 1990, o Tribunal europeu de Justiça emitia sua Sentença para o *assunto Factortame*, transcendental para o ordenamento jurídico comunitário, considerado em seu conjunto, e além do mais, revolucionaria o sistema jurídico anglo-saxão, que estava na origem da questão prejudicial na qual Luxemburgo tinha sido colocada pela *House of Lords* a Luxemburgo e que a referida Sentença vinha a responder. Transcendental para o ordenamento comunitário porque nela o Tribunal de Justiça completou sua *doutrina Simmenthal*, com o sentido de estender o poder-dever dos juízes nacionais de não aplicar por sua própria autoridade toda regra jurídica interna à margem de sua classe normativa, contrária ao Direito comunitário, ao poder-dever de “conceder medidas provisionais para garantir a plena eficácia da resolução judicial que deve recair sobre a existência dos direitos invocados com base no Direito comunitário”. E revolucionaria para o sistema jurídico anglo-saxão, porque com a sua falha o Tribunal de justiça obrigava aos juízes britânicos a descartar “a antiga norma do *common law*, segundo a qual não pode conceder-se nenhuma medida provisional contra a Coroa, isso quer dizer, contra o Governo; norma que havia que interpretar em relação com a presunção de que as leis nacionais estão conformes ao Direito comunitário, enquanto não haja se resolvido sobre a sua compatibilidade com este Direito”.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico espanhol, o Tribunal Supremo faria uma menção *en passant* de *Factortame* em seu pioneiro Despacho de 17 de fevereiro de 1991, (que por sua vez mencionava outro de 20 de dezembro de 1990, do que não existe rastro no Buscador de Jurisprudência CENDOJ), mas que foi em seu momento comentado pelo Mestre García de Enterría no nº 69 da REDA).

Várias questões são dignas de advertência a respeito.

Em primeiro lugar, como no mencionado Despacho, ao que seguirão muitos outros (cfr. p.e. nos dias de 14 de março 1996, 4 de junho de 1997, e 24 de fevereiro de 1998), o Tribunal Supremo atribuiu ao Tribunal de Justiça o princípio de que a «necessidade de recorrer ao processo para obter a razão não deve prejudicar a quem tem a razão», a pesar de que em nenhum momento o mencionado princípio se obtinha na mesma Sentença, mas sim nas Conclusões, muito mais elaboradas e matizadas, de seu Advogado Geral Tesouro (quem, além disso, não esconderia seu mal-estar ante a futilidade com a que o Tribunal de Justiça abordou finalmente a questão – à que dedicou apenas seis FFJJ–, tendo em conta que, “não se tratava de remover uma simples disposição nacional, como uma leizinha “*leggina*” sobre a etiquetagem d’água mineral, mas um princípio fundamental do sistema processual anglo-saxão”⁸). De fato, uma leitura detalhada de *Factortame* deixa

8 Cfr. “Tutela cautelare e Diritto Comunitario”. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*

entrevier que o discurso do Tribunal de Justiça ia dirigido não tanto, a salvaguardar a posição subjetiva do indivíduo desde a perspectiva do direito à tutela cautelar, como fortalecer ao máximo situado no plano objetivo das relações ornamentais, a primazia do ordenamento jurídico comunitário sobre o interno dos Estados membros (de fato, também, assinalamos uma vez mais que o Tribunal não duvidou em apresentar *Factortame* como uma prolongação natural de *Simmenthal*).

Em segundo lugar, muito particular foi a leitura pelo Tribunal Supremo, estimulado pelo Mestre (cfr. *A batalha pelas medidas cautelares*⁹), do alcance exato do poder-dever dos juizes nacionais, proclamado em *Factortame*, de suspender cautelarmente medidas nacionais *prima facie* contrárias ao Direito comunitário. E é que, em efeito, em nenhum momento se referiu o Tribunal de Justiça aos critérios de controlar por mencionados juizes o instante de adotar tal suspensão: nem se referiu ao *fumus boni iuris*, nem ao *periculum in mora*, nem, enfim, à ponderação dos interesses em jogo. Antes, ao contrário, seu silêncio a respeito pareceu encobrir uma remissão aos Direitos nacionais na linha explicitamente defendida pelo Advogado Geral Tesouro, que concluiu sua opinião sustentando que “ao não existir nesta matéria normas comunitárias uniformes, incumbe ao ordenamento jurídico dos Estados membros regular as modalidades de procedimento e os requisitos da tutela cautelar dos direitos reconhecidos aos particulares pelas normas comunitárias diretamente aplicáveis sempre que tais modalidades e requisitos não tornem impossível o exercício provisional dos direitos alegados e não sejam menos favoráveis que os previstos para proteger os direitos fundamentados em normas nacionais, por qualquer disposição ou prática nacional que produzisse este efeito incompatível com o Direito comunitário”.

Tal remissão aos Direitos nacionais, na realidade, seria abertamente assumida pelo próprio Tribunal em sua Sentença de 13 de março de 2007 (*assunto Unibet*), e continua até o dia de hoje vigente à espera de uma possível revisão pelo Tribunal de Justiça de sua concepção das medidas cautelares, desde a perspectiva, não tanto da primazia do Direito da União, como da tutela judicial efetiva na atualidade consagrada no artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União, que obrigaria a uma homogeneização dos critérios para sua adoção¹⁰, até o momento limitada às medidas cautelares a adotar, diante do Direito da União (e

Comunitario, 1992 (1), p. 137-138. Já antes, aos poucos meses de *Factortame*, o Advogado Geral tinha-se mostrado crítico com o pronunciamento do Tribunal em *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale* (VVAA. *La Corte Costituzionale tra Diritto interno e Diritto comunitario* –Atti del Seminario avoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 15 e 16 di ottobre 1990, Giuffrè, 1991, pp. 177 y ss.).

⁹ Thomson Civitas, 1992.

¹⁰ Tendo em conta que, segundo dispõe em seu artigo 51, a Carta obriga não só às instituições da União, senão, também aos Estados membros “quando apliquem o Direito da União”.

não, por tanto, diante do Direito interno), tanto pelo juiz europeu como pelo juiz nacional¹¹.

Mas à margem desta última possibilidade, interessa agora advertir, em terceiro lugar, a utilização do Direito público comunitário (no exemplo que nos ocupa da justiça administrativa cautelar) pela nossa doutrina e jurisprudência (de maneira, insiste-se, não precisamente exata em atenção à sua fonte com um acento sobre o critério do *fumus boni iuris* que nem vinha imposto por Luxemburgo, nem ali tinha – nem tem – o protagonismo que aqui se quis dar¹², hoje, muito matizado, segundo se desprende por citar algum exemplo recente, da Sentença da Sala Terceira de 24 de fevereiro de 2016¹³) a modo de *ius commune*, servindo como revulsivo para replantar, com caráter geral (i.e, à margem de um raio de ação do ordenamento jurídico comunitário) o controle, até esse momento em termos quanto menos lânguidos das medidas cautelares por nossa jurisdição contencioso-administrativa; revulsivo que terminaria por encontrar apoio no Tribunal Constitucional que, em sua Sentença de Pleno 238/1992, de 17 de dezembro de 1992, chegaria a afirmar o seguinte: “Certamente, o art. 24.1 C.E. não faz referência alguma às medidas cautelares nem à potestade de suspensão, mas dele não pode inferir-se que fique livre o legislador de todo limite para dispor ou não medidas daquele gênero ou para ordená-las sem condicionamento constitucional algum. A tutela judicial tem que ser, por imperativo constitucional, «efetiva», e na medida em que seja ou não, deve encontrar-se na suficiência das potestades atribuídas por lei aos órgãos do poder judicial para, efetivamente, salvaguardar os interesses ou direitos cuja proteção se exige. Por isso, é necessário

11 Cfr. Sentença do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1991, *assunto Zuckerfabrik*.

12 Segundo dispõe o artigo 160.3 da versão consolidada (2012) da Regra de Procedimento do Tribunal de Justiça, “as exigências [de suspensão ou de medidas provisionais especificarão o objeto do litígio, as circunstâncias que dão lugar à urgência, assim como os antecedentes de fato e os fundamentos de Direito que justifiquem à primeira vista a concessão da medida provisional solicitada” (em idênticos termos, cfr. artigo 156.3 da Regra de Procedimento do Tribunal Geral, de 4 de março de 2015). Os critérios do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (aos que em ocasiões a jurisprudência acrescenta a ponderação de interesses em jogo), “são acumulativos, de forma que, se algum deles não se cumpre, a exigência de medidas cautelares é rejeitada” (cfr. K. Lenaerts, I. Maselis e K. Gutman, *EU procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 592, quem a continuação concretizam: “na prática, a determinação da urgência da medida provisional resulta frequentemente decisiva e os outros critérios ou não devem ser considerados, ou são a efeitos simplesmente subsidiários”).

13 2517/2015, na qual pode-se ler: “Este Tribunal Supremo admitiu este critério em algumas resoluções, as vezes com grande amplitude, se bem, no atual estado da jurisprudência prevalece uma doutrina que acentua seus limites e aconselha prudência e restrição em sua aplicação... Na atualidade a jurisprudência do Tribunal Supremo admite o critério da aparência de bom direito, entre outros, em casos de invalidade de pleno direito sempre que seja manifesta; de atos ditados em cumprimento ou execução de uma disposição geral declarada nula; de existência de uma sentença que anula o ato em uma anterior instância ainda que não seja firme; de existência de um critério reiterado da jurisprudência diante ao que a Administração opõe uma resistência contumaz ou de modo muito excepcional, de prosperidade ostensível da exigência”. Na mesma linha, cfr. o posterior Despacho de 3 de maio (4509/2016).

reiterar agora o que afirmamos em nossa STC 14/1992, isto é, que a tutela judicial não é tal sem medidas cautelares que assegurem o efetivo cumprimento da resolução definitiva que recai no processo” (e “em consequência”, acrescentaria o Tribunal a continuação, “reconhecida por lei a executividade dos atos administrativos, não pode o mesmo legislador eliminar de forma absoluta a possibilidade de adotar medidas cautelares dirigidas a assegurar a efetividade da Sentença estima que pudesse ditar-se no processo contencioso-administrativo; pois, com isso, viria a privar aos litigáveis de uma garantia que, por equilibrar e ponderar a incidência daquelas prerrogativas, configura-se como conteúdo do direito à tutela judicial efetiva”).

Situemo-nos agora a finais da década de noventa; concretamente, no dia 13 de janeiro de 1999, data de adoção da Lei 4/1999, de modificação da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Régime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Em sua Exposição de Motivos, a Lei 4/1999 destacava como “no Título preliminar se introduzem dois princípios de atuação das Administrações públicas, derivados da segurança jurídica. Por uma parte, o princípio de boa-fé, aplicado pela jurisprudência contencioso-administrativa inclusive antes de sua recepção pelo título preliminar do Código Civil. Por outra, o princípio, bem conhecido no direito procedimental administrativo europeu e também recolhidos pela jurisprudência contencioso-administrativa, da *confiança legítima* dos cidadãos em que a atuação das Administrações públicas não pode ser alterada arbitrariamente”.

Vejamos, brevemente a história da incorporação deste último princípio de confiança legítima em nosso Direito positivo, hoje amparado no parágrafo 1 e) do artigo 3 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, de Régime Jurídico do Setor Público.

Mencionado anteriormente, bem conhecido nos ordenamentos jurídicos alemão e holandês¹⁴, foi em um determinado momento assumido pelo Tribunal de Justiça como próprio do ordenamento jurídico comunitário¹⁵, o que implicava obrigação de seu respeito não só pelas Instituições europeias, senão também pelos Estados membros não familiarizados com o mesmo, em sua faceta de executores do Direito comunitário.

No caso da Espanha, a confiança legítima foi pouco a pouco impregnando a mente dos operadores jurídicos, até o ponto de começar a ser invocado antes e aplicado pelos tribunais, em setores por completo alheios ao Direito comunitário.

¹⁴ Cfr. p.e. V. Götz, *Protection of Legitimate Expectations*, e G. ten Berge e R. Widdershoven, *The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law*, German and Netherlands Reports Presented to the XV International Congress on Comparative Law (Bristol, 26 July to 1 August 1998).

¹⁵ *Assunto Lemmerz-Werke*, Sentença de 13 de julho de 1965.

Assim, já em 1988 o Conselho de Estado, em sua Memória correspondente ao mencionado ano, soube ver as possibilidades que, em relação a confiança legítima oferecia para nosso ordenamento jurídico, tanto dentro como fora da vida jurídica comunitarizada, a então recente incorporação às Comunidades Europeias.

Com efeito, fazendo eco da doutrina constitucional apontada em relação com a antecipação da idade de aposentadoria de juízes e magistrados, considerada na STC 108/1986, de 29 de junho, como portadora de uma “frustração de expectativas existentes e em determinados casos prejuízos econômicos que possam merecer algum gênero de compensação”¹⁶, o Conselho de Estado considerou oportuno sugerir “a introdução de categorias dogmáticas intermediárias (como a de direitos expectantes, entre direitos plenos consolidados e meras expectativas)”, que, “ainda não sendo vigas globalmente para obstar o exercício da potestade ordenadora, sim podem ser algumas de suas manifestações –por conexão com outros direitos ou por inocuidade a respeito do efeito reformador pretendido– e devem ser medidos e indenizados quando a ação pública –incluída a do legislador– comporte efeitos privativos ou sacrifícios individualizáveis que, se resultarem requeridos pelo interesse público à comunidade, enquanto beneficiária da satisfação de tal interesse, corresponde reparar”.

Sugerido o qual, o Conselho de Estado, depois de advertir que ao fim indicado podia acreditar “especial relevância e fecundidade” o princípio de confiança legítima, elevado à categoria de princípio geral europeu pelo Tribunal de Justiça, explicou o seguinte: “Não é, certamente, um princípio de valor absoluto capaz de bloquear toda tentativa de modificação ou reforma, mas sim, protege eficazmente diante à mudança brusca e por surpresa, diante à alteração sensível de uma situação cuja durabilidade podia legitimamente confiar-se, sem dar tempo nem meios ao afetado para reequilibrar sua posição ou adaptar-se à nova situação”. E acrescentou: “Este princípio tem um caráter geral, ainda que acostumado a operar com preferência no campo econômico e no funcionalismo, - está vinculado aos princípios de segurança jurídica, boa-fé, interdição da arbitrariedade e outros, com os que costumam combinar-se e, claramente, não exige a preexistência de direitos subjetivos perfeitos, que tem outras vias de proteção”¹⁷.

Não deixando para trás nem a doutrina (na mesma linha que o Conselho de Estado se pronunciavam García de Enterría e Tomás Ramón Fernández em 1989, na quinta edição de seu “*Curso de Derecho Administrativo I*” p. 88), nem a jurisdição contencioso-administrativa,

¹⁶ Cfr. assim mesmo a STC 99/1987, de 11 de junho. A STC 70/1988, de 19 de abril, orientaria por sua parte as possíveis medidas compensatórias para um tratamento no regime de classes passivas (ao impedir a antecipação da idade de aposentadoria, alcançar o número de anos de serviço necessário para obter o haver regulador).

¹⁷ Cfr. a citada Memória, p. 82.

com o Tribunal Supremo lembrando em 1991 (Sentença de 7 de outubro)¹⁸ que “o princípio constitucional de segurança jurídica não pode desapontar o princípio jurisprudencial de confiança legítima proclamado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e assumido pela jurisprudência desta Sala que agora processa”¹⁹.

A confiança legítima, voltaria a insistir o Conselho de Estado em sua Memória correspondente ao ano de 1994 (p. 178), é um princípio que, “invocado originariamente pela jurisprudência alemã, assumido depois pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e aceitado também por nosso Tribunal Supremo tem por objetivo proteger aos interessados, ainda que não ostentem verdadeiros direitos adquiridos, diante à alteração brusca de uma situação cuja durabilidade podia legitimamente confiar-se”. E acrescentou, não sem antes deixar de lembrar novamente seu vínculo com outros princípios enunciados no artículo 9.3 da Constituição: “Não se quebra esse princípio quando se tem conhecimento da medida invocadora com tempo suficiente para adaptar-se a ela ou quando se estabelecem na mesma compensações adequadas; quebra-se, em contrapartida, o princípio de confiança legítima se a medida adotada –que supõe uma mudança radical de régime– se aplicara de imediato e não fosse previsível nem consequente com o sistema no qual se integra”.

Enfim, e como adiantava, o próprio legislador terminaria por incorporar mencionado princípio, em termos já de autêntico *ius proprium* positivado, e pelo que ao comportamento da Administração Pública se refere, na Lei 4/1999²⁰.

18 Seguindo o rastro marcado pelas Sentenças de 26 de janeiro de 1990, 1 de fevereiro de 1990 e 1 de março de 1991.

19 Já antes e como exemplo, as Sentenças de 25 de junho de 1987 e de 20 de junho de 1988, sem referência alguma à jurisprudência comunitária, haviam declarado a necessidade de proteger as expectativas geradas por uma normativa dirigida a estimular, sob promessa –profusamente divulgada– de concessão –sem limitações quantitativas– de incentivos, às empresas que procederiam a contratar trabalhadores em situação de desemprego. Christopher Forsyth, por sua vez, compartilha a seguinte anedota em relação com a irrupção do princípio de confiança legítima no mundo jurídico anglo-saxão da mão de Lord Denning em *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* (1968): “Em um trabalho que publiquei em 1988, sugeria que o conceito alemão de proteção da confiança legítima (*Vertrauensschutz*) tinha desempenhado seu papel no desenvolvimento das expectativas legítimas em Direito inglês, e que isso era um exemplo de *cross fertilization* entre sistemas jurídicos. Cometi, então o erro de escrever a Lord Denning para perguntar-lhe sobre *quanta* influência teria tido mencionado princípio em seu pronunciamento em *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, onde, pela primeira vez, introduziram as expectativas legítimas no Direito inglês... sem consulta de autoridade alguma. Respondeu-me de imediato dizendo-me que tinha certeza de que a ideia tinha saído de sua própria cabeça e não de qualquer outra fonte. Assim, a origem do conceito, pelo que se diz respeito ao Direito inglês, encontrava-se só e exclusivamente na célebre, com toda justiça, mente criativa de Lord Denning! Isso não significava que a proteção da confiança legítima deveria excluir-se como justificação, mas se tratava de um começo pouco promissor!” (cfr. *Legitimate Expectations Revisited*, Administrative Law Bar Association Summer Conference, 29 May 2011).

20 A STS de 15 de novembro de 1999 (306/1997) nos lembra como chegado o momento de sua positivação, a confiança legítima já era um princípio perfeitamente assentado na

Novamente, igual ao que aconteceu no terreno das medidas cautelares, um princípio de Direito público europeu, neste caso o de confiança legítima²¹, serviu, a modo inicialmente de *ius commune*, para potenciar, em raios internos de ação alheios à da agora União Europeia, a proteção de determinadas expectativas –legítimas– até esse momento descuidadas em nosso ordenamento jurídico²². É uma vez incorporado como *ius proprium*, tem servido para fortalecer algumas de suas ramificações formais, como a participação cidadã no procedimento de elaboração de normas²³, reforçada pela Lei 39/2015, de 1 de outubro, do Procedimento Administrativo Comum²⁴ (cujas principais novidades, sua Exposição de Motivos destaca a “necessidade de solicitar com caráter prévio à elaboração da norma, a opinião de cidadãos e empresas próximas dos problemas que se pretendem solucionar com a iniciativa, a necessidade e oportunidade de sua aprovação, os objetivos da norma e as possíveis soluções alternativas regulatórias e não regulatórias”, em uma tentativa de melhorar a participação à que se refere o artigo 105 da Constituição, adiantando a intervenção dos particulares à existência de um rascunho normativo com a finalidade de facilitar uma captação de opiniões que se vertidas sobre um texto já redigido, resultam como regra geral mais difíceis de assumir).

jurisprudência, a qual podia sintetizar-se nos seguintes pontos: “a) O princípio da confiança legítima que, tem sua origem no Direito administrativo alemão, tem sido reiteradamente assumido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [...], e, neste sentido forma parte do acervo que integra o Direito comunitário europeu, no qual os princípios gerais ocupam um lugar especialmente destacado. b) O princípio resulta especialmente aplicável quando se baseia em signos externos produzidos pela Administração suficientemente conclusivos, unido a uns prejuízos que razoavelmente se crê que não se iam produzir (SSTS 28 de julho de 1997 e 23 de maio de 1998). c) A virtualidade do princípio pode comportar a anulação da norma ou do ato e, quando menos, obriga a responder da alteração (produzida sem conhecimento antecipado, sem medidas transitórias suficientes para que os sujeitos possam acomodar sua conduta econômica e proporcionadas ao interesse público em jogo, e sem as devidas medidas corretoras ou compensatórias) das circunstâncias econômicas habituais e estáveis, geradoras de esperanças fundadas de manutenção. Ainda que, o princípio de confiança legítima não garanta aos agentes econômicos a perpetuação da situação existente, a qual pode ser modificada, nem lhes reconhece um direito adquirido à manutenção de uma determinada vantagem (SSTS 17 de fevereiro de 1998 e 19 de julho de 1999. d) Na aplicabilidade do princípio devem ser ponderadas, além do mais, da previsão do regime transitório e da presença de um interesse público preemptório, o conhecimento prévio da medida e sua previsibilidade (STS 13 de julho de 1999)”.

21 Sobre sua utilização no âmbito do Direito privado, cfr. p.e., recentemente e em nosso entorno, vinculando-a com a doutrina dos próprios atos, a Sentença do Tribunal Supremo (Sala Primeira) de 5 de maio de 2016 (105/2014). No âmbito anglo-saxão, cfr. p. e. CARTWRIGHT, J. *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*. Report to the XVII International Congress on Comparative Law (Utrecht, 16 to 22 July 2006).

22 Tem que se ter em conta que, o princípio de confiança legítima compreende diversas vertentes, algumas das quais já estavam presentes na Lei 30/1992 antes da reforma de 1999 (cfr. p.e. as enunciadas por Fernando Sainz Moreno na *Enciclopédia Jurídica Básica*, editada por Civitas em 1994; concretamente, na voz “Buena Fe – Dº Administrativo”, coletada no *Volumem I*, pp. 829-830).

23 Sobre a consulta como expectativa formal e sua vinculação com as expectativas substantivas, cfr., em Direito anglo-saxão, as considerações do Juiz John Laws em *R (Bhatt Murphy) v. Independent Assessor* [2008] EWCA Civ 755.

24 Cfr. seu artigo 133.

E novamente também, como acontece com o resto dos princípios gerais de Direito europeu que vão sendo elaborados e aperfeiçoados em Luxemburgo via pretoriana, terá que seguir estando atentos à evolução da confiança legítima no contexto global da União, isto é, incluídos os ordenamentos jurídicos dos Estados membros²⁵.

Na Espanha, e retomando a doutrina constitucional sobre a confiança legítima e a atividade do legislador, neste caso de urgência, cabe destacar a recente STC 270/2015, de 17 de dezembro, em relação com as energias renováveis (concretamente, em relação com a produção de energia elétrica através da tecnologia solar fotovoltaica). Nela, e trazendo a colação, a categoria do “operador econômico prudente e diligente” que já controlara o Tribunal de Justiça em sua Sentença de 1 de fevereiro de 1978 (*assunto Lührs*), o Tribunal Constitucional, confluindo com a doutrina do Tribunal Supremo²⁶, alargou ao máximo o conceito de “risco regulatório”²⁷ aos efeitos de marcar os limites de uma confiança legítima²⁸ que, no entanto, e em relação com um sistema nacional (sueco) de apoio à energia verde, tinha sido abordada pelo Tribunal de Justiça, em sua Sentença de 1 de julho de 2014 (*assunto Vindkraft*), nos seguintes termos: “O sistema de apoio à energia verde cujo custo de produção é como relembraram concretamente o Governo sueco e a Comissão, ainda bastante elevado em comparação com o da eletricidade produzida a partir de fontes de energia não renováveis, tem por objetivo, em essência, favorecer, em uma perspectiva a longo prazo, investimentos em novas instalações, dando aos produtores determinadas garantias

25 A editorial Hart Publishing, por exemplo, anuncia a respeito à próxima publicação do volume *The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law: A Comparative Study*, coordenado por A.K. Sperr e D. Hohenlohe-Oehringen. Enquanto a sua evolução na jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode ver-se, recentemente e em nossa doutrina, o trabalho de Jiménez Piernas e Pascual Vives, *A tutela judicial do princípio de proteção da confiança legítima no Direito da União Europeia*, publicado na obra coletiva “Risco regulatório nas energias renováveis”, Thomson Reuters Aranzadi, 20015, pp. 73 e ss.

26 “Os agentes ou operadores privados que renunciaram ao mercado, ainda que o façam mais ou menos induzidos por uma retribuição generosa que lhes oferece o marco regulatório, sem a contrapartida da assunção de riscos significativos, sabiam ou deviam saber que mencionado marco regulatório, de caráter público, aprovado em um determinado momento, do mesmo modo que era coerente com as condições do cenário econômico então, vigente e com as previsões de demanda elétrica realizadas então, não podia ulteriormente ser alheio às modificações relevantes dos dados econômicos de base, perante as quais é lógica a reação dos poderes públicos para compassá-lo à novas circunstâncias” (STS de 13 de janeiro de 2014, 357/2012).

27 Que já tinha controlado nosso Tribunal Supremo em sua pioneira Sentença de 11 de junho de 2001, em relação com os Custos de Transição à Competência no setor da energia.

28 A tal ponto em que se chegou a sustentar de que, “com esta doutrina jurisprudencial se consagrou uma espécie de princípio de insegurança jurídica (posto que nada impede que as normas possam ser mudadas de forma vertiginosa e incessante) e de desconfiança legítima (a diligência exigível ao beneficiário de uma taxa regulada lhe deve levar a não confiar em sua manutenção)”: cfr. José Francisco Alenza García, *As energias renováveis perante a fugacidade legislativa: a mitificação dos princípios de (in) segurança jurídica e de (des) confiança legítima: A propósito da STC 270/2015 sobre o novo sistema remunerativo das energias renováveis*, Atualidade Jurídica Ambiental, 2016 (55), p. 4.

enquanto ao desenvolvimento futuro de sua produção de eletricidade verde. Deste modo, a efetividade de tal sistema requer, por definição, uma certa permanência que permita concretamente garantir o respeito da confiança legítima dos investidores que se comprometeram nesta via e assegurar a continuidade da exploração destas instalações”²⁹.

Assim, como os referidos exemplos da justiça cautelar e da confiança legítima resultam ilustrativos em relação da função do Direito da União enquanto *ius commune* aos efeitos de fortalecer a posição jurídica do administrado (sem prejuízo de que o entusiasmo “importador” inicial tenha dado passo a um certo esfriamento com o transcurso do tempo³⁰), assim, no âmbito da responsabilidade do poder público, segundo passo a expor, o sistema jurídico da União tenha terminado por provocar uma evolução de nossas regras de responsabilidade em um sentido inverso, i.e., aos efeitos de debilitar a posição jurídica do administrado, quando menos, desde uma perspectiva processual, até consolidar-se mencionada debilitação em termos de *ius proprium* por decisão do legislador do regime jurídico do setor público. Isto, além do mais, e por outro lado, em um confuso contexto no qual resulta duvidoso que o manuseio do método europeu de responsabilidade como fonte direta de aplicação, i.e., nos raios internos de ação *sim*, cobertos pelo Direito da União, seja conforme aos critérios apontados desde Luxemburgo.

Começando por esta última afirmação, tem que advertir como o princípio de responsabilidade dos Estados membros por infração do Direito da União, por primeira vez proclamado pelo Tribunal de Justiça em sua Sentença de 19 de novembro de 1991 (*assunto Francovich e.a.*)³¹,

29 À margem das energias renováveis, cabe assim mesmo confrontar, por exemplo, a aproximação geral que, com relação às modificações legislativas repentinas, realizam o TC português e o TC espanhol: enquanto que para aquele “a afetação de expectativas em sentido desfavorável será inadmissível quando constituía uma mutação do ordenamento jurídico com a que os destinatários de normas constantes não podiam razoavelmente contar” (STC 862/2013, de 19 de dezembro), para nosso TC somente em casos de modificações “absolutamente imprevisíveis” estaria a porta aberta para uma possível violação da confiança legítima (STC 81/2015, de 30 de abril).

30 A tal ponto, no caso da justiça cautelar, da supressão pela LJCA de 1998 “de todo apoio normativo ao critério do *fumus boni iuris*, cuja aplicação está confiada a esta jurisprudência”, i.e., do próprio Tribunal Supremo, que continuou advertindo nesta Sentença, antes citada, de 24 de fevereiro de 2016: “Elimina-se, em efeito, do Projeto LJCA o preceito que disponha que “a adoção das medidas cautelares poderá acordar-se quando existam dúbidas razoáveis sobre a legalidade da atividade administrativa a que se refiram” (art. 124.2 Projeto LJCA). Em seu lugar, a LJCA dispõe que, «prévia valoração circunstanciada de todos os interesses em conflito, a medida cautelar poderá acordar-se unicamente quando a execução do ato ou a aplicação da disposição possam fazer perder sua finalidade legítima ao recurso» (art. 130.1 LJCA). O sentido restritivo desta omissão com respeito ao critério de *fumus boni iuris* resulta sublinhado pela palavra «unicamente»”.

31 À margem de que tivéssemos que esperar a 1996 (concretamente, à Sentença de 5 de março de 1996, nos *assuntos acumulados Braserie du Pêcheur e Factortame*), para iniciar a contar com um verdadeiro regime de responsabilidade que, em outras cosas, matizaria de maneira importante, pela via conceitual da “violação suficientemente caracterizada”, o regime de corte objetivo ao que parecia apontar *Francovich*.

costuma apresentar-se emoldurado nos seguintes parâmetros: desde uma perspectiva material (e tal e como hoje recolhe, interiorizando a doutrina de Luxemburgo, o artigo 32.5 –sobre o que voltaremos– da Lei 40/2015, de Régime Jurídico do Setor Público), a infração, para poder gerar responsabilidade, tem que ser de uma norma que tenha por objetivo conferir direitos aos particulares e tem de resultar “suficientemente caracterizada”, ao que deve adicionar-se, em terceiro lugar, a exigência de uma relação de causalidade direta entre a infração e o dano sofrido; e desde uma perspectiva formal, as regras que presidem esta ação de responsabilidade, a ventilar perante os tribunais internos (auxiliados em seu caso via prejudicial pelo Tribunal de Justiça), mais além das condições substantivas recém mencionadas que derivam do regime europeu, são as nacionais³², sempre e quando respeitem os princípios de equivalência (tais regras não podem ser menos favoráveis que as que presidem as ações baseadas em puro Direito interno) e efetividade (não podem fazer impossível ou excessivamente difícil o direito de reparação).

Acontece, entretanto, que tal apresentação não é em absoluto exata nem correta, tendo em conta que, também em relação com as exigências materiais ou substantivas, o Tribunal de Justiça, falhando em Grande Seção, remete aos Direitos nacionais nos seguintes termos: “os três requisitos [i.e., quando se tenha acreditado que a norma jurídica violada tem por objetivo conferir direitos aos particulares e exista uma relação de causalidade entre a violação suficientemente caracterizada alegada e o dano sofrido pelo interessado] são necessários e suficientes para gerar a favor dos particulares, um direito a obter reparação, *sem excluir*, não obstante, que, com acordo ao Direito nacional, o Estado possa incorrer em *responsabilidade, em virtude de requisitos menos restritivos*” (doutrina sentada em 1996 nos *assuntos acumulados Braserie du Pêcheur e Factortame*, e reiterada, entre outras, pela Sentença de 17 de abril de 2007, *assunto A.G.M.-COS.MET*).

Partindo de tal premissa, a *Cour de Cassation* belga, em sua Sentença de 14 de janeiro de 2000³³, e depois de advertir (no marco de uma ação de responsabilidade exercida contra o Estado por não haver permitido, vulnerando o princípio de livre circulação de mercadorias, a homologação de autocarros procedentes de outros Estados membros) que constituía “uma falta no sentido dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil, suscetível de gerar a responsabilidade civil de seu autor se a mesma causa um dano, todo ato ou omissão que violem uma norma de Direito

32 Incluídas as relativas “à forma e ao procedimento de cálculo da reparação do dano” (Sentença do Tribunal de Justiça de 25 de novembro de 2010, *assunto Fuß*) e “à autoridade pública responsável” no caso de Estados descentralizados nos que determinadas competências legislativas ou administrativas são exercidas por entidades territoriais dotadas de certa autonomia ou por qualquer outro organismo de Direito público juridicamente distinto do Estado (Sentenças de 1 de junho de 1999 e de 4 de julho de 2000, *assuntos Konle e Haim*).

33 Cass., 14 janvier 2000, R.W. 2001-2002, 1906.

internacional dotada de efeito direto ou uma norma de Direito interno que imponha aos sujeitos de Direito uma ação ou uma abstenção de maneira determinada”, declarou que “não é necessário sobre a base dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil, para gerar a responsabilidade do poder executivo no exercício de sua potestade regulamentar e como consequência da violação de uma norma de Direito internacional – como uma disposição diretamente aplicável do Tratado CE–, que mencionada violação seja, além do mais, suficientemente caracterizada, por muito que tal exigência seja requerida pelo Tribunal de Justiça para gerar, no ordenamento jurídico comunitário, a responsabilidade das autoridades comunitárias ou dos Estados membros por violação do Direito comunitário”³⁴.

Não tem sido esse, entretanto, o caminho seguido até o momento em nosso país, onde tanto o Tribunal Supremo como o Conselho de Estado tenham excluído a possibilidade de deslocar o *régime* europeu de responsabilidade pelo –por hipótese– *régime* interno mais favorável: o Conselho, argumentando, sem maior profundidade, que nosso requisito da antijuricidade não é menos restritivo que o da violação suficientemente caracterizada; o Supremo, sustentando a impossibilidade de aplicar o *régime* nacional na ausência de similitude dos casos abordados por ambas ações de responsabilidade, diante a leis inconstitucionais e diante a leis anti-europeias (similitude que, em sua opinião, seria *conditio sine qua non* para proceder a um análise comparativo de regimes em ordem à eleição do mais generoso para o administrado).

À margem das bondades de tais raciocínio, sobre os que voltaremos³⁵, interessa pelo momento esclarecer que a questão apontada a respeito, não à gestão do Direito da União, enquanto *ius commune*, senão a sua gestão enquanto fonte direta, imposta em virtude de nossa pertinência à União, i.e., de toma forçada em consideração pelos Estados membros, incluída a Espanha, na medida em que estariam atuando dentro do raio de ação da União (o *régime* europeu de responsabilidade ao que viemos nos referindo é o aplicável, relembremos, os danos e prejuízos derivados de infrações do Direito da União tanto pela União como por seus Estados membros).

Questão distinta ainda que, não alheia à anterior, e que passamos a abordar, é a incidência que o *régime* europeu de responsabilidade tenha podido ter em nosso próprio regime à margem de imposições derivadas de nossa pertinência à União, i.e., no contexto dos danos e prejuízos que os poderes públicos espanhóis possam ocasionar aos particulares

34 Sobre a extensão ou não de tal doutrina ao âmbito da responsabilidade do Estado legislador, pode ver-se F. Bouhon, *Arrêt d'espèce ou arrêt de principe? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006*, Revue Belge de Droit Constitutionnel, 2007 (4), pp. 387 e ss.

35 Cfr. com respeito ao recente e esclarecedor trabalho de Edorta Cobreros, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia*, Iustel, 2015, pp. 205 e ss.

por ações ou omissões estranhas ao Direito da União; incidência que, já adiante, se tenha produzido em termos vinculados, não tanto com a natureza da infração que estaria na origem do dano (não há havido até o momento casos, salvo erro de minha parte, em que a qualificação de mencionada infração como “suficientemente caracterizada” seja exigida por nossos tribunais aos efeitos de admitir responsabilidades por ações ou omissões vinculadas estritamente ao Direito interno, ou o que é igual, à margem do Direito da União), como com o comportamento da vítima do dano.

É o momento, depois de trazer a coligação o *assunto Transportes Urbanos* no que, em resposta a uma questão prejudicial proposta pelo Tribunal Supremo, o Tribunal de Justiça, através da Sentença de 26 de janeiro de 2010, declarou contrária ao Direito da União a doutrina do próprio Tribunal Supremo que outorgava um trato menos favorável ao administrado em relação com as ações de responsabilidade por leis ante europeias, se comparado com o régime aplicável às ações de responsabilidade por leis inconstitucionais: “O Direito da União”, falhou, o Tribunal de Justiça, “se opor à aplicação de uma regra de um Estado membro em virtude da qual uma reclamação de responsabilidade patrimonial do Estado baseada em uma infração de mencionado Direito por uma lei nacional declarada mediante sentença do Tribunal de Justiça ditada com um acordo do artigo 226 CE [atual 258 TFUE] só pode estimar-se se o demandante tenha esgotado previamente todas as vias de recurso internas dirigidas a impugnar a validade do ato administrativo lesivo ditado sobre a base de mencionada lei, enquanto que tal regra não é de aplicação a uma reclamação de responsabilidade patrimonial do Estado fundamentada na infração da Constituição pela mesma lei declarada pelo órgão jurisdicional competente”.

Ainda sem aprofundar neste pronunciamento, muito comentado dentro e fora de nossas fronteiras, sem que interessa destacar como o principal argumento apresentado pelo Tribunal Supremo para inclinar-se pela não extensão do mais favorável régime processual de responsabilidade por leis inconstitucionais no terreno das leis “ante europeias”, ao saber da ausência de similitude entre ambos casos, foi rejeitado em Luxemburgo sobre a base de que a única diferença assinalável entre as reclamações baseadas em sendo regimes, consistente em que as infrações jurídicas em que se sustentariam teriam sido declaradas, em um caso, pelo Tribunal Constitucional, e no outro, por uma sentença do Tribunal de Justiça, não bastaria para estabelecer uma distinção de régime entre ambas reclamações à luz do princípio de equivalência. O qual não deixa ser um antecedente importante aos efeitos de analisar as bondades do raciocínio do mesmo Tribunal Supremo, já apontado, sobre a impossibilidade sequer de comparar o critério interno da “antijuricidade” com o europeu da “caracterização

suficiente” da infração.

Também cabe destacar, por outro lado, que uma vez recebida a resposta do Tribunal de Justiça, nosso Tribunal Supremo não estava inexoravelmente obrigado como, entretanto, faria em sua Sentença de 17 de setembro de 2010³⁶, a estender sua doutrina sobre as leis inconstitucionais ao contexto das leis anti europeias. E isso porque, como se advertiu em seu momento³⁷, bem teria podido optar por modificar sua própria doutrina sobre as ações de responsabilidade por leis inconstitucionais (o que não fez em sua Sentença de Pleno de 2 de junho de 2010³⁸) aos efeitos de condicionar seu exercício, e também o das ações de responsabilidade por leis ante europeias, para o prévio esgotamento dos recursos disponíveis diante dos atos de aplicação de umas e outras.

Tal operação, ainda que, resultando desfavorável para o administrado, não deixaria de respeitar tanto o princípio de equivalência³⁹ como parece, o de efetividade⁴⁰, seria finalmente praticada pela Lei 40/2015, ao dispor nos parágrafos 4 e 5 de seu artigo 32 que se a lesão é consequência da aplicação de uma lei declarada inconstitucional ou de norma declarada contrária ao Direito da União Europeia, procederá sua indenização quando o particular houver obtido, em qualquer instância, sentença firme de indeferimento de um recurso contra a atuação administrativa que ocasionou o dano, sempre que, *além disso*, se tenha alegado, respectivamente, a inconstitucionalidade ou a infração do Direito da União Europeia posteriormente declarada⁴¹.

36 153/2007.

37 Cfr. a contribuição de Carmen Plaza ao *Liber Amicorum T.R. Fernández* (Thomson Reuters Civitas, 2012, Volumem II, p. 3535), sob o título “*Un viaje de ida y vuelta en transportes urbanos: responsabilidad patrimonial del estado legislador y principio de equivalencia*” (Sobre a sentença do Tribunal de Justiça da UE de 10 de janeiro de 2010 e a sentença do Tribunal Supremo de 17 de setembro de 2010).

38 588/2008.

39 Ao estarem sometidas ambas ações de responsabilidade às mesmas regras processuais, e tendo em conta que, como assinalou o Tribunal de Justiça no mesmo *Transportes Urbanos* em relação com o alcance do princípio de equivalência finalmente invocado para sustentar a incompatibilidade da doutrina do Tribunal Supremo com o Direito da União que, “este princípio não pode interpretar-se com sentido de que obriga a um Estado membro a estender seu regime interno mais favorável a todas, os recursos interpostos em um âmbito determinado do Direito”.

40 Se bem, o Tribunal de Justiça considerou que uma vez declarada sobre a base do princípio de equivalência, a incompatibilidade da doutrina do Tribunal Supremo com o Direito da União, já não resultava necessário examinar a regra do esgotamento prévio das vias de recurso à luz do princípio de efetividade, sim que, pronunciou-se ao respeito o Advogado Geral do caso Poiares Maduro, sustentando que “a subordinação da admissibilidade da ação de responsabilidade do Estado por infração legislativa do Direito comunitário para o requisito de que a pessoa afetada haja atacado previamente o ato administrativo baseado em mencionada lei não é, em princípio, contrária ao princípio de efetividade, dado que através da impugnação em tempo oportuno da validade do ato lesivo, a vítima teria podido obter reparação pela totalidade do prejuízo invocado”.

41 Isto bem entendido, como tem advertido em diversas ocasiões o Tribunal de Justiça, de que “não se pode submeter a reparação do dano à exigência de que o Tribunal de Justiça haja

Dito isto, uma coisa é que a recente Lei do Setor Público pareça respeitar os referidos princípios de equivalência e efetividade⁴² (pelos demais exigíveis, com caráter geral, na ausência ou insuficiência do Direito da União, enquanto às regras orgânicas e procedimentais que tenha de presidir sua aplicação no âmbito interno), e outra distinta, assumir que o mesmo acontece com o princípio de aplicação do regime substantivo mais favorável (que, também parece e como vimos, há de presidir, especificamente, o controle pelo juiz nacional das regras substantivas, europeias e internas, de responsabilidade por infração do Direito da União).

Deste modo, e deixando de um lado o debate sobre se o regime espanhol de responsabilidade puramente *ad intra* (i.e., à margem do raio de ação do Direito da União) ou deixa de ser em excesso generoso para com os particulares⁴³, está por vir que mencionado regime não seja, como vem sustentando o Conselho de Estado, mais favorável que o europeu, quando menos diz respeito à atividade do legislador formal, em relação com a qual o Tribunal Supremo vem identificando a antijuricidade com a mera declaração de inconstitucionalidade⁴⁴, isto é, sem qualificação especial alguma a modo da “caracterização suficiente” exigida para a declaração de responsabilidade por leis ante europeias⁴⁵; e outro tanto, parece que caberia sustentar em relação com a ausência em nosso regime puramente interno da exigência, tal e como aparece enunciada no regime europeu, de que a infração se refira a uma norma que tenha “por objetivo conferir direitos aos particulares”.

Enquanto ao argumento da ausência de similitude entre as ações

declarado previamente a existência de um incumprimento do Direito comunitário imputável ao Estado” (por todas, Sentença de 24 de março de 2009, *assunto Danske Slagterier*).

42 Pelo que respeita à LOPJ e a responsabilidade do Estado-Juiz, cfr. a opinião crítica de Edorta Cordero em seu trabalho antes citado, pp. 183 e ss.

43 Cfr. por todas as críticas de Oriol Mir Puigpelat, “*La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2002”, e Eduardo García de Enterría, “*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson Civitas, 2007.”

44 Por mais que sua já mencionada Sentença plenária de 2 de junho de 2010, traz reafirmar -em um contexto de intenso debate interno- a doutrina -estabelecida desde o ano de 2000- segundo a qual “nos casos em que o título de imputação da responsabilidade patrimonial do Estado legislador o que é a posterior declaração de inconstitucionalidade da lei ou norma com força de lei cuja aplicação causou o prejuízo, deve impor-se como regra geral ou de princípio a afirmação ou reconhecimento da antijuricidade deste”, chegara a admitir que “circunstâncias singulares, de clara e relevante entidade, poderiam, como hipóteses não descartável, chegar a explicar e justificar uma afirmação contrária, que asseverara que o prejudicado tivesse o dever jurídico de suportar o dano”.

45 O uso que o Tribunal Supremo vem fazendo com a antijuricidade no âmbito regulamentar, por outro lado, sim resultaria mais próximo que o Tribunal de Justiça faria da natureza “suficientemente caracterizada” da infração, com o conceito da “margem de apreciação” como protagonista em ambos casos (pelo que ao Tribunal de Justiça se refere, permitisse-me remitir a mim “*Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, p. 359-362”; e enquanto ao Tribunal Supremo, cfr. Germán Fernández Farreres, “*La responsabilidad de la Administración Pública y de otros poderes públicos en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Sergio Arboleda, 2015, pp. 44-46”).

de responsabilidade para proceder a sua comparação e, a partir da mesma, à eleição em seu caso do regime substantivo ou material mais favorável para o administrado, o Tribunal Supremo, ainda manifestando certas dúvidas ao respeito, insistiria em sua Sentença de 22 de setembro de 2014⁴⁶, em diferenciar vias de reclamações de responsabilidade, por leis inconstitucionais e por leis anti europeias, aos efeitos de eludir o deslocamento da “violação suficientemente caracterizada”; e o faria em uns termos realmente surpreendentes, à luz do pronunciamento do Tribunal de Justiça em *Transportes Urbanos*: “Retomada a deliberação e atendidas as alegações das partes e do Ministério Fiscal”, declarou o Tribunal Supremo, “está sala chegou ao convencimento de que não existe realmente similitude entre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Tribunal Constitucional e a estimação de um recurso por incumprimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. E ao não existir verdadeira similitude entre ambos casos, é claro que o princípio de equivalência e efetividade sobre cujo alcance foram ouvidas as partes e o Ministério Fiscal, a efeitos de uma possível explicação de questões prejudicial- não resulta de aplicação”. Tal declaração, como dizíamos, não deixa de surpreender à luz de *Transportes Urbanos*, onde, relembremos que o Tribunal de Justiça, traz constatar que “a única diferença existente entre as duas reclamações mencionadas [baseadas na infração do Direito da União e na infração da Constituição] consiste em que as infrações jurídicas nas que se baseiam hajam sido declaradas, em um caso, pelo Tribunal de Justiça através de uma sentença ditada com um acordo no artigo 226 CE e, em outro, por uma sentença do Tribunal Constitucional”, alegou que “esta única circunstância, a falta de qualquer menção no despacho de remissão de outros elementos que permitam declarar a existência de outras diferenças entre a reclamação de responsabilidade patrimonial do Estado por infração do Direito da União e aquela que poderia interpor-se sobre a base de uma infração da Constituição declarada pelo Tribunal Constitucional, não basta para estabelecer uma distinção entre ambas reclamações à luz do princípio de equivalência”.

Assim as coisas, e mais além do que a diferente natureza das ações de responsabilidade poderia talvez chegar a sustentar-se em outros critérios, o correto é que nem a Lei 40/2015 tem fechado o debate em torno ao possível deslocamento do regime europeu de responsabilidade pelo que, – supostamente – mais favorável interno⁴⁷, nem se tem explorado todas as virtualidades que em nosso ordenamento jurídico poderia chegar a desdobrar mencionado regime em termos de *ius*

46 390/2012.

47 Em conta de tal suposição, por exemplo, pronuncia-se em um recente e interessante trabalho de Alicia González Alonso: cfr. “*La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 2016 (106)”.

commune, como, por exemplo, no terreno das omissões normativas geradoras de danos e prejuízos (omissões que, convém não esquecer, estão na origem da mesma proclamação da responsabilidade dos Estados membros por infração do Direito comunitário em *Francovich e.a.*⁴⁸, e cujas consequências em nosso ordenamento à margem do raio de ação da União estão ainda por perfilar⁴⁹).

Para outro momento ficam, entretanto, subsequentes reflexões ao respeito, aproveitando a enriquecedora livre circulação de ideias e técnicas jurídicas que, junto à livre circulação de mercadorias, serviços, capital e trabalho –essência do mercado interior–, nos contribuiu há trinta anos nossa entrada à, - na época-, União Europeia⁵⁰, e sobre a que, em última instância, deve seguir assentando-se a percepção de uma consciência europeia, imprescindível para avançar, como já previa o Tratado da Comunidade em 1957 na primeira frase de seu Preâmbulo, há “uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”.

RESUMO BIOGRAFICO

Ricardo Alonso García es Decano da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Número Acadêmico da Real Academia de Jurisprudência e Legislação. Professor da Cátedra Jean Monnet. Especialista em Direito da União Europeia e em sistemas de integração regional Ibero-americanos.

48 Ao que diz respeito, relembremos, às consequências da falta de transposição por parte da Itália de uma Diretiva relativa à proteção dos trabalhadores assalariados, em caso de insolvência do empresário.

49 Em relação com as omissões legislativas, pode ver-se a contribuição do Tribunal Constitucional espanhol, sob o título “*Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*” (com Juan Luis Requejo como Poente), na XIV Conferência de Tribunais Constitucionais Europeus celebrada em Vilna, 2-6 de junho de 2008. Enquanto as omissões regulamentárias, cfr.p.e. la STS, e a doutrina nela recolhida, de 15 de dezembro de 2015 (514/2013).

50 Cfr. Eduardo García de Enterría. “*Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con carácter general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario*”. Revista de Instituciones Europeas, 1994 (3), p. 743..

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS ADMINISTRAÇÕES NACIONAIS PELO DESCUMPRIMENTO DO DIREITO DA INTEGRAÇÃO

*Carlos Francisco Molina del Pozo**

Resumen: *El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones nacionales por eventuales violaciones del Derecho comunitario, de creación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, supone la obligación de indemnizar, por parte del Estado infractor en cuestión, a aquellos particulares a los que se les haya causado un perjuicio por un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. La construcción del principio ha ido evolucionando en el seno de la propia jurisprudencia del Tribunal que, dando solución a litigios presentados ante su jurisdicción, ha perfilado y completado el contenido del mencionado principio, quedando sentado el criterio según el cual el Estado que infrinja las normas comunitarias queda sometido a la reparación del daño si se cumplen los requisitos y demás extremos exigidos para ello. Con este trabajo se pretende realizar el análisis de algunas de las sentencias que más han influido en el desarrollo del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, con el objetivo de ofrecer una visión general de las características del mismo y de la influencia que en éste ha tenido el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, de cara no solo a la interacción Unión Europea- Estado miembro, sino también Estado miembro-ciudadano.*

Resumo: *O princípio da responsabilidade patrimonial das administrações nacionais por eventuais violações do direito comunitário, criado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, implica a obrigação de compensar, por parte do Estado infractor em questão, para aqueles particulares que foram prejudicados por uma violação do direito da União Europeia. A construção do princípio evoluiu dentro da jurisprudência do Tribunal,*

* Universidad de Alcalá de Henares, España.

E-mail: carlosf.molina@uah.es

Recibido: 06/05/2018. Aceptado: 04/07/2018.

El Autor expresa su agradecimiento a Laura González Crespo, colaboradora de la Cátedra Jean Monnet en la UAH, por su apoyo en la preparación del presente trabajo.

fornecendo soluções para os litígios submetidos à sua jurisdição, delineou e completou o conteúdo desse princípio, estabelecendo o critério segundo o qual o Estado que infringe as regras comunitárias fica sujeito a uma indemnização por danos, se os requisitos e outros detalhes exigidos para ele. Este trabalho tem como objetivo analisar alguns das sentenças que mais influenciaram no desenvolvimento do princípio da responsabilidade patrimonial do Estado, com o objetivo de oferecer uma visão geral de suas características e da influência que tem sobre ele o princípio da primazia do direito da União Europeia, de cara não só à interação União Europeia –Estado Membro, mas também o Estado-Membro-cidadão.

Palabras clave: Tribunal de Justicia, Unión Europea, Principio de responsabilidad patrimonial, Vulneración del Derecho comunitario, Principio de primacía, Efecto directo

Palavras-chave: Tribunal de Justiça, União Europeia, Princípio da responsabilidade financeira, Infracção ao direito comunitário, Princípio do primado, Efeito directo

La construcción de una Europa integrada tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial encuentra sus cimientos en ideas de carácter agregativo o constitutivo como las contenidas en la llamada Declaración Schuman¹ o en el ideario de personalidades influyentes en el panorama internacional como Jean Monnet. Desde entonces, mucho se ha avanzado en materia de integración en las Comunidades Europeas primero y en la Unión Europea después. Esta integración ha ido evolucionando conforme se daban las circunstancias para ello, de modo que, de la Europa cuya base de integración la constituye la economía, se ha avanzado enormemente hasta el punto de convertirse en una organización supranacional que ha conseguido sustanciales avances en materias tan importantes como los derechos de los particulares. Dentro de este contexto, puede decirse que, los Estados miembros han cedido competencias soberanas a la Unión en un intento por conseguir una mayor integración y se han sometido a la jurisdicción del hoy llamado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

El TJUE, y su predecesor el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como máximo órgano interpretador de los Tratados que se han ido sucediendo dentro del marco comunitario, así como del resto de instrumentos jurídicos utilizados por la Unión en aras a la consecución de un cada vez mayor grado de integración, ha ido perfilando a través

¹ Pronunciado por el ministro francés Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, con la propuesta de someter el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero a una Alta Autoridad común para poner fin a la rivalidad entre ambos países existente en aquel momento. Actualmente, cada 9 de mayo se celebra en los países miembros de la Unión Europea el Día de Europa.

de sus sentencias y demás resoluciones, así como con el transcurrir de los años, algunos de los principios, reglas y otras variadas cuestiones que los Estados deben tener en cuenta a la hora de legislar y relacionarse entre ellos y con sus nacionales. Todo cuanto expresamos ha sido posible, en gran medida, gracias a la utilización del mecanismo de las denominadas cuestiones prejudiciales, cuya actual regulación la encontramos en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las cuestiones prejudiciales otorgan la facultad a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de consultar al TJUE sobre la validez o la interpretación del Derecho comunitario, erigiéndose como un instrumento jurídico que permite la uniformidad en su aplicación. Supone la suspensión del litigio principal mientras el TJUE no se pronuncie sobre los aspectos controvertidos preguntados por el Tribunal que esté conociendo del procedimiento principal.

Uno de los más relevantes principios surgidos de este mecanismo lo constituye el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Este principio tiene sus orígenes en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, caso *Francovich y Bonifaci c. República Italiana*², resultado de cuestiones prejudiciales planteadas como consecuencia de dos procesos judiciales que se estaban desarrollando en Italia y en los que surgieron dudas a los órganos jurisdiccionales de dicho país respecto a asuntos relacionados con la normativa europea. Concretamente, las dudas se relacionaban con la interpretación del párrafo tercero del art. 189 TCEE y de la Directiva 80/987/CEE³ del Consejo, de 20 de octubre de 1980. Esta última tenía como finalidad garantizar un mínimo comunitario de protección a los trabajadores por cuenta ajena, en caso de insolvencia del empresario, con la previsión específica para el pago de sus créditos no satisfechos, referentes a la retribución correspondiente.

Los dos procesos que originan las cuestiones prejudiciales que, a su vez, dan lugar a la sentencia son los siguientes. En primer término, respecto a uno de esos procesos, los hechos que lo originan se relacionan con el impago por parte de la empresa *CDN Electronica snc* del salario al señor Francovich, no recibiendo este más que anticipos de dicha empresa. Ello da lugar a una demanda interpuesta por el señor Francovich ante la Pretura de Vicenza que finaliza con la condena a la empresa al pago de cerca de seis millones de LIT. Posteriormente, en la fase de ejecución de la sentencia, se extiende una diligencia negativa de

² Asuntos acumulados C- 6/90 y C- 9/90.

³ Una Directiva es un instrumento jurídico de armonización de legislaciones nacionales, regulado en el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que supone la vinculación de su contenido para los Estados miembros respecto del resultado a alcanzar, pero dejándoles libertad para elegir la forma y los medios que consideren más idóneos para ello. Requiere de una norma de transposición al ordenamiento nacional correspondiente para que pueda surtir efectos jurídicos a escala nacional de cada Estado miembro.

embargo, lo cual provocó que el señor Francovich invocase el derecho a obtener del Estado italiano las garantías que se habían previsto por la Directiva 80/987/CEE o bien, subsidiariamente, una indemnización.

El segundo procedimiento se refiere a la demanda interpuesta ante la Pretura de Bassano del Grappa por la señora Danila Bonifaci y otras trabajadoras por cuenta ajena, quienes eran acreedoras de una suma de más de 253 millones de LIT respecto a la empresa *Gaia Confezioni srl*, que había sido declarada en quiebra. Ese crédito no les había sido satisfecho pasados cinco años desde la declaración de la quiebra y sus oportunidades de cobrarlo parecían escasas, todo lo cual motivó la demanda de aquéllas contra la República Italiana solicitando, con base en la Directiva 80/987/CEE, la condena de esta última al pago de los créditos por atraso de salarios de, al menos, las últimas tres mensualidades o bien al pago de una indemnización.

Adentrándonos en el contenido de la sentencia, un primer aspecto a analizar, por su grado de importancia, es el relativo al posible efecto directo de la Directiva, lo cual llevaría aparejado el reconocimiento a los particulares de un Estado miembro que se vean afectados por la falta de ejecución de una Directiva, del derecho a exigir su cumplimiento invocando directamente la normativa comunitaria, así como el derecho a reclamar una indemnización con base en lo anterior. En este sentido, cuando el contenido de la Directiva pueda ser calificado de incondicional y suficientemente preciso, el TJUE ya había entendido en la sentencia de 19 de enero de 1982, caso *Becker*⁴, que ese contenido puede invocarse contra cualquier disposición nacional que sea contraria a aquel y que, si definen derechos de los particulares, estos podrían invocar la Directiva frente al Estado. En este punto, por tanto, se hace necesario analizar cuándo ese contenido se considera incondicional y suficientemente preciso, para lo cual se requiere el análisis de tres aspectos referidos a la determinación de los beneficiarios de la garantía que previene el propio texto normativo, el contenido de aquella y la determinación de quién es el obligado a prestar la garantía. De ellos, el TJUE extrae finalmente la conclusión de que el contenido de la Directiva no es lo suficientemente preciso respecto al último aspecto, lo que le lleva ineludiblemente a concluir que no existe el efecto directo mencionado, lo que supone que los particulares no pueden invocar el contenido de la Directiva ante sus órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el TJUE expone que el incumplimiento de la República italiana respecto a la transposición de la Directiva, origina una desprotección de los particulares por la inaplicación efectiva de los derechos que les corresponden en virtud de la normativa europea. En este punto, se entiende que se deriva del sistema general del Tratado y de los principios que lo componen, el principio que con el presente

⁴ Asunto C88/81.

trabajo se pretende analizar, a entender, el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. La derivación de este principio del sistema general del Tratado la extrae de la propia naturaleza del Ordenamiento jurídico comunitario, en cuanto que su reconocimiento supondría cuestionar la eficacia de éste y de la protección de los derechos que aquél reconoce.

En este mismo sentido, el Tribunal llega a establecer hasta tres requisitos que permiten el reconocimiento de dicho principio, a entender, el resultado previsto por la norma en cuestión, el cual debe suponer la atribución de derechos a favor de particulares, lo cual está íntimamente vinculado con el efecto directo del que hablábamos con anterioridad; el contenido de los derechos reconocidos debe ser identificado con base en las disposiciones de la norma en cuestión; y, en último lugar, se erige como necesaria la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación por el Estado y el daño sufrido por los particulares.

Estos mismos requisitos volverán a nombrarse y a ser identificados, así como a analizarse en sentencias posteriores que terminarán ampliando o confirmando su contenido. De esta forma, en la sentencia de 5 de marzo de 1996, caso *Brassiere du Pecheur y Factortame Ltd.*⁵, se confirman el primer y tercer requisito, pero del segundo se hace una matización de gran relevancia al entender el TJUE que la violación debe ser lo suficientemente caracterizada para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado. En el mismo orden de ideas, el criterio para determinar esa violación suficientemente caracterizada se refiere a la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación por un Estado miembro o Institución comunitaria. Para ello, se deben tener en cuenta aspectos como el grado de claridad y precisión de la norma que se ha vulnerado, la amplitud para la apreciación permitida por la norma, la intencionalidad de la infracción cometida, la inexcusabilidad de un eventual error de Derecho o la adopción o mantenimiento de medidas o prácticas de los Estados miembros que sean contrarias al Derecho comunitario⁶.

Adicionalmente, el TJUE deja de manifiesto la ya clara tendencia a salvaguardar los derechos de los ciudadanos derivados del Derecho comunitario, y sienta el criterio según el cual, la posibilidad de exigir responsabilidad se puede ejercitar con independencia de quién sea el responsable de la vulneración, es decir, se aplica el principio de responsabilidad con independencia de cuál sea el órgano del Estado responsable. Además, se entiende que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados

⁵ Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

⁶ CALVO VERGEZ, J. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Ordenamiento comunitario*, Thomsom Reuters Aranzadi, 1ª edición, 2014, pp. 22 y siguientes.

miembros proporcionar la protección jurídica a los particulares que se deriva del efecto directo de las normas comunitarias, siendo la consecuencia de su concurrencia el derecho a la reparación.

En último término, el TJUE se pronuncia respecto a la determinación del tipo de perjuicio que se ha de indemnizar y al alcance del mismo, así como sobre la cuantía material de la reparación y los conceptos que en ella se deben incluir⁷. Respecto a la primera cuestión, se entiende que la determinación del tipo de perjuicio indemnizatorio se debe realizar por los Tribunales de cada Estado miembro de acuerdo con sus leyes internas, debiendo existir una equiparación respecto a las reclamaciones que se susciten en el Derecho interno y debiendo incluir el lucro cesante, así como el daño emergente que haya supuesto el perjuicio. Además, los Tribunales internos del Estado miembro deberán tener en cuenta el principio de seguridad jurídica a la hora de determinar los efectos de la sentencia en el tiempo. Por otra parte, se hace mención a que la reparación debe ser adecuada y proporcional al perjuicio sufrido, lo cual entiende el Tribunal como una garantía de los derechos de los particulares.

La continuidad en la profundización por el TJUE del principio de responsabilidad patrimonial lleva a tener en cuenta la sentencia de 26 de marzo de 1996, caso *British Telecom*⁸, en la que, una vez más, el Tribunal confirma los requisitos para la apreciación de tal responsabilidad. En la sentencia, el TJUE afirma que el principio de responsabilidad patrimonial es aplicable a cualquier violación del Derecho comunitario por un Estado miembro y deja sentado que, en caso de disponer de todos los elementos necesarios para poder determinar si los hechos pueden o no calificarse de violación suficientemente caracterizada, puede el propio TJUE disponerse a tal apreciación, lo que en principio se entendía correspondía a los órganos jurisdiccionales.

En otro orden de cosas, uno de los aspectos más analizados respecto al principio de responsabilidad patrimonial se refiere a su relación con el llamado efecto directo de las normas comunitarias. Asentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁹, supone la posibilidad de invocación directa por los particulares de una norma comunitaria ante los órganos jurisdiccionales nacionales, no siendo necesario, en consecuencia, que el Estado miembro haya reconocido en su Ordenamiento la norma en cuestión para que pueda ser invocada por el particular.

Pues bien, este efecto directo que se intuye de la sentencia Francovich se pudiera reconocer a los particulares cuando el

⁷ MOLINA DEL POZO, C. F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Vol. II, Editorial Juruá, 2015, p. 254-256.

⁸ Asunto C-392/93.

⁹ Reconocimiento en la sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62.

contenido de una Directiva no transpuesta por el Estado miembro sea suficientemente precisa e incondicional, generando la responsabilidad del Estado miembro en cuestión. Igualmente lo genera en el caso de tratarse de responsabilidad por incumplimiento de normas que sí se encuentran dotadas de ese efecto directo. En este punto tendríamos, entonces, dos criterios que permitirían suplir las carencias del efecto directo, a saber, la doctrina de la interpretación conforme a la finalidad de la norma europea y la posibilidad de alegación a la que se refiere la sentencia Francovich¹⁰.

Ahora bien, es necesaria la mención al criterio jurisprudencial recogido en la sentencia de 14 de julio de 1994, caso *Faccini Dori*¹¹ que viene a aportar una interpretación sustancialmente distinta del efecto directo y que continúa siendo tenida en cuenta en los litigios en los que se discute la responsabilidad de un Estado miembro por incumplimiento del Derecho de la Unión. Este criterio supone que los particulares no podrán entender dimanante de una Directiva comunitaria un derecho de renuncia frente a otros particulares con los que haya celebrado un contrato y, en consecuencia, tampoco podrán invocar dicho derecho ante los Tribunales nacionales de un Estado miembro cuando la norma comunitaria aún no ha sido incorporada al Ordenamiento de aquel.

De todo ello se deduce que, aunque el efecto directo permite al particular, en principio, invocar una Directiva europea cuando aún no ha sido transpuesta, esta facultad no se hace extensible a las relaciones jurídicas entre particulares. Ello, incluso, podría suponer a las partes en dicha relación una inseguridad jurídica en cuanto a que no tienen el deber de conocer cada norma europea, sobre todo, si se trata de una norma que necesita de la actuación activa del Estado miembro para su aplicación.

Por otra parte y en referencia al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, caso *Gerhard Köbler / Republik Österreich*¹², el TJUE entiende como obligación de los Estados miembros la reparación de daños a particulares por violación del Derecho comunitario por parte de órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia, cuando se haya infringido de forma manifiesta el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del propio TJUE. En este punto, se ha de entender como infracción manifiesta si el Tribunal se hubiese pronunciado sobre la cuestión con anterioridad al caso del que está conociendo y respecto de un supuesto similar y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuestión no hubiesen tenido en cuenta dicho criterio.

Otra oportunidad en la que el TJUE se pronunció en relación con el principio de responsabilidad del Estado tuvo lugar con la sentencia de 24

10 MOLINA DEL POZO, C. F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*. Op. cit, p. 256.

11 Asunto C-91/92.

12 Asunto C-224/01.

de marzo de 2009, caso *Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland*¹³, En esta ocasión, el Tribunal reconoce la posibilidad de invocación del Derecho a la libre circulación de mercancías por los particulares para exigir la responsabilidad del Estado por adaptación incorrecta de la normativa comunitaria en la materia, concretamente de tres directivas. Además, refiere el TJUE que el inicio de un procedimiento por incumplimiento al Estado miembro por parte de la Comisión, no supone que el plazo de prescripción del derecho a reclamar responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario previsto por la normativa europea se interrumpa o suspenda.

Asimismo, entiende no contrario al Derecho de la Unión que el plazo de prescripción de una acción de responsabilidad del Estado se inicie desde la producción de las primeras consecuencias perniciosas o dañinas y puedan preverse otras consecuencias perjudiciales, incluso anteriores a la adaptación correcta de la norma comunitaria en cuestión. Tampoco considera contrario al Derecho de la Unión la aplicación de una norma nacional que establezca que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial sea razonablemente exigible al perjudicado.

Finalmente, entre la copiosa jurisprudencia que aborda la materia, en mayor o menor medida, es menester hacer mención a la sentencia de 27 de febrero de 2014, caso *Transportes Jordi Besora, S.L. vs. Generalitat de Catalunya*¹⁴, en cuanto a la aportación que suponen los argumentos del Tribunal en lo que se refiere al principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la integración. En esta ocasión, el litigio se plantea en relación con la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

El instrumento jurídico que permite el pronunciamiento del TJUE sería el mismo utilizado en el resto de sentencias analizadas, la llamada cuestión prejudicial, planteada en este caso por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y cuyo tema hacía referencia a si la Directiva mencionada debía ser interpretada de manera que se entienda su contenido como opuesto a una norma nacional que establece un impuesto sobre la venta minorista de hidrocarburos, el llamado Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, que permitía a la Generalitat de Catalunya obtener financiación para ejercitar alguna de las competencias cedidas por el Estado español.

En esta ocasión, el TJUE falla en el sentido de entender dicho impuesto como ilegal por vulnerar el contenido de la Directiva. El motivo que permite tal conclusión viene referido al hecho de que el

13 Asunto C-445/06.

14 Asunto C-82/12.

Tribunal no considera que el impuesto persiga una finalidad específica de acuerdo con la Directiva, debido a que no tiene por sí mismo el objeto de garantizar la protección de la salud y el medioambiente, lo que sí era objetivo de aquella, sino la financiación del ejercicio de las competencias de la Generalitat en lo referente a salud y medioambiente, lo cual constituyen dos cuestiones distintas.

Por otra parte, y en relación con la novedad que se aporta al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, el Tribunal sostiene que la interpretación de las normas que ellos mismos realizan puede ser aplicable a relaciones jurídicas, incluso, anteriores al pronunciamiento del TJUE sobre las mencionadas cuestiones. Aun así, se determina que, con carácter excepcional, puede el Tribunal limitar la posibilidad de que los interesados invoquen dicha interpretación cuando concurren dos requisitos, a saber, la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves.

En relación con la concurrencia de buena fe de los interesados, el Tribunal concluye que no concurre, ni por parte del Estado español ni tampoco de la Generalitat, debido al mantenimiento del impuesto por más de diez años, siendo que ya la Comisión había advertido la contrariedad a Derecho del mismo. Al concurrir este requisito, no es necesario el análisis del segundo. Además, las consecuencias financieras para el Estado miembro infractor de una sentencia del TJUE no justifican la limitación en el tiempo de sus efectos pues, según que consideraciones se tengan en cuenta, ello podría suponer *un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional conferida a los particulares*.

Todo lo anterior viene a suponer que, finalmente, no se limiten los efectos en el tiempo de la sentencia por concurrencia de mala fe y se reconozca el derecho de todos los afectados a recuperar los ingresos obtenidos indebidamente por la Administración, así como a reclamar los daños ocasionados, los cuales serán, lógicamente, responsabilidad de la Administración nacional por incumplir, a sabiendas, el Derecho comunitario.

Completan el contenido del principio objeto de análisis, por lo pronto, los principios de equivalencia y efectividad que se erigen como garantes de la protección de los derechos otorgados por el Derecho de la Unión a los particulares¹⁵. El principio de efectividad supone que las normas procesales nacionales deben garantizar esa protección efectiva de derechos conferidos por el Derecho de la integración, mientras que el principio de equivalencia se refiere al tratamiento de los recursos basados en los derechos mencionados, debiendo ser este, al menos, tan favorable como el profesado a un recurso similar con base en el Derecho interno de algún Estado miembro.

15 CÓRDOBA CASTROVERDE, D. "La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas". En QUINTANA CARRETERO, J. P. (Ed.). En *Seminario de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, España, 11 de marzo de 2010. Disponible en: <<http://www.icab.cat/files/242-212698-DOCUMENTO/seminario%20sobre%20responsabilidad%20patrimonial%20en%20el%20ambito%20de%20las%20Administraciones%20P%C3%ABlicas.pdf>>

CONCLUSIONES

En definitiva, el principio de responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de diseño y creación por parte del TJUE, supone la obligación del Estado miembro de que se trate a indemnizar a los particulares a los que les haya causado un perjuicio, como consecuencia de un incumplimiento por su parte del Derecho comunitario. Para ello, podemos afirmar que, es necesario que la norma comunitaria vulnerada atribuya derechos a favor de los particulares, que exista una relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño causado, y que la violación sea lo suficientemente caracterizada para generar tal responsabilidad.

El nacimiento y configuración del principio que constituye el objeto principal de nuestro estudio, consideramos que pone de manifiesto la preocupación, cada vez más acuciante, de la Unión Europea respecto a la protección de los particulares y de sus derechos, lo cual resulta erigirse, en nuestra opinión, como uno de los motivos principales para la elaboración del principio, cumpliendo el TJUE su misión de garantizar la aplicación contundente, es decir, sin fisuras y homogénea del Derecho comunitario, así como de todo el conjunto de los principios que lo constituyen y fundamentan.. Ello va encaminado y se orienta, una vez más, al gran objetivo de conseguir una integración europea más completa, en la que el ciudadano ocupe un lugar activo, central y diferenciador en el contexto del proceso en desarrollo.

Por otra parte, como ya ha quedado reseñado anteriormente en el presente trabajo, puede mantenerse que, se añaden e informan al principio de responsabilidad patrimonial otros conceptos de amplio bagaje y significado, como son los principios de equivalencia y efectividad, que vienen a completar, procurando hacer aún más entendible, el significado del reiterado principio de responsabilidad. Ambos deberán ser interpretados conjuntamente y tomando en consideración el principio de primacía del Derecho de la Unión que deben observar todos los Estados miembros, consagrado en la sentencia de 15 de julio de 1964, caso *Costa vs. Enel*¹⁶, según el cual el Derecho comunitario se integra en los Ordenamientos jurídicos internos, de modo que estos deberán respetarlo y, de encontrarse una norma jurídica interna contraria a aquél, las autoridades nacionales tendrán el deber de inaplicarla en favor de la norma comunitaria¹⁷. A lo anterior, se hace necesario añadir la mención al principio de transparencia¹⁸, cuya

16 Asunto C-6/64.

17 MOLINA DEL POZO, C. F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Vol. I, Editorial Juruá, 2015.

18 Preceptuado en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, promulgada en Niza en el año 2000, en sus artículos 41 y 42. Asimismo, se introduce en la normativa española, en el ámbito administrativo en el artículo 129.5 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre*,

aplicación conlleva la obligación de motivar decisiones por los órganos del Estado y de acceso a la documentación, tanto de instituciones europeas como estatales. Conjugando su contenido con el principio de responsabilidad patrimonial, el TJUE en resoluciones tales como, la sentencia de 14 de noviembre de 2013, caso *Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan) y Otros*¹⁹, establece que los particulares pueden alegar la vulneración de tal principio si se ha incumplido la obligación de transparencia por parte del Estado miembro.

Paralelamente, cabe afirmar que, el reconocimiento del principio de responsabilidad patrimonial, con independencia del órgano del Estado miembro a quien sea imputable la infracción, hace nacer una responsabilidad que puede emanar no solo de uno, sino de los tres poderes que conforman el Estado, lo cual, en principio, debería suponer igualdad en relación con el sometimiento de aquéllos al Derecho de la Unión y una homogeneización de tratamiento dado por las distintas Administraciones Públicas a las disposiciones comunitarias. Todo ello conlleva una mayor garantía de respeto al Derecho comunitario y de seguridad jurídica para los particulares. Ahora bien, en relación con el Estado-legislador, es un principio que puede suponer la interferencia del particular en la labor legislativa, razón por la cual se entiende su alcance un poco más restringido.

En relación con el efecto directo, la sentencia de 14 de julio de 1994, mencionada anteriormente, parece limitar la aplicación del efecto directo cuando se trata de relaciones entre particulares, lo cual no parece deducirse de sentencias como la *Francovich*. Es decir, si en esta se viene a determinar que el efecto directo de una Directiva dependerá de lo incondicional y suficientemente preciso que sea su contenido y, nada se dice respecto a quienes deben ser los sujetos a los cuales afecta, la sentencia de 1994 parece poner de relieve que, solo será aplicable en aquellos supuestos en los que se refiera a una relación Administración – particular. Como se ha expuesto, este parece ser el criterio asentado al respecto por el TJUE, quizás, en favor de una mayor seguridad jurídica a los particulares, admitiéndose, por tanto, el llamado efecto directo vertical (Administración-particular) pero no el efecto directo horizontal (particular-particular).

Hemos de manifestar que, simplemente a modo de ejemplo, la repercusión que ha tenido en la legislación española el principio de responsabilidad patrimonial del Estado ha llevado a su inclusión en las leyes, fenómeno éste bastante reciente en España. En primer

de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y, también, en el artículo 7 de la *Ley 19/2001, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.

¹⁹ Asunto C-221/12.

lugar, desde su redacción, el art. 106.2 de la Constitución española prescribe el derecho de los particulares a ser indemnizados cuando sufran una lesión debida al funcionamiento de los servicios públicos, siempre que no se deba a fuerza mayor y así lo establezca la ley. Teniendo en cuenta lo anterior, la reforma de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, que ofreció como resultado la actual vigencia de las *Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y *40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, vinieron a suponer el reconocimiento expreso del principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando la lesión se deba a la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión, con la *condición sine qua non* de haber obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa en cuestión y siempre que se hubiese alegado la infracción del Derecho comunitario, concurriendo los requisitos asentados por el TJUE. Este requisito nos lleva a considerar que, el legislador ha pretendido limitar la invocación por los particulares de tal Derecho cuando se trate de vulneraciones del Estado- legislador. Todo ello, muy a pesar de los principios de efectividad y equivalencia, a los que ya hemos hecho mención con anterioridad, y al propio criterio del TJUE, contrario a la exigencia de requisito alguno, de acuerdo con la sentencia de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado*^{20 21}.

En definitiva, aunque probablemente, pueda decirse que, mucho camino aún le resta a la configuración formal y última del principio de responsabilidad patrimonial²² al que nos venimos refiriendo, lo cierto es que, parece suponer la producción de un avance progresivo de cara al reconocimiento de derechos a los particulares, acercando a éstos al Ordenamiento jurídico comunitario, debiendo asumirse por los Estados miembros como propios los derechos y disposiciones que emanan del

20 Asunto C-118/08.

21 CAÑAS PALACIOS, A. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración de Derecho de la Unión Europea: sentencia del TJUE, de 27 de febrero de 2014* (Trabajo de Fin de Estudios). Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Navarra, España. Enero de 2017.

22 Sobre el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones nacionales por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, vid. las sentencias siguientes del TJUE: de 2 de mayo de 1996, asunto *Denkavit Internationaal BV/Vitic Amsterdam BV/Voormeer BV contra Bundesamt für Finanzen* (asuntos acumulados C-283/94, C- 291/94 y C- 292/94); de 23 de febrero de 1999, asunto *Klaus Konle contra Republik Österreich* (asunto C- 302/97); de 6 de abril de 2006, asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue* (asunto C- 446/04); de 12 de enero de 2012, asunto *Littlewoods Retail Ltd y otros contra Her Majesty's Commissioners for Revenue and Customs* (asunto C-591/10); de 15 de octubre de 2014, asunto *Ilie Nicolae Nicula contra Administrația Finanțelor Publice a Municipiului Sibiu y Otro* (asunto C-331/13); de 6 de octubre de 2015, asunto *Dragoș Constantin Târșia contra Statul român y Serviciul public comunitar regim permise de conducere* (asunto C-69/14).

acervo comunitario. Además, se puede concebir como una vía que obliga a las autoridades nacionales a adaptar las normas internas al Derecho de la Unión y a estar más pendientes de su aplicación. Finalmente, fijar el hecho por el que, consideramos que contribuye a la integración y la armonización del Derecho comunitario en los Ordenamientos jurídicos internos, suponiendo la plena vigencia en la aplicación del principio de primacía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALVO VERGEZ, J. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Ordenamiento comunitario*. Sl: Thomsom Reuters Aranzadi, 2014.

CAÑAS PALACIOS, A. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración de Derecho de la Unión Europea: sentencia del TJUE, de 27 de febrero de 2014* (Trabajo de Fin de Estudios). Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Navarra, España, 2017.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D. “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”. En QUINTANA CARRETERO, J. P. (Ed.). *En Seminario de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, España, 11 de marzo de 2010.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Procedimiento y Recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. Madrid: EDERSA, 1987.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho Comunitario*. Barcelona: Editorial Cálamo, 2004.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed. Madrid: Difusa, 2002.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed. Madrid: Editorial Reus, 2015.

MOLINA DEL POZO, C. F. *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Vol. I y II, Lisboa-Curitiba: Editorial Juruá, 2015.

STJUE de 14 de julio de 1994, caso *Faccini Dori*, asunto C-91/92.

STJUE de 14 de noviembre de 2013, caso *Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan) y Otros*, asunto C-221/12.

STJUE de 15 de julio de 1964, caso *Costa vs. Enel*, asunto C-6/64.

STJUE de 19 de enero de 1982, caso *Becker*, asunto C88/81.

STJUE de 19 de noviembre de 1991, caso *Francovich y Bonifaci c. República Italiana*, asuntos acumulados C- 6/90 y C- 9/90.

STJUE de 24 de marzo de 2009, caso *Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-445/06.

STJUE de 26 de enero de 2010, caso *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado*, asunto C-118/08.

STJUE de 26 de marzo de 1996, caso *British Telecom*, asunto C-392/93.

STJUE de 27 de febrero de 2014, caso *Transportes Jordi Besora, S.L. vs. Generalitat de Catalunya*, asunto C-82/12.

STJUE de 30 de septiembre de 2003, caso *Gerhard Köbler / Republik Österreich*, asunto C-224/01.

STJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brassiere du Pecheur y Factortame Ltd.*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Carlos Francisco Molina del Pozo es Catedrático de Derecho Administrativo y Catedrático Jean Monnet “Ad Personam” de Derecho Comunitario. Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI), Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España.

DE LA PROTECCIÓN A LA FACILITACIÓN DE INVERSIONES: ANÁLISIS PARTICULAR DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR DA PROTEÇÃO A FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS: UMA ANÁLISE PARTICULAR DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO MERCOSUL

*Magdalena Bas Vilizzio**

Resumen: *Partiendo del arbitraje inversor-Estado como expresión del Derecho Administrativo global, en primer lugar, este trabajo analiza la evolución de la protección de inversiones en los miembros fundadores del MERCOSUR, particularmente la solución de controversias. En segundo lugar, examina cómo se ha manifestado dicha evolución en el acervo normativo mercosuriano: Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (1994) y Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR (2017). Del estudio se desprende que, siguiendo a Brasil, la normativa regional ha evolucionado hacia la exclusión del arbitraje inversor-Estado como forma de proteger los actos realizados en ejercicio de la soberanía estatal.*

Resumo: *Partindo da arbitragem investidor-Estado como expressão do Direito Administrativo global, este artigo analisa, em primeiro lugar, a evolução da proteção do investimento nos membros fundadores do Mercosul, em especial a resolução de controvérsias. Em segundo lugar, examina como esta evolução se manifestou no acervo normativo do MERCOSUL: Protocolo de Colônia para promoção e proteção recíproca de investimentos no MERCOSUL (1994) e Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos intra-MERCOSUL (2017). Desprende-se do estudo que, seguindo o Brasil, o Direito regional evoluiu para a exclusão da arbitragem investidor-Estado como forma de proteger os atos praticados no exercício da soberania do Estado.*

Palabras clave: Arbitraje, Inversiones, Derecho Administrativo, MERCOSUR

* Universidad de la República, Uruguay.
E-mail: magdalenabas@gmail.com
Recibido: 16/07/2018. Aceptado: 03/08/2018.

Palavras-chave: Arbitragem, Investimentos, Direito Administrativo, MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

Una red de más de 3000 acuerdos internacionales de inversiones, entre tratados bilaterales de inversiones (TBI) y otros instrumentos bilaterales, regionales y multilaterales, conforman la base del actual régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado. Dichos acuerdos suelen contener una prórroga de jurisdicción al arbitraje en tribunales *ad hoc* administrados por instituciones internacionales, especialmente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), o en seguimiento de reglamentos de arbitraje de instituciones internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL por su sigla en inglés). El régimen tiene dos particularidades que lo distinguen de otros sistemas de solución de disputas a nivel internacional. En primer lugar son los inversores extranjeros, ya sean personas físicas o jurídicas, quienes tienen *locus standi* y *jus standi*, no así los Estados, aspecto que trae al debate el creciente peso internacional de los actores no estatales¹. En segundo lugar, se trata de un mecanismo de control externo de la legalidad de los actos del Estado receptor de la inversión².

Siendo el Derecho Administrativo Global un sistema de control los actos de las autoridades públicas que provee a los particulares afectados recursos jurídicos para reclamar su control y reparación, el arbitraje inversor-Estado constituye, conforme a Van Harten y Loughlin³, una manifestación única del Derecho Administrativo Global y solo es comparable a los mecanismos previstos en regímenes coloniales. En función de las disposiciones de un tratado, habitualmente un TBI, la actividad o inactividad de la Administración del Estado huésped de la inversión, termina siendo sometida a los estándares de protección del inversor. Por tanto “*el tribunal arbitral actúa como un órgano externo de control de la legalidad de esa actividad o inactividad*”⁴, determinando la existencia o no de responsabilidad del Estado y una eventual reparación, incluso en caso de medidas de protección de intereses públicos.

Este aspecto pone de manifiesto la incidencia que pueden tener las

1 En este sentido, STRANGE (2001), al analizar el desbalance de poder entre Estados y mercados, afirma que las empresas transnacionales se han convertido en actores políticas y en han comenzado a ocupar parcelas de poder que antes pertenecían a los Estados y estos abandonaron.

2 HERNÁNDEZ, 2017; POSTIGA: 2013, p. 182; VAN HURTEN y LOUGHLIN, 20016, p. 149.

3 VAN HARTEN y LOUGHLIN, 2006, p. 149.

4 HERNÁNDEZ, 2017, p. 23.

decisiones arbitrales en la actividad estatal⁵, generando cuestionamientos desde diferentes áreas. En consecuencia, en los últimos cinco años se puede visualizar una evolución, aun no generalizada, mediante la inclusión de disposiciones en los TBI que consagren el derecho de regular o poder de policía del Estado, esto es, la “*actividad de la Administración que restringe la libertad general del ciudadano en defensa del orden público*”⁶. Más recientemente se encuentran casos de tratados que han excluido de la solución de controversias inversor-Estado determinadas medidas de regulación en áreas de interés público como ser medidas de control del tabaco en el Acuerdo Comprensivo y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por su sigla en inglés).

En vistas de lo anterior, este trabajo busca responder dos preguntas: 1) ¿Cuál ha sido la evolución de la protección de inversiones en los miembros del MERCOSUR, en particular en materia de arbitraje inversor-Estado desde una perspectiva del Derecho Administrativo global?; 2) ¿Cómo se ha manifestado dicha evolución en el acervo normativo regional en torno a las inversiones intrabloque? Para responder la primera pregunta se analizarán la situación particular de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, miembros fundadores del MERCOSUR, puesto que Venezuela no es signatario de ninguno de los dos acuerdos regionales a examinarse en la segunda pregunta: el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (1994) y el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR (2017).

2. SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS MIEMBROS FUNDADORES DEL MERCOSUR: DEL “NO DE TOKIO” A LA ACTUALIDAD

Las políticas de los miembros fundadores del MERCOSUR no siempre han estado alineadas en su estrategia en relación al régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado. Previo a la década del noventa, como en la mayoría de los Estados Latinoamericanos, las constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay siguieron las máximas de la denominada doctrina Calvo. En base a los principios de igualdad soberana, no intervención e igualdad de trato entre extranjeros y nacionales, en 1868 el jurista argentino Carlos Calvo propone que, dado que en el territorio de un Estado los extranjeros y los nacionales gozan de los mismos derechos, los primeros deben agotar los recursos previstos en la jurisdicción doméstica antes de solicitar la protección diplomática al Estado de su nacionalidad para responsabilizar internacionalmente al Estado huésped⁷.

5 POSTIGO, 2013, p. 183.

6 HERNÁNDEZ, 2017, p. 11.

7 TAMBURINI, 2002, p. 82.

Por tanto, a nivel de protección de inversiones extranjeras, la doctrina Calvo consagra el requisito de agotamiento de la jurisdicción doméstica previo a que el extranjero solicite el inicio de un arbitraje internacional contra un Estado que presuntamente incumple la protección que debe darle al inversor. En consecuencia, durante la Junta de Gobernadores del Banco Mundial desarrollada en Tokio (9 de setiembre de 1964), diecinueve Estados Latinoamericanos⁸, entre ellos los miembros fundadores del MERCOSUR, junto a Irak y Filipinas votaron en contra del borrador preliminar del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CW), por el cual se crea el CIADI. El episodio conocido como el “no de Tokio” cuestionó que el arbitraje entre inversores y Estados solo podía ser iniciado por los primeros, sin agotar previamente los recursos internos, siempre que existiera prórroga de jurisdicción por escrito⁹ (artículo 25). En palabras del representante chileno, la disposición “*otorgaría un privilegio al inversionista extranjero, colocando a los nacionales del país de que se trate en una posición de inferioridad*”¹⁰, contrario a la doctrina Calvo.

A fines de la década de los ochenta e inicios de los noventa, las políticas neoliberales lideradas por las instituciones del Consenso de Washington (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Departamento del Tesoro de Estados Unidos) promovieron, entre otros, la liberalización comercial, desregulación económica y la apertura a la inversión extranjera. Para el logro de este último, los miembros del MERCOSUR iniciaron la práctica de celebración de TBI que incluían en su articulado disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado que remitían a instituciones internacionales públicas y privadas que administran arbitrajes: CIADI, Corte Permanente de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, o tribunales arbitrales *ad hoc* conforme a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL. Según Van Harten y Loughlin¹¹, estos tribunales se caracterizan por ser entidades internacionales semiautónomas que se encargan de revisar y controlar la conducta del Estado en la esfera pública. Son internacionales porque tienen como base un tratado, semiautónomas porque sus decisiones no están sujetas a revisión jurisdiccional, y constituyen agencias de revisión administrativa desarrollando un rol similar a los tribunales domésticos en materia contenciosa administrativa.

8 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela

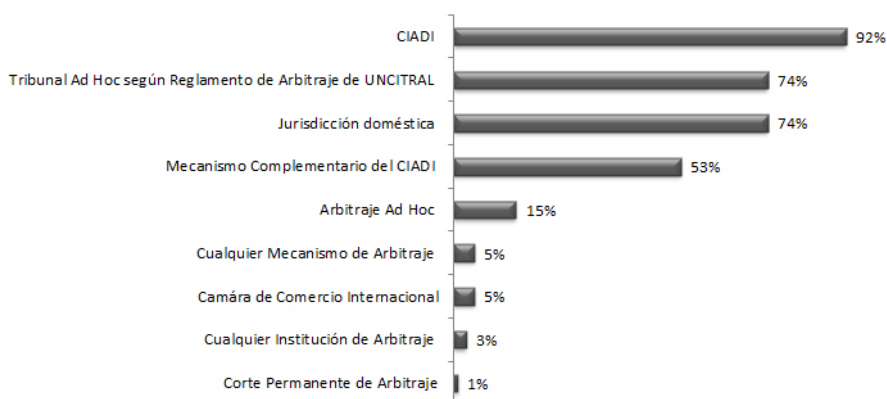
9 Puede estar prevista en un tratado bilateral de inversiones, capítulo de inversiones de un tratado de libre comercio, acuerdo regional de inversiones, capítulo de inversiones en un acuerdo sectorial, ley doméstica de inversiones, contratos entre inversores y Estados, entre otros.

10 Citado por POLANCO, 2014, p. 10.

11 VAN HARTEN y LOUGHLIN, 2006, p. 149.

En la actualidad, conforme a datos del Investment Hub de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por su sigla en inglés), Argentina cuenta con 50 TBI en vigor, Paraguay con 23, y Uruguay con 30 (ver listado de TBI en vigor para cada Estado en Anexo I). Como se aprecia en la gráfica 1, el 92% de los acuerdos remiten al arbitraje *ad hoc* en el CIADI, el 74% al arbitraje *ad hoc* conforme al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y otro 74% a la jurisdicción doméstica, siendo esta una opción frente al arbitraje internacional y no necesariamente un requisito previo.

Gráfico 1: Solución de controversias inversor-Estado en los TBI en vigor de los miembros fundadores del MERCOSUR



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Hub (UNCTAD).
Nota: La gráfica solo incluye los TBI en vigor para Argentina, Paraguay y Uruguay dado que Brasil no aprobó parlamentariamente ninguno de los TBI que celebró en la década del noventa.

Brasil se excluye del análisis anterior ya que presenta un caso sustancialmente diferente a los demás miembros fundadores del MERCOSUR. Cuando seis de los catorce TBI celebrados por Brasil llegaron al Congreso, el Presidente Cardoso decidió formar un Grupo de trabajo interministerial para su análisis en profundidad. En 2002 el Grupo de trabajo recomienda que los TBI no fueran aprobados por generar un potencial conflicto con la constitución en materia de libre transferencia de capitales al exterior y solución de controversias con inversores extranjeros¹². En consecuencia, el Poder Ejecutivo retiró los tratados del Congreso y Brasil se convirtió en el único Estado del MERCOSUR y de América Latina en no haber tenido nunca un TBI en vigor¹³.

¹² ACTIS, 2014; De Azevedo, 2001.

¹³ Conforme a la tipología de Estados desarrollada en BAS VILIZZIO, 2017 que distingue entre Estados Latinoamericanos miembros, disidentes y externos al sistema de solución de

Desde 2015 la situación de Brasil presentó cambios motivados por el crecimiento de sus empresas como emisoras de inversión extranjera directa. En este sentido, el Ministerio de Industria, Comercio Exterior y Servicios elaboró un modelo alternativo de tratado de inversiones, denominado Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI). Este no incluye disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado, aunque sí reserva el recurso del arbitraje para los conflictos Estado-Estado así como mecanismos alternativos de prevención y solución de conflictos. A la fecha de cierre de este trabajo, Brasil ha firmado ocho ACFI, cuatro con Estados africanos y cuatro con Estados Latinoamericanos, tres de estos últimos son miembros de la Alianza del Pacífico (ver listado en Anexo II). Asimismo, el capítulo de inversiones del Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre Perú y Brasil (28 de abril de 2016) (capítulo 2) sigue el modelo ACFI aún sin serlo.

3. PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR (1994)

El 17 de enero de 1994 se firmó el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR, el cual se agrega como anexo de la decisión 11/93. Conforme a su artículo 12, el Protocolo es parte integrante del tratado marco constitutivo del bloque: el Tratado de Asunción, siendo cronológicamente el tercer instrumento jurídico que prevé dicha condición. El artículo 11 establece que la entrada en vigor del Protocolo será 30 días después del depósito en Paraguay del cuarto instrumento de ratificación, extremo que nunca sucedió¹⁴. A pesar de esto, el análisis de este instrumento jurídico se vuelve necesario a la hora de comprender la evolución de la protección de inversiones en el MERCOSUR.

El Protocolo de Colonia sigue la tendencia de los años noventa en materia de TBI, que como explican Carrau y Valdomir¹⁵ y Salacuse¹⁶ para los TBI en general, en este caso concreto puede resumirse en la regulación de los siguientes aspectos: 1) trato de la inversión: alcance y definición de inversión, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo (artículos 1, 3 y 7); 2) promoción y admisión de inversiones (artículo 2); 3) protección de inversiones: garantías y compensaciones por expropiación sin distinción entre

controversias inversor-Estado, basado especialmente en los TBI y el CIADI, Brasil constituye el único caso de Estado externo.

¹⁴ Conforme a datos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay, ninguno de los Estados Parte del acuerdo lo ratificaron. Fecha de consulta: 13 de julio de 2018.

¹⁵ Carrau y Valdomir, 2012, p. 49.

¹⁶ Salacuse, 2010, p. 127-128.

expropiación directa o indirecta, garantías de libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior, subrogación (artículos 4 a 6); 4) solución de controversias tanto Estado-Estado como inversor-Estado (artículos 8 a 10); 5) entrada en vigor, duración, terminación e integración al Tratado de Asunción (artículos 11 y 12). El protocolo no consagra en su articulado el derecho de regular, como la gran mayoría de los TBI de la época.

Concretamente en materia de solución de controversias inversor-Estado, el artículo 9 prevé un sistema que *mutatis mutandis* sigue la línea de los TBI celebrados en ese momento. En este sentido, como primera instancia de resolución de un conflicto de tipo jurídico entre un inversor de un Estado Parte y otro Estado Parte receptor de la inversión, se establece un período de seis meses de consultas amistosas (*cooling-off period*). En caso de ser infructuosas las negociaciones, se abren tres posibilidades para el inversor: 1) planteo del caso ante la jurisdicción doméstica del Estado receptor; 2) inicio de la vía arbitral internacional; 3) inicio de un procedimiento de reclamos de particulares en el sistema de solución de controversias permanente que se cree en el marco del Tratado de Asunción¹⁷. Es importante tener en cuenta que el recurso a la jurisdicción doméstica es una opción para el inversor, no constituyendo una obligación previa para el inicio de la vía arbitral internacional, ya que el Protocolo de Colonia no sigue los postulados de la doctrina Calvo.

En lo que refiere al arbitraje internacional, el propio artículo 9 prevé dos opciones para el inversor, a saber: 1) el arbitraje *ad hoc* en CIADI para aquellos que son parte del Convenio de Washington y para aquellos que no lo son, el mecanismo complementario del Convenio de Washington; 2) el arbitraje *ad hoc* conforme al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. En relación a la primera opción, el CIADI es una institución del Grupo Banco Mundial que administra tribunales arbitrales *ad hoc*, y entiende en aquellas controversias de naturaleza jurídica en materia de inversiones entre un inversor nacional de un Estado parte del su convenio constitutivo y otro Estado parte huésped de la inversión extranjera, siempre que exista prórroga de jurisdicción por escrito a favor del centro (artículo 25 del CW). Al momento de la firma del Protocolo de Colonia, Argentina, Paraguay y Uruguay habían adherido al Convenio de Washington. La única excepción era Brasil, excepción que continúa hasta la actualidad.

El arbitraje en el CIADI se inicia con la solicitud de una empresa privada, sin posibilidad de reclamo por parte del Estado quien solo ocupa

¹⁷ Cabe destacar que al día de la fecha el MERCOSUR no tiene un sistema de solución de controversias permanente como indica el artículo 53 del Protocolo de Olivos (2002), que reza: "Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción."

el rol de demandado. Los tribunales se constituyen, habitualmente, por tres árbitros elegidos uno por cada parte en la disputa y el tercero de común acuerdo o por el Secretario General, aunque también existe la posibilidad de un arbitraje en manos de un árbitro único u otro número impar de árbitros (artículo 37 del CW). Las siguientes etapas del procedimiento ordinario están previstas en las Reglas de Arbitraje del CIADI (2006) y es desarrollado en base a actuaciones escritas: memorial, memorial de contestación, réplica y dúplica (regla 31); y actuaciones orales: audiencias en las cuales el tribunal escucha a las partes, sus abogados, consejeros, testigos y peritos (regla 32). El proceso culmina con un laudo obligatorio para las partes en la disputa e inapelable (artículos 28 a 52 del CW) (ver diagrama de flujo del procedimiento en Anexo III). Asimismo, el mecanismo complementario del CIADI es aplicable a aquellos Estados huéspedes o inversores nacionales de Estados no parte del CW. Su Reglamento (2002) presenta características similares a las anteriormente citadas en relación al procedimiento arbitral a seguir.

En segundo lugar, el arbitraje ante un tribunal *ad hoc* siguiendo el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (2010)¹⁸ (RAU 2010) se inicia con la notificación de arbitraje del actor al demandado (artículo 2 del RAU 2010), y a posteriori la respuesta del último (artículo 3 del RAU 2010). Acto seguido se procede a la constitución del tribunal arbitral, pudiendo estar compuesto por uno o tres árbitros (artículos 7 a 13 del RAU 2010). El procedimiento continúa con una etapa de actuaciones escritas basadas en la demanda y su contestación, y eventualmente documentos modificatorios y complementarios a las anteriores (artículos 20 a 22 del RAU 2010). Del artículo 28 numeral 1 se infiere que las actuaciones orales, audiencias, no constituyen una etapa mandatoria dentro del procedimiento dada la retórica de la disposición: “*en caso de celebrarse una audiencia*”. De celebrarse, el tribunal escuchará a los testigos, peritos y partes a puertas cerradas, salvo que se acuerde lo contrario.

Finalmente, el proceso del RAU 2010 culmina con un laudo decidido por mayoría y que será público con el consentimiento de las partes o cuando una de ellas esté obligada a darlo a conocer (artículo 33). El laudo es pasible de recursos de interpretación y rectificación (artículo 37 y 38), pero no se prevé a texto expreso que sea definitivo e inapelable como establecía el artículo 32 del Reglamento de 1976 (ver diagrama de flujo del procedimiento en Anexo IV). Cabe destacar que el 1 de abril de 2014 entró en vigor el Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, el cual es aplicable a los arbitrajes inversor-Estado

18 El último Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en vigor es el del año 2010 con la modificación de 2013 introducida en el artículo 1 (ámbito de aplicación). Previamente estaba en vigor el Reglamento de 1976. En este trabajo se hará referencia al Reglamento 2010 y se marcarán diferencias importantes con el anterior.

celebrados en virtud del RAU conforme a lo previsto en un TBI u otro instrumento de protección de inversiones celebrado después de la fecha de entrada en vigor del reglamento en cuestión, salvo que las partes hayan acordado en contrario. Este presenta cambios significativos respecto al RAU 2010, como ser la obligación de publicación de los documentos (notificación de arbitraje, respuesta, demanda, contestación y otros), así como la publicidad de las audiencias.

La tercera opción para el inversor en el marco del Protocolo de Colonia refiere a los reclamos de particulares en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, actualmente regulado por el Protocolo de Olivos (PO) (artículos 42 a 44). El procedimiento comienza con el planteo del reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de nacionalidad del particular, institución que tiene la potestad de aceptar o rechazar el planteo. De aceptarlo, se inician consultas entre la Sección Nacional del reclamante y del Estado demandado, que, si no prosperan, puede dar lugar a la intervención del Grupo Mercado Común en pleno. Este convocará a un Grupo de Expertos para que emita un dictamen sobre el reclamo planteado, y si este se aprueba de manera unánime cualquier Estado puede solicitar la adopción de medidas correctivas o anulación de las medidas cuestionadas. De no cumplirse con el requisito, queda abierta la vía arbitral aplicable a las controversias entre Estados Parte del MERCOSUR¹⁹ (ver diagrama de flujo del procedimiento en Anexo V)²⁰.

Si bien como explican Carvalho de Vasconcelos y Suñe las *“opciones de recurrir a espacios externos al de la organización regional (...) son absolutamente contrarios a la armonización del derecho del MERCOSUR”*²¹, debe tenerse en cuenta que la opción de presentar un reclamo en condición de particular nacional de un Estado Parte del MERCOSUR es la menos conveniente para el inversor, ya que tiene menor control durante el proceso. El acceso a los mecanismos jurisdiccionales es indirecto, puesto que el planteo es presentado en una instancia diplomática como es la Sección Nacional del Grupo Mercado Común y está supeditado a su aceptación²². Las siguientes etapas quedan en manos de la Sección Nacional o del Grupo Mercado Común actuando en pleno, con independencia del particular, reforzándose el carácter intergubernamental del MERCOSUR como esquema de integración

19 Para un análisis más profundo de los reclamos de particulares en el marco del Protocolo de Olivos ver Bas Vilizzio, 2013, p. 32-33.

20 Autores como Carvalho de Vasconcelos y Suñe (2013) son de la idea que el Tribunal Permanente de Revisión debería tener un rol más activo en materia de solución de controversias inversor-Estado.

21 Carvalho de Vasconcelos y Suñe, 2013, p. 215.

22 En este caso no podría plantearse una situación de indefensión si el particular presenta un reclamo contra su propio Estado, ya que esta situación no está prevista por el Protocolo de Colonia aplicable a disputas entre inversores de un Estado Parte y otro Estado Parte receptor de la inversión, dejando de lado el caso de los inversores nacionales.

regional. En el procedimiento arbitral internacional, en cambio, el inversor tiene total control de la presentación de documentos, prueba, testigos, solicitud de peritaje, alegatos, etc.

4. PROTOCOLO DE COOPERACIÓN Y FACILITACIÓN DE INVERSIONES INTRA-MERCOSUR (2017)

El 7 de abril de 2017, los Cancilleres de los miembros fundadores del MERCOSUR celebraron el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR (PCFI), cuyo texto consta como anexo a la decisión 03/17. Dicha decisión deroga a texto expreso la decisión 11/93 en cuyo anexo se incluía el Protocolo de Colonia. El PCFI tiene una duración indefinida, sin perjuicio del derecho de las partes a revisarlo, y a diferencia de su antecesor no es parte integrante del Tratado de Asunción. Su entrada en vigor está prevista a los 60 días del depósito en Paraguay del segundo instrumento de ratificación. El PCFI regula ocho temas centrales, los cuales se sistematizan en la tabla 1.

El nuevo instrumento normativo sigue el modelo ACFI de Brasil e introduce en el MERCOSUR la idea de la cooperación y facilitación de inversiones como alternativa a la clásica promoción y protección de inversiones en el sentido de los TBI o el propio Protocolo de Colonia que replicaba este modelo. Las diferencias más importantes pueden encontrarse en la exclusión del trato justo y equitativo, la cláusula de la nación más favorecida, y la solución de controversias inversor-Estado, disposiciones ampliamente criticadas en los TBI. Como explica Rojas²³, el PCFI da fortaleza a los Estados, ya que el sistema de resolución de disputas interestatales resulta *“consistente con el paradigma de retomada parcial del control estatal sobre los flujos de IED, protegiendo las relaciones oficiales de potenciales daños causados por disputas inconsistentes iniciadas por inversionistas”*.

El PCFI junto a los ACFI forman parte de los movimientos que se han registrado a nivel del sistema mundo en relación al régimen de solución de controversias inversor-Estado que comenzaron con la denuncia de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012) del CW, y la denuncia total o parcial de los TBI en vigor por parte de Bolivia, Ecuador y Sudáfrica. Asimismo, el PCFI se suma a las alternativas que se están barajando en la actualidad, como ser: la constitución de una nueva institucionalidad como el sistema de cortes de inversiones que propone la Unión Europea a nivel de negociaciones externas y multilaterales²⁴; o la exclusión de determinados sectores de la solución

23 Rojas, 2017, p. 13.

24 El 20 de marzo de 2018 el Consejo aprobó una decisión por la que autoriza a la Comisión la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. El texto incluye las directrices de negociación (Documento 12981/17).

Tabla 1: Principales áreas temáticas del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones intra-MERCOSUR

ÁREA TEMÁTICA	DESCRIPCIÓN
Trato de la inversión	Alcance y definición de inversión; trato nacional; trato no menos favorable que a inversores de nacionalidad extra MERCOSUR, excluyendo cláusula de la nación más favorecida y trato justo y equitativo (artículos 3 a 5).
Protección de inversiones por parte del Estado receptor	Garantías y compensaciones por expropiación directa exclusivamente (excluye expropiación indirecta); transparencia; libre traspaso de fondos y transferencia de capitales y ganancias al exterior (artículos 6 a 9).
Excepciones a la responsabilidad del Estado receptor	No obligación de extender beneficios de acuerdos actuales o futuros en materia de doble tributación; no responsabilidad por medidas prudenciales en materia financiera; excepciones de seguridad (artículos 10 a 12).
Obligaciones de los inversores	Cumplimiento de las normas del Estado receptor en relación a la inversión y en materia tributaria, de transparencia, lucha contra la corrupción, medioambiente, asuntos laborales y salud; y compromiso de adopción de prácticas de responsabilidad social empresarial (artículos 13 a 16).
Gobernanza institucional	Creación de una Comisión que administra el PCFI; designación de Puntos Focales u "Ombudsmen"; intercambio de información, interacción con el sector privado; cooperación entre organismos nacionales encargados de promoción de inversiones (artículos 17 a 22).
Prevención y solución de controversias entre Estados	Procedimiento de prevención de controversias Estado-Estado como etapa previa mandatoria a la solución de controversias Estado-Estado; empleo de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR para dirimir disputas entre Estados; excepciones (responsabilidad social empresarial, medidas de lucha contra la corrupción y la legalidad, medioambiente, asuntos laborales y salud); opción de foro; exclusión de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado (artículos 23 y 24).
Agenda para cooperación y facilitación de inversiones	Dentro de las funciones de la Comisión está el desarrollo y discusión de una agenda de temas relevantes que será discutida por los Estados Parte, cuyos resultados podrán constituir protocolos adicionales o instrumentos independientes (artículo 25).
Otras disposiciones	Objetivo; ámbito de aplicación; duración; entrada en vigor (artículos 1, 2 y 26).

Fuente: Elaboración propia en base al texto del PCFI.

de controversias inversor-Estado como ser las medidas de control del tabaco en el CPTPP²⁵.

En este sentido, el PCFI es innovador al proponer un mecanismo obligatorio de prevención de controversias Estado-Estado en el marco de la nueva gobernanza que establece el acuerdo. Si un Estado entiende que otro Estado adoptó una medida en incumplimiento del acuerdo puede presentar un escrito inicial a la Comisión, con copia a los demás Estados. La presidencia de la Comisión debe convocar a una reunión de modo que se evalúe el escrito inicial, se intente alcanzar una solución y las conclusiones sean recogidas en un informe. Si la disputa afecta a un inversor específico, este debe ser identificado en el escrito inicial, pudiendo ser invitado a participar de las reuniones de la Comisión y se dejará constancia en el informe sobre los eventuales incumplimientos del inversor. Asimismo, un Estado puede rechazar que la Comisión entienda en relación a una disputa que previamente haya sido presentada ante los mecanismos previstos en otros acuerdos, como por ejemplo un TBI. Esta disposición es de vital importancia porque excluiría estos casos de la siguiente etapa, evitando un doble pronunciamiento sobre el mismo tema.

En caso que la disputa no sea resuelta o uno de los Estados involucrados no haya participado de las reuniones queda abierta la siguiente etapa de resolución mediante el mecanismo vigente para la resolución de disputas entre Estados en el MERCOSUR, actualmente previsto en el PO. En este punto, el PCFI se aparta parcialmente del modelo ACFI dado que en los siete acuerdos bilaterales celebrados se prevé el arbitraje internacional Estado-Estado, y el PO establece un sistema arbitral regional que cuenta con un mecanismo de revisión, similar a una apelación. Los ACFI firmados con Angola, Malawi y Mozambique prevén que si las partes deciden someterse al arbitraje pueden optar por cualquier mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones. El ACFI con México, además de lo anterior, agrega la posibilidad de crear un tribunal arbitral *ad hoc*. Por su parte, los acuerdos celebrados con Colombia, Etiopía y Surinam refieren al arbitraje mediante un tribunal *ad hoc* o, en su defecto, cualquier institución arbitral permanente, siendo esta última posibilidad también incluida en el capítulo de inversiones del mencionado acuerdo con Perú.

Otro elemento a considerar es que el PCFI excluye de la solución de controversias Estado-Estado las medidas tomadas en materia de responsabilidad social empresarial, lucha contra la corrupción y la ilegalidad, medio ambiente, asuntos laborales y salud (artículos 14, 15 párrafo 1 y 16 párrafo 2). En este aspecto existe coincidencia con los ACFI celebrados entre Brasil y Colombia, Perú, Etiopía y Surinam,

25 Un análisis específico del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado previsto en el antecesor del CPTPP, el Acuerdo de asociación transpacífico (TPP, por su sigla en inglés) puede verse en Bas Vilizzio (2016).

constituyendo una evolución hacia el reconocimiento del poder de policía del Estado como ejercicio válido de la soberanía. Asimismo, es de destacar que el protocolo establece una opción de foro en el sentido que si una controversia es sometida a los procedimientos de prevención o solución del PCFI no podrá ser sometida a los procedimientos arbitrales previstos en TBI u otros instrumentos jurídicos.

El PCFI es una prueba el liderazgo regional de Brasil en esta temática, liderazgo que se ha extendido al ámbito multilateral con la presentación ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) de un proyecto de acuerdo multilateral sobre facilitación de inversiones²⁶, distribuido a los miembros de la organización mediante el documento JOB/GC/169 del 1 de febrero de 2018. El proyecto tampoco incluye mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado y prevé que las diferencias que puedan surgir entre los Estados Parte se dirimirán en aplicación del sistema de la OMC conforme a artículos XXII y XXIII del Acuerdo General de Aranceles y Comercio de 1994 y el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, salvo en lo que respecta a la suspensión de concesiones en el marco de otro acuerdo (artículo 22 numeral 3 literal c).

REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se ha examinado la evolución de la situación particular de los miembros fundadores del MERCOSUR en relación al régimen de solución de controversias inversor-Estado, desde el rechazo inicial a su incorporación por parte de Argentina, Paraguay y Uruguay en la década de los noventa en seguimiento del Consenso de Washington. En la actualidad la situación continúa incambiada, salvo en lo que respecta a la celebración de algunos acuerdos que, a pesar de remitir al arbitraje internacional para la solución de disputas entre inversores y Estados, consagran el derecho de regular en materia de seguridad pública²⁷. Es esperable que estos Estados sigan la tendencia internacional de consagrar el derecho de regular en general y excluir del arbitraje inversor-Estado las medidas de interés públicos en determinadas áreas. De lo contrario continuarán recibiendo demandas por el ejercicio válidos de sus poderes soberanos, hecho cuestionable en sí mismo independientemente de quien resulte vencedor en el proceso arbitral.

La situación de Brasil difiere de sus socios en el MERCOSUR. Brasil siempre ha sido un externo en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, no aprobando parlamentariamente los TBI que celebró ni adhiriendo al CW. Asimismo, ha sido el Estado que ha marcado tendencia

26 Herreros, 2018, p. 13.

27 El TBI Uruguay-Japón que entró en vigor en 2017 establece excepciones generales y en materia de seguridad (artículo 22), si bien no excluye, a texto expreso, dichas áreas del arbitraje inversor-Estado.

en la región con el nuevo modelo de acuerdo de inversiones, propuesta que sigue el MERCOSUR con el PCFI y a comienzos del 2018 elevó a la OMC como proyecto multilateral. El PCFI no incluye los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado y opta por el sistema mercosuriano para resolver disputas Estado-Estado, en caso de no prosperar la etapa de prevención de disputas. Asimismo, consagra el derecho de regular en áreas de interés público relativas a la responsabilidad social empresarial, lucha contra la corrupción y la ilegalidad, medio ambiente, asuntos laborales y salud, excluyéndolas del arbitraje interestatal.

El PCFI constituye un primer paso en el acervo jurídico del MERCOSUR hacia la protección de la actividad estatal, que en definitiva es realizada en ejercicio de la soberanía, al excluir su control de legalidad por parte de tribunales internacionales de inversión. No obstante, en la actualidad las políticas externas de Argentina, Paraguay y Uruguay en el área no presentan cambios sustanciales, aunque es esperable que sigan la tendencia global hacia la reforma del sistema. La reforma podrá seguir la línea de Brasil con un nuevo modelo de acuerdo, el apoyo a la propuesta de la Unión Europea de una nueva institucionalidad multilateral, o la exclusión sectorial de áreas de interés público, pero lo esencial es que desde la región también se aporte en la resolución de los cuestionamientos del régimen actual. Y de esta manera evitar que se retiren controversias como el caso Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI ARB/10/7), que luego de seis años de litigio reconoce el poder de policía de regular en materia de salud pública, o los cerca de cuarenta arbitrajes contra Argentina en torno a las medidas tomadas para paliar la crisis económico-social del año 2001.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTIS, Esteban. “Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de inversión: El fin de la disyuntiva”. *Latin American Journal of International Affairs*. 2014, vol 6, n° 1, p. 18–33. Disponible en: <<http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Art02.pdf?attredirects=0&d=1>>

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil, Brasília: Câmara dos Deputados, Brasil, 2001. Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf/view>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de controversias inversor-estado en los nuevos tratados de integración regional: el caso del Acuerdo de asociación transpacífico”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2016, vol 4, n° 8, 265-280. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p265>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* Montevideo: Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica – Universidad de la República, 2017.

BAS VILIZZIO, Magdalena. *Solución de controversias en el MERCOSUR. Análisis de resultados 2004 – 2011 desde una perspectiva jurídico – política.* Montevideo: Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica – Universidad de la República, 2013.

CARRAU, Natalia y VALDOMIR, Sebastián. *La incidencia de los Tratados de Protección de Inversiones en el MERCOSUR. Documento de trabajo 013.* Montevideo: CEFIR, GIZ, Somos MERCOSUR, 2012.

HERNÁNDEZ, José. “Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones”. *RED: Revista Electrónica de Derecho*, 2017, n° 1. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>>

HERREROS, Sebastian. “Facilitación de inversiones: una puerta hacia la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR”. *Puentes*, 2018, vol 19, n° 3, p. 12–16. Disponible en: <https://es.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes19-3_0.pdf>

POLANCO, Rodrigo. “Lecciones Aprendidas y Lecciones por Aprender: ¿Qué Pueden Aprender los Países Desarrollados de la Experiencia de Latinoamérica en disputas sobre Inversión Extranjera?”. *20th Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Yale University (Lima, 20 al 22 de Junio de 2014). Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2515265>>

POSTIGA, Andrea Rocha. “A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto”. *Revista de Direito Internacional*, 2014, vol 10, n° 1, p. 171–193. Disponible en: doi:<10.5102/rdi.v10i1.2369>

ROJAS, Gustavo. “Retomando la agenda económica regional: el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones en el MERCOSUR”. *Análisis de coyuntura mensual: Economía y Sociedad*, 2017, n° 48, p. 12-15. Disponible en: <<http://redrural.org.py/wp-content/uploads/2017/04/Revista-.pdf>>

SALACUSE, Jeswald. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford Un. Press, 2010.

STRANGE, Susan. *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Encuentro. Icaria Editorial. Intermón Oxfam, 2001.

TAMBURINI, Francesco. “Historia y Destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2002, n° 24, p. 81–101. Disponible en: <<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/363/343>>

VAN HARTEN, Gus y LOUGHLIN, Martin. “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”. *The European Journal of International Law*, 2016, vol 17, n° 1, p. 121-150. Disponible en: <[10.1093/ejil/chi159](https://doi.org/10.1093/ejil/chi159)>

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de y SUÑE, Natasha. “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2013, vol 1, n° 2, p. 195-220. Disponible en: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/59/39>>

ANEXOS

Anexo I: Tratados bilaterales de inversiones en vigor en Argentina, Paraguay y Uruguay

Tabla 2: Tratados bilaterales de inversión en vigor para Argentina

N°	CONTRAPARTE	FECHA DE FIRMA	ENTRADA EN VIGOR
1	Alemania	09/04/1991	08/11/1993
2	Argelia	04/10/2000	28/01/2002
3	Armenia	16/04/1993	20/12/1994
4	Australia	23/08/1995	11/01/1997
5	Austria	07/08/1992	01/01/1995
6	Bélgica y Luxemburgo	28/06/1990	20/05/1994
7	Bulgaria	21/09/1993	11/03/1997
8	Canadá	05/11/1991	29/04/1993
9	Chile	02/08/1991	01/01/1995
10	China	05/11/1992	01/08/1994
11	Costa Rica	21/05/1997	01/05/2001
12	Croacia	02/12/1994	01/06/1996
13	Cuba	30/11/1995	01/06/1997
14	Dinamarca	06/11/1992	02/02/1995
15	Estados Unidos	14/11/1991	20/10/1994
16	Egipto	11/05/1992	03/12/1993
17	El Salvador	09/05/1996	08/01/1999
18	España	03/10/1991	28/09/1992
19	Filipinas	20/09/1999	01/01/2002

N°	CONTRAPARTE	FECHA DE FIRMA	ENTRADA EN VIGOR
20	Finlandia	05/11/1993	03/05/1996
21	Francia	03/07/1991	03/03/1993
22	Guatemala	21/04/1998	07/12/2002
23	Hungría	05/02/1993	01/10/1997
24	Israel	23/07/1995	10/04/1997
25	Italia	22/05/1990	14/10/1993
26	Jamaica	08/02/1994	01/12/1995
27	Lituania	14/03/1996	01/09/1998
28	Malasia	06/09/1994	20/03/1996
29	Marruecos	13/06/1996	19/02/2000
30	México	13/11/1996	22/06/1998
31	Nicaragua	10/08/1998	01/02/2001
32	Países Bajos	20/10/1992	01/10/1994
33	Panamá	10/05/1996	22/06/1998
34	Perú	10/11/1994	24/10/1996
35	Polonia	31/07/1991	01/09/1992
36	Portugal	06/10/1994	03/05/1996
37	Reino Unido	11/12/1990	19/02/1993
38	República Checa	27/09/1996	23/07/1998
39	República de Corea	17/05/1994	24/09/1996
40	Rumania	29/07/1993	01/05/1995
41	Rusia	25/06/1998	20/11/2000
42	Senegal	06/04/1993	01/02/2010
43	Suecia	22/11/1991	28/09/1992
44	Suiza	12/04/1991	06/11/1992
45	Tailandia	18/02/2000	07/03/2002
46	Túnez	17/06/1992	23/01/1995
47	Turquía	08/05/1992	01/05/1995
48	Ucrania	09/08/1995	06/05/1997
49	Venezuela	16/11/1993	01/07/1995
50	Vietnam	03/06/1996	01/06/1997

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Hub (UNCTAD).
Consultado: 10 de julio de 2018.

Tabla 3: Tratados bilaterales de inversión en vigor para Paraguay

N°	CONTRAPARTE	FECHA DE FIRMA	ENTRADA EN VIGOR
1	Alemania	11/08/1993	03/07/1998
2	Austria	13/08/1993	01/01/2000
3	Bélgica y Luxemburgo	06/10/1992	09/01/2004
4	Bolivia	04/05/2001	04/09/2003
5	Chile	07/08/1995	17/12/1997
6	Costa Rica	29/01/1998	25/05/2001
7	Cuba	21/11/2000	06/12/2002
8	El Salvador	30/01/1998	08/11/1998
9	España	11/10/1993	22/11/1996
10	Francia	30/11/1978	11/12/1980
11	Hungría	11/08/1993	01/04/1995
12	Italia	15/07/1999	30/06/2013
13	Países Bajos	29/10/1992	01/08/1994
14	Perú	01/02/1994	18/12/1994
15	Portugal	24/11/1999	04/11/2001
16	Reino Unido	04/06/1981	23/04/1992
17	República Checa	21/10/1998	24/03/2000
18	República de Corea	22/12/1992	06/08/1993
19	Rumania	21/05/1994	12/04/1995
20	Sudáfrica	03/04/1974	16/06/1974
21	Suiza	31/01/1992	28/09/1992
22	Taiwán	06/04/1992	11/09/1992
23	Venezuela	05/09/1996	14/11/1997

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Hub (UNCTAD).
Consultado: 10 de julio de 2018.

Tabla 4: Tratados bilaterales de inversión en vigor para Uruguay

Nº	CONTRAPARTE	FECHA DE FIRMA	ENTRADA EN VIGOR
1	Alemania	04/05/1987	29/06/1990
2	Armenia	06/05/2002	15/12/2013
3	Australia	03/09/2001	12/12/2002
4	Bélgica y Luxemburgo	04/11/1991	23/04/1999
5	Canadá	29/10/1997	02/06/1999
6	Chile	26/10/1995	22/04/1999
7	China	02/12/1993	01/12/1997
8	El Salvador	24/08/2000	23/05/2003
9	España	07/04/1992	06/05/1994
10	Estados Unidos	04/11/2005	01/11/2006
11	Finlandia	21/03/2002	18/06/2004
12	Francia	14/10/1993	09/07/1997
13	Hungría	25/08/1989	01/07/1991
14	Israel	30/03/1998	07/10/2004
15	Italia	21/02/1990	02/03/1998
16	Japón	26/01/2015	14/04/2017
17	Malasia	09/08/1995	13/04/2002
18	México	30/06/1999	01/07/2002
19	Países Bajos	22/09/1988	01/08/1991
20	Panamá	18/02/1998	14/08/2002
21	Polonia	02/08/1991	21/10/1994
22	Portugal	25/07/1997	03/11/1999
23	Reino Unido	21/10/1991	01/08/1997
24	República Checa	26/09/1996	29/12/2000
25	República de Corea	01/10/2009	08/12/2011
26	Rumania	23/11/1990	29/08/1993
27	Suecia	17/06/1997	01/12/1999
28	Suiza	07/10/1988	22/04/1991
29	Venezuela	20/05/1997	18/01/2002
30	Vietnam	12/05/2009	09/09/2009

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Hub (UNCTAD). Consultado: 10 de julio de 2018.

Anexo II: Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones celebrados por Brasil

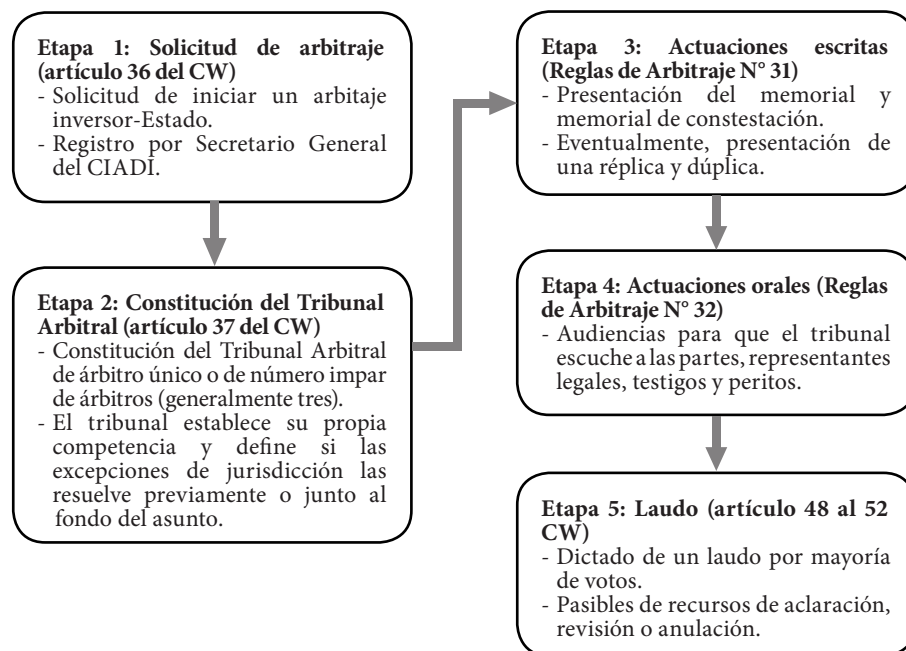
Tabla 5: Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones celebrados por Brasil

N°	CONTRAPARTE	FECHA DE FIRMA	ENTRADA EN VIGOR
1	Angola	01/04/2015	11/10/2017
2	Colombia	09/10/2015	Pendiente
3	Chile	23/11/2015	Pendiente
4	Etiopía	11/04/2018	Pendiente
5	Malawi	25/06/2015	Pendiente
6	México	26/05/2015	Pendiente
7	Mozambique	30/03/2015	Pendiente
8	Surinam	02/05/2018	Pendiente

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Hub (UNCTAD). Consultado: 10 de julio de 2018.

Anexo III: Procedimiento arbitral ordinario en el CIADI

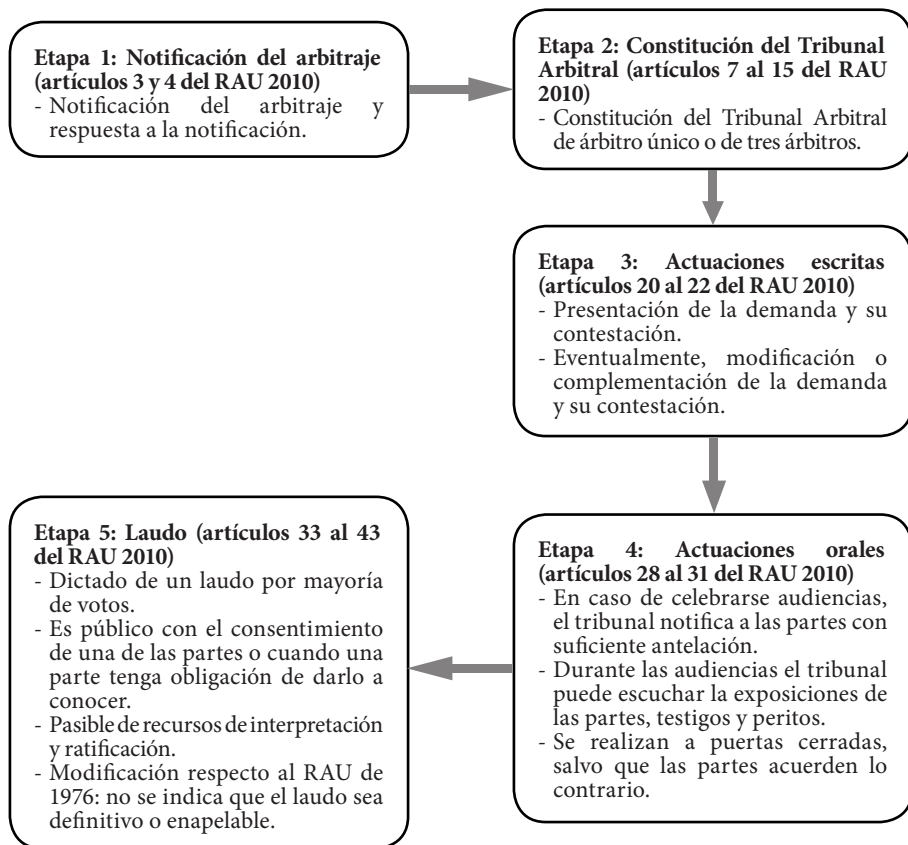
Diagrama 1: Flujograma del procedimiento arbitral ordinario en el CIADI



Fuente: Adaptado de Bas Vilizzio, 2017, p. 87.

Anexo IV: Procedimiento arbitral del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (2010)

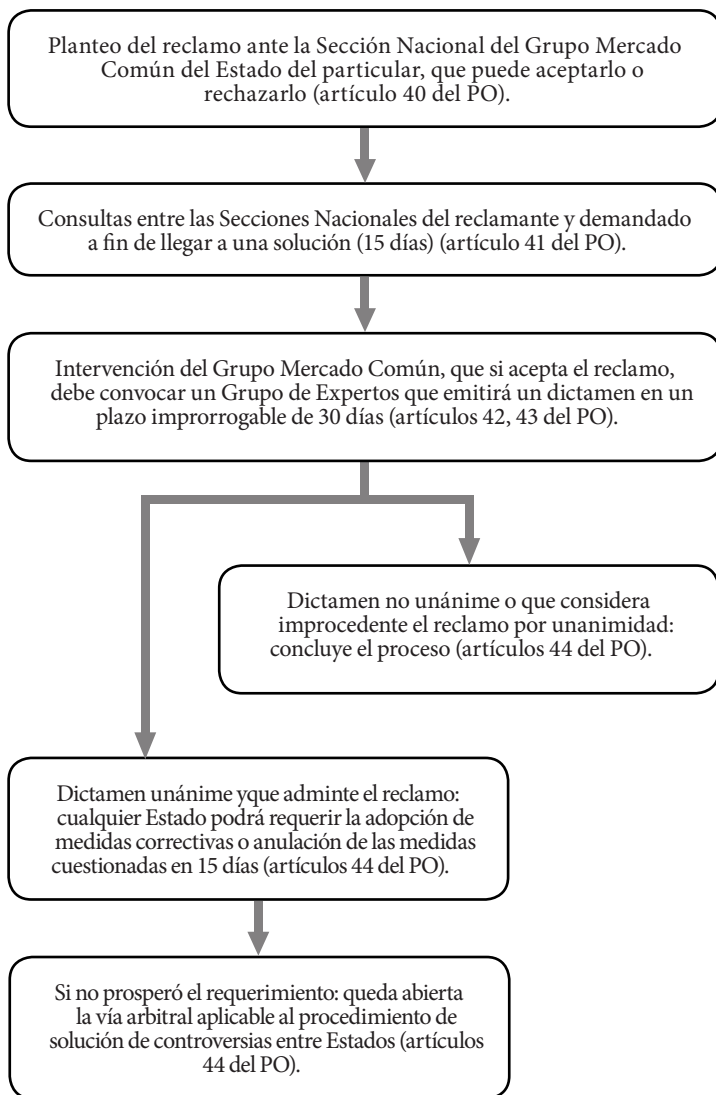
Diagrama 2: Flujograma del procedimiento arbitral del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (2010)



Fuente: Elaboración propia en base al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, 2010.

Anexo V: Procedimiento de reclamos de particulares en el marco del Protocolo de Olivos

Diagrama 3: Flujoograma del procedimiento de reclamo de particulares en el marco del Protocolo de Olivos



Fuente: Adaptado de BAS VILIZZIO, 2013, p. 60.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Magdalena Bas Vilizzio es Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Comercio Exterior (Universidad de la República, Uruguay), Profesora Titular de Derecho del Comercio Internacional (Universidad de Montevideo, Uruguay). Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores, Uruguay. Doctoranda en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de La Plata). Miembro del Tribunal Internacional de Arbitraje de la Comisión Administradora del Río de la Plata.

AMPLIACIÓN DEL SISTEMA TRADICIONAL DE FUENTES DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES EN VIRTUD DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

PRORROGAÇÃO DO SISTEMA TRADICIONAL DE FONTES DOS DIREITOS ADMINISTRATIVOS NACIONAIS AO ABRIGO DO DIREITO DA COMUNIDADE ANDINA

*Libardo Rodríguez**

Resumen: Como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, el derecho administrativo se ha ido nutriendo de fuentes de derecho internacional. Así las cosas, la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, dentro de las cuales resalta la ampliación del sistema normativo y la creación de nuevas fuentes. En ese contexto, la forma como se produce la recepción del derecho comunitario andino en los derechos internos de los países miembros depende de la naturaleza de la norma. Así, el sistema dualista responde a los casos de recepción de normas primarias u originarias y a su vez, el sistema monista responde a los casos de recepción de normas secundarias o derivadas. Por otra parte, frente al rango normativo del derecho comunitario andino dentro de los derechos internos, su principal atributo es la primacía. Sin embargo, la aplicación de dicho atributo no excluye la aplicación del principio de jerarquía en la incorporación del derecho andino a los derechos internos. El presente estudio analiza cómo la aparición del derecho comunitario general ha afectado el sistema de fuentes propuesto por la visión tradicional del derecho administrativo.

Resumo: Como consequência de fenômenos como a globalização da

* Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Colombia.

E-mail: libardorr@outlook.com

Recibido: 13/04/2018. Aceptado: 18/07/2018.

Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, realizado en Quito (Ecuador), durante los días 4, 5 y 6 de junio de 2012.

economia e a internacionalização do direito, o direito administrativo foi nutrido de fontes do direito internacional. Assim, o surgimento do direito comunitário gerou várias consequências no direito administrativo, dentro as quais se destaca a extensão do sistema regulatório e a criação de novas fontes. Nesse contexto, a maneira como é produzido a recepção do direito comunitário andino nos direitos internos dos países membros depende da natureza da norma. Assim, o sistema dualista responde aos casos de recepção de normas primárias ou originais e, a sua vez, o sistema monista responde a casos de recebimento de padrões secundárias ou derivadas. Por outro lado, frente à faixa normativa do direito comunitário andino dentro dos direitos internos, seu principal atributo é a primazia. Porém, a aplicação do dito atributo não exclui a aplicação do princípio da hierarquia na incorporação do direito andino aos direitos internos. O presente estudo analisa como o surgimento do direito comunitário geral afeta o sistema de fontes proposto pela visão tradicional do direito administrativo.

Palabras clave: Derecho comunitario, Derecho administrativo, Fuentes, Primacia

Palavras-chave: Direito Comunitário, Direito Administrativo, Fontes, Primazia

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el derecho administrativo hace parte del derecho interno de cada Estado, es evidente que tiene relaciones tradicionalmente reconocidas con el derecho internacional. En efecto, la aplicación práctica de las convenciones y tratados internacionales en cada uno de los Estados que son parte de esos acuerdos, requiere con frecuencia de la expedición de normas internas que los desarrollen, tanto por parte del órgano legislativo como de las autoridades administrativas, las cuales constituyen en muchos casos fuente del derecho administrativo.

Sin embargo, podría afirmarse que esas relaciones entre el derecho administrativo y el derecho internacional tradicionalmente fueron limitadas por el concepto ortodoxo de soberanía y por la debilidad del carácter realmente vinculante de muchos tratados y convenciones, que se limitan a establecer principios orientadores en las respectivas materias y que carecen de instrumentos efectivos para garantizar la aplicación de las normas fijadas en ellos.

En la actualidad estas relaciones han adquirido mayor importancia teniendo en cuenta que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han aparejado como consecuencia que, al igual que en otras ramas del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutra de fuentes provenientes del derecho

internacional, como es el caso, entre otros, de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, de los tratados que regulan la utilización de bienes públicos como los de telecomunicaciones o del medio ambiente, de los tratados de libre comercio y de los tratados bilaterales de inversión, fortaleciéndose de esta manera las relaciones entre esas dos ramas del derecho¹.

Además, en las últimas décadas las relaciones entre los Estados han venido mostrando una evolución particularmente importante, especialmente con origen en los asuntos económicos, dando lugar a la aparición de las llamadas comunidades económicas. Estas comunidades, a su vez, han mostrado una tendencia más reciente hacia comunidades de carácter político, con una visión de las relaciones interestatales cada vez más sólidas, que permite vislumbrar una cierta tendencia hacia la consolidación de verdaderos supraestados.

La consolidación de estas comunidades económicas ha venido dando lugar a la aparición de una nueva rama del derecho, con rasgos y autonomía propios, conocida como “derecho comunitario”, diferente del derecho internacional tradicional, que tiende a ser reconocido como un subsistema jurídico, con un sistema de fuentes propio y con unas particulares relaciones con las diversas ramas del derecho tradicionalmente reconocidas, pero igualmente basado en la suscripción de tratados internacionales². Esta rama del derecho se configura de manera particular en cada una de las comunidades, dando lugar así a la aparición del derecho comunitario europeo³, del derecho comunitario andino⁴, de un derecho comunitario del MERCOSUR⁵, del derecho

1 Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Administrativo, realizado en Quito (Ecuador), durante los días 4, 5 y 6 de junio de 2012.

2 Sobre estos fenómenos, véase a GORDILLO, Agustín. “La creciente internacionalización del derecho”. En FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge (Ed.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 71 y ss; a GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1996, p. 15 y 16, y a LÓPEZ GUERRA, Luís; et al. *Derecho constitucional*. 7ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, vol. I, p. 113.

3 Véase a ISAAC, Guy. *Manual de derecho comunitario general*. Traducción de la 4ª ed. francesa. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 111: “el derecho comunitario es un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme”.

4 Sobre el derecho comunitario europeo, véase, entre otros, a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.). *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, y a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

5 En relación con el derecho comunitario andino, véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*. Valencia: Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006; a TANGARIFE TORRES, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002, y a SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

comunitario del SICA⁶, del derecho comunitario de CARICOM⁷, etc., lógicamente con diferentes grados de desarrollo en cada uno de esos sistemas comunitarios⁸.

En ese contexto, debe señalarse que el reconocimiento de la existencia del derecho comunitario implica diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, como las siguientes: el desplazamiento en algunos casos de las autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades internas⁹.

Frente a esas diversas consecuencias, la doctrina ha resaltado que quizás la de mayor relevancia para el derecho administrativo es la que tiene que ver con la ampliación del sistema normativo y creación de nuevas fuentes¹⁰. En este sentido, se ha señalado que “el derecho nacional se ve limitado, desplazado y completado por las diversas normas directamente aplicables del derecho comunitario, que se le superponen, aunque sigue vigente y continúa vinculante allá donde éstas no inciden”, conclusión que se califica como “particularmente cierta en relación con el derecho administrativo, objeto preferente del derecho comunitario”¹¹.

En concordancia con lo anterior, en el presente estudio analizaremos la forma como la visión tradicional del derecho administrativo se ve afectada por la aparición del derecho comunitario en general, pero especialmente por el derecho comunitario andino, concretamente en relación con el sistema de fuentes, para lo cual estudiaremos, de una parte, la recepción del derecho comunitario andino en los ordenamientos

6 Sobre el derecho comunitario del MERCOSUR, véase ALTERINI, Atilio Anibal (Ed.). *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, 2 ts. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, y a DROMI, Roberto; EKMEKDIJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho comunitario*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

7 En relación con el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), véase a ÁLVAREZ, Gonzalo. “Sistema de Integración Centroamericana (SICA) Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)”. En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 151 y ss.

8 Sobre la Comunidad del Caribe, véase a LÓPEZ BRAVO, Alfredo. “Comunidad del Caribe: CARICOM”. En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 169 y ss.

9 Una presentación general de los regímenes jurídicos de los diversos sistemas comunitarios, puede verse en DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 499 y ss.

10 Sobre estas influencias, véase a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”. En RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 19 y ss.

11 Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 47: “el principio de legalidad no sólo somete a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico establecido por el propio Estado o al contenido en tratados internacionales ratificados y aprobados por sus órganos, sino también al ordenamiento establecido por los órganos supranacionales en los procesos de integración económica, y que tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno”.

jurídicos internos (2) y, de otra, el rango normativo que dicho derecho comunitario tiene en los citados ordenamientos (3).

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS

Para comprender adecuadamente la forma como se produce la recepción del derecho comunitario andino en los derechos internos de los países miembros, debe señalarse que el análisis de las relaciones que existen entre las normas comunitarias y nacionales ha sido elaborado por la doctrina con base en las concepciones monista y dualista de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional¹².

De conformidad con la concepción dualista, el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional son sistemas que coexisten y son perfectamente independientes y separados, de tal manera que para que se aplique una norma internacional en el derecho interno es necesario un acto de incorporación al mismo. En cambio, la concepción monista supone que existe una unidad entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, de forma tal que la norma internacional se aplica de manera inmediata en el derecho interno e incluso de forma prevalente¹³.

Frente a esas dos concepciones, como lo ha resaltado la doctrina, los diversos países miembros de la Unión Europea, desde los primeros tratados y aún en relación con los más recientes, debieron realizar modificaciones constitucionales a efectos de lograr que los tratados de constitución o sus modificaciones pudieran ser incorporados y tener eficacia dentro del orden interno, especialmente en cuanto a la transferencia de competencias normativas a los órganos comunitarios¹⁴. Lo anterior permitiría afirmar que la concepción aplicable fue la dualista en cuanto al derecho comunitario primario, esto es, a los tratados de constitución y sus modificaciones, en la medida en que se requirió de la expedición de actos internos para hacer eficaces dichos tratados. No obstante, debe señalarse que un sector de la doctrina actual ha

12 MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo, parte general*. Traducción de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 74.

13 En relación con estas dos concepciones y, en particular, sobre su aplicación a las relaciones entre el derecho comunitario europeo y el derecho interno, véase a ISAAC, Guy. Op. cit., p. 190 y ss.

14 Sobre este tema, puede verse a SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. "Los tratados como fuente del derecho en la Constitución". *Revista de Administración Pública*, 1979, n° 90, 1979, p. 9: "La aplicación mediata o inmediata de los tratados depende de si el sistema constitucional se ha acogido a la fórmula de la recepción automática o a la recepción especial. La primera supone la aceptación de la norma internacional en el derecho interno desde que deviene perfecta, mientras que la segunda consiste en exigir la previa transformación del tratado en norma interna *strictu sensu*, para lo que se recurre a las leyes de ejecución o de transformación: se aplica por haberse convertido en norma interna y no por su solo carácter de internacional".

entendido que como consecuencia de las diversas transformaciones constitucionales hechas por los Estados miembros, en el derecho comunitario europeo contemporáneo se aplica la concepción monista, tanto para los tratados de constitución de la Unión Europea y sus modificaciones (derecho primario) como para las normas expedidas por las autoridades comunitarias (derecho secundario)¹⁵.

En el caso específico del derecho comunitario andino frente a los derechos internos de los países miembros, para comprender la aplicación del sistema monista o dualista, en primer lugar es necesario establecer las diferencias que existen entre las normas andinas primarias u originarias y las secundarias o derivadas¹⁶. Las normas primarias hacen referencia a aquellas en las cuales los Estados miembros han manifestado directamente su voluntad de sometimiento, como lo son el Acuerdo de Cartagena, mediante el cual se creó el Pacto o Grupo Andino (que después se transformó en la Comunidad Andina de Naciones), y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, junto con sus protocolos adicionales y modificatorios (2.1). En cambio, las normas secundarias o derivadas hacen referencia a aquellas proferidas por las distintas autoridades que tienen competencia normativa en la Comunidad Andina de Naciones, como son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General de la Comunidad Andina (2.2).

2.1. La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino

En el derecho colombiano, el preámbulo y el artículo 227 de la Constitución Política de 1991 promueven la integración de la comunidad latinoamericana y la creación de organismos supranacionales con dicha finalidad. Concretamente, respecto de la normatividad andina primaria, a la luz de los artículos 150-16, 224 y 241-10 de la Constitución, tiene aplicación la concepción dualista, en la medida en que esta normatividad primaria sólo puede llegar a ser parte del ordenamiento jurídico interno si se cumple el procedimiento de incorporación, del cual hace parte esencial la ley de aprobación, que debe ser analizada en su constitucionalidad de forma obligatoria por la Corte Constitucional. Como prueba de esta afirmación, en vigencia de la Constitución Política de 1991 se han expedido las siguientes leyes de incorporación

¹⁵ Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 23 y ss.

¹⁶ Al respecto, véase a MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. Op. cit., p. 332-ss; ISAAC, Guy. Op. cit., p. 192-ss, y a MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”. En *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 509 y ss.

al ordenamiento jurídico interno de normatividad andina primaria: la Ley 323 de 1996, mediante la cual se aprobó el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena¹⁷, y la Ley 457 de 1998, que aprobó el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁸.

En el derecho ecuatoriano, el artículo 416-11 de la Constitución Política de 2008 señala, como principio de las relaciones internacionales del Ecuador, que el Estado “impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina”. Además, los artículos 419-6 y 419-7 de la misma Constitución disponen que requiere de aprobación previa de la Asamblea Nacional la ratificación o denuncia de los tratados o convenios internacionales que comprometan al país en acuerdos de integración y los que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. Es decir, la Constitución prevé que para que los tratados internacionales tengan eficacia interna, es necesario un acto de la Asamblea Nacional, lo cual equivale a aceptar la aplicación de la concepción dualista para el derecho andino primario.

A su vez, en el Perú, respecto de las organizaciones comunitarias, el artículo 44 de la Constitución Política señala que “es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana”. Concretamente, respecto de la integración de la normatividad andina primaria al derecho interno peruano, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, según el cual “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, se aplica la concepción monista, ya que, como lo ha dicho la doctrina, por regla general “las normas convencionales internacionales, una vez que han entrado en vigor internacionalmente, se incorporan automáticamente al derecho interno sin requerir ningún acto posterior interno de conversión o incorporación al ordenamiento jurídico interno”¹⁹.

Finalmente, respecto de Bolivia, debe señalarse que es el único país de la Comunidad Andina de Naciones en cuya Constitución no se encontraba mención alguna a principios o normas relacionados con la integración económica o el derecho comunitario²⁰. Sin embargo, dicha situación cambió con la Constitución Política de 2009, en la cual pueden observarse diversas normas relacionados con la integración latinoamericana, como el artículo 265 que promueve la integración y

17 En relación con la distinción entre derecho comunitario andino primario y secundario, véase a SÁCHICA, Luis Carlos. Op. cit., p. 129 y ss.

18 Véase Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.

19 Véase Corte Constitucional, sentencia C-227 de 1999.

20 ORDÓÑEZ, Jorge Danós, “Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”. En *Fuentes del derecho administrativo, Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2010, p. 623 y 624.

el artículo 410-II sobre el rango normativo de los tratados de derecho comunitario andino en el derecho interno. Igualmente, a partir de otras normas constitucionales, puede concluirse que respecto de la normatividad andina primaria tiene lugar la aplicación de la concepción dualista, pues el artículo 158-I-14 señala que es función del Congreso ratificar los tratados internacionales, los artículos 257-II-3 y 257-II-4 disponen que requieren aprobación mediante referendo popular los tratados internacionales que impliquen “integración económica estructural” o “cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración”, y el artículo 410-II establece que el bloque de constitucionalidad está integrado por las normas del derecho comunitario ratificadas por el país, lo cual evidencia claramente la necesidad de procedimientos especiales de incorporación del derecho comunitario primario al derecho interno boliviano.

2.2. La recepción de las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario

A diferencia de lo que ocurre con la normatividad andina primaria, la normatividad andina secundaria goza de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros. Es decir, que una vez expedida por el órgano andino competente, es de obligatorio cumplimiento para los países miembros, sin necesidad de que se expida un acto de incorporación, aplicándose así la concepción monista respecto de esta clase de normas. Esta conclusión se desprende del artículo 3º del Protocolo de Cochabamba, según el cual, “las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros”.

La misma conclusión ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aunque con una redacción imprecisa que parecería indicar que la solución es igual para el derecho primario y el derecho derivado, en los siguientes términos:

las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, cualquiera que sea su forma (Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones) son, por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los Órganos del Acuerdo y los particulares²¹.

21 Véase a CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. “Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino”. En *Testimonio Comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec>>

Así mismo, las jurisprudencias de los países miembros también han reconocido la eficacia directa e inmediata de las normas andinas secundarias. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado lo siguiente:

La sujeción del Estado colombiano a los órganos supranacionales implica, necesariamente, que sus disposiciones sean aplicables directamente en el ordenamiento interno, tal como lo dispone el artículo 3° del Tratado. Sobre el particular, en la sentencia C-231/97 la Corte acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia: [...] En aquella ocasión la Corte Suprema de Justicia determinó la inconstitucionalidad de esa disposición legal (incisos 2° y 3° del artículo 2° de la ley 8 de 1973) con base en los siguientes argumentos: “...el tratado establece mecanismos en virtud de los cuales los signatarios quedan sujetos a las normas que dicten los órganos constitutivos de la institución internacional así creada. Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto ; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales (...) Es así como providencias de los órganos del acuerdo son eficaces respecto de las naciones a cuyo cumplimiento se destinan. Desde este punto de vista las disposiciones regionales, en el seno de los Estados que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus resultados, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencian por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas. Pero versan sobre parecidas materias. La adquisición de poderes reguladores por los organismos comunitarios, en el derecho de integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional. Sean cuales fueren las denominaciones apropiadas, en la integración económica de varios países constituye nota relevante y diferencial que éstos pierden potestades legislativas que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas y que las ganen a su favor los organismos regionales²².

De la misma manera, el Tribunal Constitucional peruano²³ y la entonces Corte Suprema de Justicia ecuatoriana (denominada Corte

22 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-227 de 1999.

23 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-227 de 1999.

Nacional de Justicia en la Constitución de 2008)²⁴ han reconocido que la normatividad andina secundaria, una vez es adoptada y se cumplen todas las formalidades para que tenga eficacia, goza de plenos efectos en los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

De lo anterior, puede concluirse que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho andino primario, respecto del cual no existe una posición uniforme de los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, la aplicación del derecho andino derivado sí ha sido aceptada bajo la figura del monismo y, en consecuencia, con aplicación del principio de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros.

3. EL RANGO NORMATIVO DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS

Una vez precisados los mecanismos de incorporación tanto del derecho andino primario como secundario, corresponde ahora analizar el rango normativo con el cual se produce la incorporación del derecho comunitario dentro del ordenamiento jurídico interno de los países miembros.

Para el efecto, en primer lugar, debe hacerse notar que dicho análisis se fundamenta principalmente en el concepto de primacía, que es una de las características más importantes que se atribuye al derecho comunitario, que también es identificada por la jurisprudencia y la doctrina como prevalencia o preeminencia del derecho comunitario, con base en el principio de distribución de competencias²⁵ (3.1). Sin embargo, la aplicación de ese atributo no excluye, como parecería deducirse de algunas posiciones jurisprudenciales y doctrinales, la aplicación del criterio jerárquico o de la categoría normativa con la cual se incorporan las normas comunitarias a los ordenamientos jurídicos internos (3.2).

3.1. La primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos

Este atributo de la primacía del derecho comunitario ha sido construido por la jurisprudencia comunitaria europea desde las sentencias Van Gend and Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa/ENEL de 15 de junio de 1964. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas manifestó:

24 Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional del Perú, resolución de 18 de mayo de 2005, expediente 0044-2004-AI/TC, quien fundamentó una decisión en la aplicación de la Decisión 351 de la CAN sobre derechos de autor y derechos conexos.

25 Puede verse Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Tercera Sala de lo Civil, sentencia de 5 de octubre de 1999, citada por TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. *El derecho andino en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.81.

Considerando que...el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus respectivas jurisdicciones [...] Considerando que... surgido de una fuente autónoma, el Derecho nacido del tratado no podría, en función de su naturaleza específica original, vérsese oponer judicialmente un texto interno cualquiera que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se pusiera en causa la base jurídica de la misma Comunidad [...] Considerando que...al establecer una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad jurídica, de capacidad, con facultad de representación internacional, y más, en concreto, con poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad estos han limitado, aunque en ámbitos restringidos sus derechos soberanos y creado así un corpus normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos. [...] Considerando que esta integración de disposiciones que provienen de fuente comunitaria en el Derecho de cada país miembro y, de modo más general, los términos y el espíritu del Tratado tienen como corolario la imposibilidad en que están los Estados de hacer prevalecer en contra de un orden jurídico aceptado por ellos, sobre la base de la reciprocidad, una medida ulterior unilateral que no puede, en consecuencia serle opuesta²⁶.

En concordancia con lo anterior, la doctrina europea ha expresado que el principio de primacía “consiste en la preferente aplicación del derecho comunitario (originario y derivado) sobre el derecho interno en caso de conflicto de normas de uno y otro origen”²⁷ y que, por lo mismo, la norma comunitaria goza “de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional que, en consecuencia, resulta desplazada por ella”²⁸. Como consecuencia práctica de este principio, ha dicho la doctrina que respecto del derecho comunitario “no es aplicable el principio de *lex posterior*, ni tampoco el de la ordenación jerárquica por rango de la legislación interna, ya que la primacía determina la aplicación preferente del derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea»

26 Sobre los principios de ordenación de las relaciones internormativas, y la diferencia entre jerarquía, primacía o prevalencia y distribución de competencias, véase a MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Derecho administrativo y sistema de fuentes*. Madrid: Iustel, 2009, p. 82 y ss, y a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000, p. 176 y ss.

27 El texto de la sentencia puede ser consultado en MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. El ordenamiento jurídico*. Madrid: Iustel, 2006, p. 477.

28 GARRIDO FALLA, Fernando *Tratado de derecho administrativo*, 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 357.

la norma interna”²⁹.

Este principio de la primacía igualmente tiene aplicación en las relaciones entre el derecho comunitario andino y los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones. Al respecto, debe hacerse notar que el artículo 4º del Protocolo de Cochabamba, modificatorio del artículo 5º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, establece que “los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, disposición de la cual ha derivado la jurisprudencia andina la prevalencia del derecho comunitario, tanto primario como derivado.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia ha señalado que la primacía que se reconoce al ordenamiento jurídico andino, tanto primario como secundario,

conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo de modo que cuando se trate de aplicar normas legales a actuaciones jurídicas contempladas en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento comunitario con preferencia sobre el derecho interno.

Sobre este particular el artículo 5 [del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el artículo 4º del Protocolo de Cochabamba] impone a los Países Miembros dos obligaciones básicas: una de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del Ordenamiento jurídico comunitario; y la otra, obligación de no hacer, a fin de que no se adopten medidas que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario.

Por la obligación de no hacer, los Países adquieren el compromiso de no adoptar actitudes o expedir actos - sean legislativos, judiciales, ejecutivos administrativos o de cualquier otra naturaleza - que puedan contradecir u obstaculizar la aplicación del Régimen Jurídico Andino. Estas obligaciones se refieren tanto al respeto del derecho primario como del derivado, ... que debe acatarse por todos los órganos de los Países Signatarios del Acuerdo de Cartagena³⁰.

Específicamente en relación con los vínculos entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento jurídico colombiano, la aplicación del mencionado principio de primacía ha sido reconocida por la Corte Constitucional colombiana, quien, aunque utilizando la denominación de “prevalencia” en vez de la de “primacía”, ha expresado lo siguiente:

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 160.

30 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 115.

el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena- implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. [...] En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga)-dentro del efecto conocido como *preemption*-a la norma nacional³¹.

Ahora bien, según lo tiene entendido la doctrina, la aplicación del principio de primacía se basa en el criterio de distribución de competencias, en tanto que con la conformación de las comunidades los países miembros ceden parte de sus competencias normativas a los órganos comunitarios³².

Con fundamento en esa idea de cesión de competencias, en relación con el efecto concreto que genera la primacía del derecho comunitario, la jurisprudencia andina ha señalado que las normas internas no son propiamente derogadas por las normas comunitarias, sino que son desplazadas y, en caso de ser contrarias, resultan inaplicables, en los siguientes términos:

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. ... No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de

31 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 30 de octubre de 1996, Proceso 1-AI-96, de la Junta Directiva del Acuerdo de Cartagena contra la República de Ecuador, en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 234, 21 de noviembre de 1996, en la cual se hace referencia a múltiple jurisprudencia del Tribunal que sostiene la aplicación directa y la preeminencia del derecho comunitario andino.

32 Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996.

crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas.

En definitiva, frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros “no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprendidos (sic) ‘a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación, como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado de 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal” (Sentencia dictada en el expediente N° 2-IP-88. Gaceta Oficial N° 33, del 26 de junio de 1988)³³.

Esta conclusión es perfectamente aplicable en el derecho colombiano, pues en virtud de la suscripción de los tratados de constitución de la Comunidad Andina, y con base en el artículo 150-16 de la Constitución Política, la regulación de determinadas materias ha pasado a ser competencia de las autoridades comunitarias y ha dejado de ser competencia de las autoridades internas, por lo cual, respecto de esas materias, las normas comunitarias se aplican de manera preferente respecto de las normas internas, por ser las originadas en el órgano competente³⁴.

Idéntica conclusión puede predicarse del derecho ecuatoriano a partir de los artículos 419-6 y 419-7 de la Constitución Política, que autorizan la cesión a organismos internacionales o supranacionales de competencias propias del orden jurídico interno, dentro del marco de un acuerdo de integración. De la misma manera, en el derecho boliviano el artículo 257-II-4 permite hacer dicha cesión de competencias dentro del marco de procesos de integración. Por su parte, en el derecho peruano, a pesar de que no exista una previsión constitucional expresa a ese

33 Véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 160 y 161, y a MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 476 y ss.

34 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de 21 de agosto de 2002, Proceso 34-AI-01, Caso VIAGRA, de la Secretaría General contra la República de Ecuador, en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 835, 25 de septiembre de 2002. Sobre el mismo punto, la doctrina ha expresado: “Una vez en vigor, el derecho comunitario tiene primacía sobre el derecho interno y, en el caso de los Tratados y reglamentos, un efecto directo...Las normas de derecho comunitario, cada una según su propia eficacia, desplazan a cualquier norma de derecho interno, ya sean éstas de rango legal o reglamentario, emanadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas o, en su caso, por otros entes menores, incluso si se trata de una norma posterior a la comunitaria con la que pueda entrar en conflicto”, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 158.

respecto, el hecho de hacer parte de la Comunidad Andina de Naciones y de incorporarse directamente a su ordenamiento las normas andinas, también permite aplicar la conclusión expuesta.

3.2. La jerarquía de las normas comunitarias dentro del derecho interno al cual son incorporadas

En primer lugar, debe destacarse que la doctrina ha centrado el análisis de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno básicamente sobre la base de la distribución de competencias y la consecuente primacía del derecho comunitario en los temas cedidos a la organización comunitaria en virtud de esa distribución, sin detenerse en mayor medida sobre el principio de jerarquía. Sin embargo, excepcionalmente se encuentran algunas reflexiones sobre la dificultad que genera, desde el punto de vista jerárquico, la incorporación del derecho comunitario. Así, por ejemplo, ha dicho la doctrina:

La jerarquía, en efecto, podría reconocerse, en todo caso, a unas normas concretas: los tratados. Pero no es fácil aplicar por extensión a los reglamentos y directivas comunitarias la misma condición y reconocerles el mismo rango que a los tratados o, al menos, un rango superior a las leyes³⁵.

Frente a esa dificultad, la doctrina se ha limitado a considerar que el principio de la jerarquía no es el que explica de manera clara las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos, sino que es el principio de la competencia o, mejor, la cesión de competencias constitucionales internas a los órganos comunitarios, el que mejor explica la primacía y eficacia directa que tiene el derecho comunitario. Así, se ha explicado que “la relación que existe entre el derecho comunitario y el derecho interno es una relación de competencia, no de jerarquía”³⁶, por lo cual el análisis del rango normativo con el cual se incorporan las normas comunitarias en el derecho interno no ha sido un problema que llame particularmente la atención a la doctrina.

Sin embargo, no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde la perspectiva de la aplicación práctica de las normas comunitarias al interior de cada uno de los Estados miembros, es evidente que el rango o jerarquía de dichas normas plantea problemas que no han sido suficientemente analizados. Así, según lo tiene entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el hecho de que

35 Véase, aunque en relación con el derecho español, pero con reflexiones perfectamente aplicables al derecho colombiano, a OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 85 y ss.

36 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit., p. 536.

las normas comunitarias, tanto originarias como derivadas, se apliquen de forma preferente sobre las normas internas, no significa que dichas normas comunitarias tengan un rango superior a las normas internas y, mucho menos, que tengan un rango constitucional. Al respecto, ha dicho la Corte:

Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional destacado en la citada sentencia No. C-231 de 1997, su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento.

Así pues, vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley. Empero, cabría considerar la hipótesis de que la incorporación del derecho comunitario en el bloque de constitucionalidad tuviera una base constitucional diferente del artículo 93. En este sentido, es de mérito anotar que para esta Corte, “la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta” y, en verdad, las distintas normas superiores relativas a la supranacionalidad y a la integración, si bien constituyen el fundamento constitucional de estos fenómenos, no disponen ni entrañan la prevalencia de los respectivos tratados en el orden interno, pues “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta”.

Sirven los anteriores argumentos al propósito de demostrar que no existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria³⁷.

Con fundamento en lo anterior, desde un punto de vista formal, es claro que los tratados de derecho comunitario primario se ubican dentro de la regla general de los tratados internacionales en el derecho colombiano, en el sentido de que una vez incorporados tienen

³⁷ *Ibíd.*, p. 536.

formalmente categoría de ley de la república, precisamente por haber sido adoptados en el ordenamiento interno mediante una norma con esa categoría normativa, lo cual implica que jerárquicamente son leyes de la república.

Debe hacerse notar que si bien la Corte Constitucional colombiana ha expresado que las normas comunitarias no hacen parte de “un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria”, a la luz del principio de primacía explicado atrás dicha expresión debe ser entendida simplemente desde una perspectiva jerárquica, pues los tratados de derecho comunitario primario gozan de primacía frente a la ley común en virtud de lo señalado en los mismos tratados primarios y habida cuenta de la cesión de competencias normativas hecha por el Estado a autoridades comunitarias con ocasión de la suscripción de los tratados.

Adicionalmente, debe resaltarse que a pesar de que la Corte Constitucional colombiana en ocasiones utilice el concepto de “prevalencia” como sinónimo de norma con rango constitucional, específicamente al analizar el artículo 93 de la Constitución Política, según lo explicado a propósito de los tratados internacionales tradicionales, ello no quiere decir que cuando utiliza ese concepto de “prevalencia” como sinónimo del principio de primacía del derecho comunitario, las normas de dicho derecho puedan ser entendidas como normas con categoría constitucional. En ese sentido, aparecen dos acepciones del concepto de “prevalencia” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: la “prevalencia” consagrada en el artículo 93 de la Constitución Política, que significa que los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en dicha norma no son solamente superiores a la ley sino que tienen categoría de norma constitucional, y la “prevalencia” del derecho comunitario, que debe ser entendida como primacía o preeminencia del mismo, en los términos explicados, que no conlleva reconocimiento de categoría constitucional.

En el derecho ecuatoriano ocurre algo semejante, pues los artículos 161-3 y 161-4 constitucionales simplemente señalan que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno mediante una ley del Congreso Nacional, lo cual equivale a decir que se incorporan con la categoría de ley, sin que ello suponga desconocer el principio de primacía aplicable a las normas comunitarias.

En el derecho peruano la situación es similar. En efecto, como lo tiene claro la doctrina, del artículo 200 de la Constitución Política se desprende que, salvo los tratados de derechos humanos, los demás tratados internacionales se incorporan con categoría inferior a la Constitución, es decir, dentro de la segunda categoría normativa de la pirámide jurídica, con una jerarquía igual a la de las leyes y las normas con rango de ley³⁸. De esta forma, debe entenderse que las normas

38 Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998. En sentido similar, véase Corte

comunitarias andinas primarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno peruano con categoría de ley, por supuesto, sin que ello signifique desconocer la primacía que las caracteriza en caso de conflicto con las leyes ordinarias internas y con otras disposiciones de derecho interno.

Finalmente, en el derecho boliviano la situación es particular. Así, de acuerdo con el artículo 410-II, las normas de derecho comunitario ratificadas por el país forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre en los demás países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, las normas del derecho andino primario (que son las que deben ser objeto del procedimiento de ratificación, pues las del derecho derivado se incorporan automáticamente) se incorporan al ordenamiento jurídico interno boliviano con rango constitucional.

En lo que tiene que ver con el derecho andino derivado, es importante hacer notar que no todas sus normas tienen la misma categoría, aún al interior del mismo ordenamiento jurídico andino, es decir, que el reconocimiento de un derecho andino implica la aplicación de un principio de jerarquía normativa al interior del mismo. En efecto, de acuerdo con el ámbito de competencias de cada uno de los órganos andinos que tienen competencias normativas, sus normas pueden tener un rango diferente así: las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina tienen un rango superior, en la medida en que dichos órganos tienen las competencias normativas generales en la estructura comunitaria, mientras que las Resoluciones de la Secretaría General tienen un rango inferior, en tanto que las atribuciones normativas de este órgano se limitan a la reglamentación para la ejecución administrativa de la normatividad andina expedida por el Consejo y la Comisión mencionados³⁹.

Teniendo en cuenta esa distinción de rangos de la normatividad andina dentro de la misma estructura normativa interna de la Comunidad, es lógico pensar que la posición jurídica en la cual se incorporan al derecho interno, desde el punto de vista formal, varía según la clase de norma andina secundaria de que se trate. Lo anterior significa que, contrariamente a lo expresado por la doctrina citada atrás, las relaciones entre las normas comunitarias y los ordenamientos jurídicos internos, concretamente la incorporación al derecho interno, no puede basarse simplemente en los principios de primacía y competencia, sino que en su incorporación es también importante el análisis del principio de jerarquía.

Ahora bien, lo expresado no significa que deba desconocerse la primacía en el sentido de que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas internas sin importar la posición jerárquica en que se incorporen, pero sí es necesario que exista una asimilación a los rangos

Constitucional, sentencia C-155 de 2007.

39 ORDÓÑEZ, Jorge Danós. Op. cit., p. 627 y ss.

normativos internos. Lo anterior es especialmente importante para conocer las competencias y la forma en que se habrá de dar ejecución interna a la normatividad comunitaria, así como para conocer la eficacia concreta que cada norma comunitaria habrá de tener. Al respecto, debe precisarse que, a la luz del principio de primacía, lo afirmado podría traducirse en que es posible que una norma comunitaria de inferior categoría resulte desconociendo una ley interna sin que ello haga ilegal la norma comunitaria, salvo que la misma desconozca la distribución de competencias fijada en el derecho andino originario o que desconozca una norma andina de superior jerarquía, casos en los cuales será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina quien se encargue de asegurar la aplicación del principio de legalidad.

De manera concordante con lo anterior, puede decirse que la primacía del derecho comunitario no se traduce en una “primacía en la validez, sino solo una primacía en la ejecución”, de tal manera que “la disposición jurídica [interna] incompatible con una regulación comunitaria no es, por lo tanto, nula, sino únicamente inaplicable al caso particular”⁴⁰. En ese orden de ideas, no existiendo una primacía absoluta de parte del derecho comunitario, no cabe duda de que el principio de la jerarquía resulta relevante para entender la forma como las normas comunitarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno.

Así las cosas y con los límites enunciados, debe entenderse que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina se incorporan a los derechos internos de los países miembros con categoría de ley, como lo ha reconocido expresamente para el caso colombiano el Consejo de Estado respecto de las decisiones de la Comisión⁴¹.

Respecto de las demás normas andinas secundarias, no conocemos pronunciamientos jurisprudenciales de las cortes de los países miembros en cuanto a la posición en la cual se incorporan. En particular, respecto de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en la medida en que las mismas tienen idéntico rango normativo que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina al interior del ordenamiento jurídico andino⁴², debe entenderse

40 Sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y sus jerarquías, véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, cit., p. 174 y ss.

41 MAURER, Hartmut. Op.cit., p. 129.

42 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de febrero de 1991, expediente 836: “las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son actos de categoría legal en nuestro régimen interno, sometidos, por lo mismo, al régimen propio de las leyes en todo aquello que no sea incompatible con la normatividad superior del derecho comunitario andino”. En igual sentido, véanse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de junio de 1992, expediente 2009 y sentencia de 6 de agosto de 1998, expediente 3409. De manera concordante con lo expuesto en el texto, en estas providencias el Consejo de Estado colombiano aceptó que las mencionadas Decisiones se incorporan con categoría de ley y, por lo mismo, son susceptibles de ser aplicadas y desarrolladas en el derecho interno colombiano por el presidente de la república mediante decretos reglamentarios, como lo son las demás leyes ordinarias en Colombia.

que al ser incorporadas a los derechos internos de los países miembros, desde el punto de vista formal su posición será también la de una ley, como ocurre con las Decisiones de la Comisión.

Además, en relación con las Resoluciones de la Secretaría General, si bien tampoco se conocen pronunciamientos expresos de las jurisprudencias internas sobre la posición formal en la cual se incorporan a los respectivos ordenamientos jurídicos, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento comunitario andino gozan de una categoría inferior al de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁴³, en su incorporación en los derechos internos el rango normativo que tendrán será igualmente inferior al de la ley, pues si dichas Decisiones se incorporan con rango de ley, las Resoluciones deben ingresar en una posición inferior, similar a la de las decisiones administrativas internas, para conservar la coherencia del sistema interno con el ordenamiento jurídico andino.

Sin embargo, debe reiterarse que el rango normativo con el cual ingresan las normas andinas, primarias y secundarias, no se limita al carácter de ley o de acto administrativo, pues no puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico andino goza de primacía sobre la normatividad interna preexistente o que con posterioridad se expida y que regule las mismas materias, habida consideración de la cesión de competencias hecha por los países miembros a los órganos de la Comunidad Andina de Naciones para la regulación de esas materias.

CONCLUSIONES

Como resultado de los análisis y comentarios realizados en las páginas anteriores, podemos expresar las siguientes conclusiones:

En la actualidad, como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes de derecho internacional. Dentro de ese contexto, la consolidación de las organizaciones comunitarias y la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, entre otras: el desplazamiento en algunos casos de autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades

43 Véase a QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*, cit., p. 189: “Además, debe tenerse en cuenta que tanto el TTJ [Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina] como el propio TJCA [Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina] colocan a ambas Decisiones en una situación de igualdad jurídica o de equivalencia normativa dentro del ordenamiento jurídico andino, en un rango inferior al AC [Acuerdo de Cartagena] y al TTJ y superior a las Resoluciones de la SG [Secretaría General]”.

internas. Esta última consecuencia es la más relevante para el derecho administrativo sustancial y tiene que ver, fundamentalmente, con la forma como se incorpora la normatividad andina a los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros y el rango normativo con el cual se produce esa incorporación.

La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino, en la mayoría de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones, implica una expresión del dualismo jurídico en la medida en que se suele requerir un acto de incorporación al derecho interno. Así, la Constitución de Ecuador exige un acto del poder legislativo, la Constitución de Colombia exige la intervención tanto del poder legislativo como del poder judicial y la Constitución de Bolivia exige un referendo popular aprobatorio. En cambio, en el caso de Perú se aplica la concepción monista en tanto que los tratados, una vez suscritos y en vigor, forman parte del derecho interno sin necesidad de acto alguno de incorporación.

1. En la actualidad, como consecuencia de fenómenos como la globalización de la economía y la internacionalización del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes de derecho internacional. Dentro de ese contexto, la consolidación de las organizaciones comunitarias y la aparición del derecho comunitario ha generado diversas consecuencias sobre el derecho administrativo, entre otras: el desplazamiento en algunos casos de autoridades administrativas internas por autoridades comunitarias; el desplazamiento del juez administrativo interno por el juez comunitario, y la ampliación de las fuentes de la legalidad aplicables a las decisiones de las autoridades internas. Esta última consecuencia es la más relevante para el derecho administrativo sustancial y tiene que ver, fundamentalmente, con la forma como se incorpora la normatividad andina a los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros y el rango normativo con el cual se produce esa incorporación.

2. La recepción de las normas primarias u originarias del derecho comunitario andino, en la mayoría de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones, implica una expresión del dualismo jurídico en la medida en que se suele requerir un acto de incorporación al derecho interno. Así, la Constitución de Ecuador exige un acto del poder legislativo, la Constitución de Colombia exige la intervención tanto del poder legislativo como del poder judicial y la Constitución de Bolivia exige un referendo popular aprobatorio. En cambio, en el caso de Perú se aplica la concepción monista en tanto que los tratados, una vez suscritos y en vigor, forman parte del derecho interno sin necesidad de acto alguno de incorporación.

3. En cambio, las normas secundarias o derivadas del derecho comunitario andino, según se desprende de diversas normas andinas

primarias y de su interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, gozan de eficacia inmediata y directa en los diversos ordenamientos jurídicos de los países miembros, es decir, que una vez expedidas por el órgano andino competente, son de obligatorio cumplimiento para los países miembros, sin necesidad de que se expida un acto de incorporación, aplicándose así la concepción monista, conclusión que ha sido aceptada expresamente por las jurisprudencias de algunos de los países miembros

4. En cuanto al rango normativo del derecho comunitario andino dentro de los derechos internos, su principal atributo es la supremacía, prevalencia o preeminencia del derecho comunitario, tanto originario como derivado, sobre el derecho interno en el sentido de que la norma comunitaria goza de prioridad en su aplicación respecto de cualquier norma nacional. Este atributo se desprende de lo dispuesto en los tratados que forman parte del derecho primario y de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y se basa en la aplicación del principio de separación de competencias en tanto que con la conformación de las comunidades los países miembros ceden parte de sus competencias normativas a los órganos comunitarios, cesión que es autorizada por las diversas Constituciones de los países miembros.

5. Sin embargo, la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario no excluye la utilización del principio de jerarquía respecto de las normas del derecho andino una vez incorporadas en los derechos internos, pues en algunos casos es necesario determinar el grado con el cual se incorporan las normas comunitarias al ordenamiento jurídico interno. Al respecto, sin desconocer el atributo de la primacía, las normas de derecho primario en Colombia, Ecuador y Perú se incorporan con grado de ley, mientras que en Bolivia lo hacen con categoría constitucional. A su vez, en relación con las normas de derecho secundario o derivado, como no todas tienen la misma categoría al interior del ordenamiento jurídico andino, su incorporación en el derecho interno, también sin desconocer su primacía ni su eficacia directa, se producirá en algunos casos con categoría de ley, como las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina y, en otros con categoría de disposiciones administrativas, como las Resoluciones de la Secretaría General, recordando siempre que para el derecho andino derivado no es necesario un acto formal de incorporación de algún órgano interno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, Atilio Anibal (Ed.). *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, 2 ts. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

ÁLVAREZ, Gonzalo. “Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

Subsistema de Integración Económica Centroamericana (SIECA)". En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 151

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. "Fundamentos constitucionales del derecho comunitario andino". En *Testimonio Comunitario*. Disponible en: <<http://www.tribunalandino.org.ec>>

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

DROMI, Roberto; EKMEKDIJIAN, Miguel y RIVERA, Julio. *Derecho comunitario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.). *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando *Tratado de derecho administrativo*, 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1996.

GORDILLO, Agustín. "La creciente internacionalización del derecho". En FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Ed.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ISAAC, Guy. *Manual de derecho comunitario general*. Traducción de la 4ª ed. francesa. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

LÓPEZ BRAVO, Alfredo. "Comunidad del Caribe: CARICOM". En NEGRO, Sandra (Ed.). *Derecho de la integración: Manual*. Montevideo: Editorial B. de F., 2010, p. 169.

LÓPEZ GUERRA, Luís; et al. *Derecho constitucional*. 7ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, vol. I.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo, parte general*. Traducción

de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”. En *Tratado de derecho comunitario europeo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 509.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Derecho administrativo y sistema de fuentes*. Madrid: Iustel, 2009, p. 82

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. El ordenamiento jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

ORDÓÑEZ, Jorge Danós, “Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”. En *Fuentes del derecho administrativo, Memorias del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2010.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Sl: Ariel, 1987.

QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio. *Instituciones y derecho de la comunidad andina*. Valencia: Universidad de La Coruña y Tirant Lo Blanch, 2006.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El derecho administrativo frente a la internacionalización del derecho y en particular frente al derecho comunitario”. En RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Introducción al derecho comunitario andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés, 2000.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. “Los tratados como fuente del derecho en la Constitución”. *Revista de Administración Pública*, 1979, n° 90, 1979.

TANGARIFE TORRES, Marcel. *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002.

TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric. *El derecho andino en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Libardo Rodríguez Rodríguez es Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

TEORÍA DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS APLICADA AL MERCOSUR: EL CASO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

TEORIA DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS APLICADA AO MERCOSUL: O CASO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

Santiago Deluca*

Resumen: La conducción y gerencia de las organizaciones del estado se desarrollan en un ambiente gerencial y político. Lo que es estratégico en las organizaciones del mercado es político-estratégico en lo público. Por lo tanto, la estructura de las organizaciones públicas y su forma de gobierno reflejan condiciones jurídicas, políticas, sociales y culturales que delimitan su forma de gestión. La misma afirmación es replicable a la organización y conducción de procesos de integración como el MERCOSUR, en tanto requirió de la definición de su estatus jurídico internacional, el establecimiento de reglas –normas– de actuación predeterminadas y la creación de estructuras institucionales u organizativas encargadas de aplicar las directrices establecidas por los Estados que conforman el bloque. Desde esta perspectiva y tomando como parámetro las teorías aplicables a la gestión de las organizaciones públicas, se analiza el MERCOSUR y su estructura orgánica, principalmente el Tribunal Permanente de Revisión, con el objeto de comprender la metodología de su funcionamiento. Además, se intenta explicar en qué medida ese andamiaje permite un manejo institucional o gobernanza eficaz y eficiente.

Resumo: A condução e gestão de organizações estatais ocorrem em um ambiente gerencial e político. O que é estratégico nas organizações de mercado é político-estratégico na esfera pública. Portanto, a estrutura das organizações públicas e sua forma de governo refletem condições legais, políticas, sociais e culturais que definem sua forma de gestão. A mesma afirmação é possível replicar para a organização e realização dos processos

* Asociación de Estudios de Integración - AdEI, Argentina.

E-mail: delucasantiago@hotmail.com

Recibido: 01/08/2018. Aceptado: 09/08/2018.

La presente obra registra un proceso de madurez propio de la gestión, la actividad académica y el paso del tiempo. Se trata de una adaptación parcial y actualización del trabajo presentado para la aprobación del Programa del curso virtual de posgrado.

de integração como o MERCOSUL, enquanto foi necessária a definição do seu estatuto jurídico internacional, o estabelecimento de regras -normas- de desempenho predeterminadas e a criação de estruturas institucionais ou organizacionais responsáveis pela execução das diretrizes estabelecidas pelos Estados que compõem o bloco. A partir desta perspectiva e tendo como parâmetro as teorias aplicáveis à gestão da administração pública, é analisado o MERCOSUL e sua estrutura organizacional, principalmente o Tribunal Permanente de Revisão, a fim de compreender a sua metodologia de operação. Além disso, tentamos explicar em que medida seu andaime permite uma gestão e governança institucional mais eficaz e eficiente.

Palabras clave: Procesos de integración, MERCOSUR, Administración pública, Tribunal Permanente de Revisión

Palavras-chave: Processos de integração, MERCOSUL, Administração pública, Tribunal Permanente de Revisão

1. ASPECTOS PRINCIPALES DE LAS TEORÍAS DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS

Si bien el desarrollo acabado de las teorías de las organizaciones públicas excede el marco de análisis de este trabajo, corresponde hacer un breve repaso en respecto de qué se entiende por gestión pública y sus tendencias actuales, las tipologías organizativas, las perspectivas descentralizadoras y la relación existente entre la organización pública estatal y no estatal, como su vinculación con el sector privado.

Ello, con el objeto de establecer un marco conceptual mínimo en torno al cual se analizará al MERCOSUR y al Tribunal Permanente de Revisión.

1.1. Tendencia en materia de nueva gestión pública

Gestionar es gestar, es lograr objetivos transformando la realidad preexistente, agregar valor, justificar una presencia legítima en función de las expectativas generadas por esa gestión y el uso dado a los medios puestos a disposición. Gestionar, en suma, es lograr resultados pero no cualquier resultado, sino el esperado, el consensuado¹.

Desde la perspectiva de la gestión pública, es posible caracterizar aquellos enfoques que, entendiéndola como una acción permanente del estado frente la sociedad, plantean la necesidad de una organización estable y reglada por normas legítimas

¹ Conforme OSZLAK, Oscar. Nuevos Modelos Institucionales para la Gestión Pública: Experiencias Comparadas y Aplicaciones Potenciales al Caso Argentino. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministros, Programa de Modernización del Estado, 2001.

Los enfoques pueden ser muy variados y sustentarse en visiones diferentes sobre el objeto de la gestión pública. Así, haciendo propia la estructura propuesta por parte de la doctrina pueden identificarse tres visiones que dan contenido a sendos modelos de gestión: la visión ortodoxa, la visión liberal, la visión empresarial².

La visión ortodoxa orientada a la reglamentación y el centralismo, empleo de medios adecuados para el logro eficiente de resultados y con un claro enfoque profesional de la administración pública. Postula el control central sobre la planificación y ejecución de políticas públicas, el aumento de la capacidad estatal ante multiplicidad de funciones, la carrera profesional de la administración basada en capacitación, tecnologías, equipamiento y recursos presupuestarios, la limitación de interferencia política en la administración y la responsabilidad piramidal.

En segundo lugar, encontramos una visión neoliberal que responde a la lógica de mercado, confía a la administración pública servicios estrictamente subsidiarios a los que puede proveer el mercado y reduce las competencias del estado. En ella prevalece la reducción del estado, descentralización, desconcentración, desregulación y privatización, otorga preeminencia al liderazgo político sobre el técnico-burocrático, gestiona por resultados y a condiciona la toma de decisiones a un análisis de costo-beneficio.

Por último, la visión gerencial o posburocrática caracterizada por el uso de técnicas del sector privado para reducir costos y mejorar resultados de gestión, se apoya en procesos definidos para lograr resultados con mejor asignación de recursos y uso de tecnología, considera al cliente-ciudadano como el destinatario de la gestión y prioriza el concepto de calidad como criterio dominante de gestión. Insta la tercerización, asociación gobierno-sociedad civil, voluntariado, prioriza la gestión participativa y la calidad como requisito de gestión pública, estimula la competencia, visualiza al ciudadano como nuevo criterio de control de gestión y promueve la descentralización y desconcentración del aparato estatal.

1.2. Tipologías organizativas e institucionales

La arquitectura constructiva del aparato gubernamental, en mayor o menor medida, depende de la concepción o visión de modelo deseado por la sociedad en un momento histórico determinado. Así, partiendo siempre de la consideración de sistemas democráticos de gobierno podremos encontrar modelos presidencialistas que reflejan una visión más bien centralista, vertical y rígida. O parlamentarismos, signados

² MARTINS, Humberto Falcao, "Administración pública gerencial y burocracia. La persistencia de la dicotomía entre política y administración. Reforma y Democracia". Revista del CLAD, n° 9.

por una concepción más participativa y flexible, con estructuras menos verticalistas y descentralizadas.

Sea cual fuere el modelo escogido por una sociedad, podremos identificar en la estructura del estado cuatro clases o tipos de organizaciones públicas: ministerios, agencias ejecutivas, agencias regulatorias y entes públicos no estatales; cada una de ellas con su respectivo grado de responsabilidad. Esta tipología debe ser analizada conjuntamente con un modelo conceptual de reforma estatal que discrimina entre funciones propias del estado y funciones de otras instancias sociales³.

Otro enfoque sobre los tipos de organismos posibles caracteriza las distintas clases de unidades estatales según diferentes niveles: ministerial y dependencias directas, estratégico general, estratégico operativo, estratégico operativo sectorial, operativo de actividades y recursos y operativo de tareas y recursos. Esta forma de conceptualización resulta útil en el diseño de nuevos modelos de gestión político-institucional del estado⁴.

Finalmente, otro tema íntimamente relacionado con el de los modelos organizativos y los niveles de responsabilidad jerárquica y funcional, es el relativo a los instrumentos jurídicos utilizables para el ejercicio de competencias, asignaciones de responsabilidades y transferencias de propiedades. Se distinguen instrumentos que fundamentan acciones orientadas a diferentes objetivos: hacia adentro de la propiedad estatal y hacia fuera de la propiedad estatal. Algunas de estas acciones han sido englobadas bajo el término paraguas de devolución, que incluye todo tipo de transferencia de responsabilidades del estado hacia sus instancias descentralizadas y jurisdicciones subnacionales.

1.3. Organizaciones públicas no estatales y asociaciones público-privadas

El estado puede ser considerado innovador cuando se muestra proactivo en cuanto a establecer modelos de vinculación con sectores de la sociedad civil con los cuales puede interactuar como socio, compartiendo objetivos, medios, riesgos y ganancias.

Entre otros tantos supuestos, los servicios no exclusivos pueden ser encarados, en el estado gerencial, por medio de organizaciones sociales de carácter no gubernamental, abriendo la posibilidad a la interrelación público-privada. Es una alternativa entre el estatismo y la privatización.

³ Sobre el particular ver BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma del Estado para la Ciudadanía*. Buenos Aires: CLAD – EUDEBA, 1999.

⁴ OSZLAK, Oscar, Op. cit., p. 12. Se continúa utilizando en este trabajo la estructura de la presentación efectuada por el autor.

El proceso de publicitación asegura el carácter público pero de derecho privado de la nueva entidad, lleva a una mayor autonomía administrativa y garantiza el suministro de recursos presupuestarios. Generalmente se relacionan con el campo social⁵.

Por su parte, una de las variantes más dinámicas de las innovaciones en el sector público lo constituyen las vinculaciones asociativas entre el gobierno y otras organizaciones de la sociedad civil. Estos vínculos se sustentan en tres pilares básicos: poder compartido, acción conjunta y beneficios mutuos. Una vinculación estratégica con el sector privado de este tipo implica moverse más allá de una simple especificación de servicios y estar preparado para explorar con los socios cuál es la mejor forma de lograr resultados. Además, incluye una apertura hacia los niveles y funciones estratégicas del estado, así como analizar conjuntamente las necesidades emergentes del Departamento⁶.

Finalmente, en cuanto al interés que representa para este trabajo, otra opción surge de considerar que las cuestiones más importantes y significativas del estado involucran a más de un Departamento de Estado o ministerio. De ello surge la importancia de la horizontalización o amalgama de las organizaciones públicas para afrontar con mayor eficacia los objetivos de las políticas públicas que el estado ha dispuesto llevar a cabo. Dicha iniciativa lleva a crear una suerte de vínculos asociativos internos⁷.

2. EL MERCOSUR A LA LUZ DE LAS TEORÍAS DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS

El MERCOSUR es una organización de derecho público internacional con personería jurídica⁸, cuyos principios y objetivos surgen del Tratado de Asunción⁹.

En oportunidad de la firma de dicho Tratado se definió una estructura institucional de carácter principal que posteriormente fue ampliada, perfeccionada y consolidada con la suscripción y vigencia del Protocolo de Ouro Preto. Asimismo, en el transcurso de sus veintisiete años de existencia distintos instrumentos jurídicos de carácter derivado crearon más órganos con funciones y estructura específicas¹⁰, entre ellos

5 Ver BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, Op cit., 1999.

6 AMSTRONG, Jim; FORD, Robin. "Public Sector Innovations and Public Interest Issues". *The Innovation Journal*, 2000, n° 12.

7 Ibid. Se sigue nuevamente la línea argumental esgrimida por los autores en la obra y la sistematización efectuada por OSZLAK, Oscar.

8 Art. 34 Protocolo de Ouro Preto "El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional".

En adelante POP.

9 Firmado el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En adelante TA.

10 Sobre el derecho originario y derivado del MERCOSUR *vid.* DELUCA, Santiago. *Unión*

el Tribunal Permanente de Revisión¹¹.

De tal forma y a la luz de las consideraciones preliminares esbozadas puede efectuarse una primera afirmación: el proceso de integración fue concebido en consideración a una visión ortodoxa de la administración pública, aunque gradualmente –y en la creación de sus últimos órganos de forma más notoria- fue mutando su visión hacia un estilo gerencial.

Reforzando la idea y en el sentido o visión verticalista del MERCOSUR, habrá de advertirse que al referirse a su estructura institucional todos sus instrumentos normativos lo hacen mediante el empleo del vocablo “*órgano*” y no instituciones. Ello, por cuanto se da por sobreentendido que en observancia del principio de intergubernamentalidad¹², las instancias institucionales del MERCOSUR son suficientemente independientes en la ejecución de sus tareas u objetivos, pero no en su determinación o definición. Hablar de órgano permite suponer una estructura estrictamente piramidal, con delegación o transferencia de responsabilidades en la ejecución de políticas (muy pocas veces definición de ellas), pero siempre con la visión de un todo indisoluble.

Por lo general los cambios mencionados son producto de trabajos orientados en tendencias incrementales. Sin embargo, la realidad demuestra que en la mayoría de esos casos la tendencia incremental se detiene y sus resultados aparecen como consecuencia o resultado de cambios de carácter ad hoc que responden a necesidades de impulso político.

3. LAS TIPOLOGÍAS ORGANIZACIONALES APLICADAS AL MERCOSUR

Haciendo un esfuerzo interpretativo pueden aplicarse las diferentes tipologías organizacionales de la administración pública a los órganos principales de la estructura del MERCOSUR. Es decir, aquellos que a la par de presentar en forma clara una competencia de índole

Europea y MERCOSUR: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales. Rubinzal Culzoni, 2003; DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2013, n°16

¹¹ Creado por medio del art. 17 del Capítulo VII del Protocolo de Olivos, suscripto el 18 de febrero de 2002.

En adelante TPR y PO.

¹² Sobre el particular ver DELUCA, Santiago, Op. cit., 2003, así como “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*. sl: Eudeba, 2011, “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *La Administración de justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR*. sl: Eudeba, 2011 y “Tribunales Superiores de Justicia del MERCOSUR: motor del derecho y desarrollo del proceso de integración”. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, 2015, vol 80, n° 2.

política, además poseen capacidad decisoria o normativa¹³.

Así, puede decirse que el Consejo Mercado Común¹⁴, órgano principal y político del MERCOSUR, se ajusta a los criterios aplicables a nivel ministerial, representando el espectro del sector núcleo estratégico. Y el Grupo Mercado Común y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR¹⁵, órganos de carácter ejecutivo, pueden incluirse en la clasificación de agencias regulatorias, incluyéndose en el sector de actividades exclusivas del Estado.

Con lo dicho puede afirmarse que en el MERCOSUR se verifica un proceso incipiente de descentralización y delegación hacia adentro, sin que pueda afirmarse la presencia o actividad hacia afuera ante la ausencia de devolución.

En el esquema descrito no se observa creación de agencias o relaciones amplias con el sector privado. Empero, existen actividades concretas de cada uno de los órganos del MERCOSUR que en el desenvolvimiento de ejecución de sus presupuestos anuales, de forma predefinida o ad hoc, representan una tarea similar a las que se verifican en la tendencia de nuevas vinculaciones público-privada.

Aunque fallido debido a su eliminación posterior de la estructura institucional¹⁶, ejemplo de esa descentralización y delegación de competencias se apreciaba en la figura del Alto Representante General del MERCOSUR, que desempeñaba sus funciones en el ámbito del propio CMC¹⁷. Por estructura y flexibilidad de actuación para el logro de sus objetivos podía asimilarse a las agencias de gestión pública. Si bien recibía competencias del CMC y actuaba dentro de su ámbito competencial, era lo suficientemente independiente en el desarrollo de sus actividades para obtener resultados definidos por la normas, en este caso por claros objetivos de gestión.

También hay en el MERCOSUR una incidencia, aunque débil, de creación de órganos especializados al estilo agencias, cuyas competencias generan en su momento de ejecución una integración horizontal. Dos casos concretos son el Instituto Social del MERCOSUR¹⁸ y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR¹⁹. Ambas estructuras se presentan dentro de la rigidez del proceso de integración

13 Sobre el particular ver DELUCA, Santiago. "El MERCOSUR necesita su Maastricht". *Revista Pensar en Derecho*, 2012, n°1.

14 En adelante CMC.

15 En adelante GMC y CCM.

16 Ver CMC/Dec. N°6/17 que deroga la decisión de creación del órgano Alto Representante General del MERCOSUR. Sobre esta cuestión, si bien daría lugar a un nuevo trabajo, vale la pena dejar sentado que esta es la primera vez en los veintisiete años de existencia del MERCOSUR que un órgano es derogado de su estructura. Ha ocurrido que han caído en desuso, mas principalmente por cuestiones políticas nunca se llegó a la derogación.

17 Creado por CMC/Dec. N°63/10.

18 Creado mediante CMC/Dec. N°37/08. En adelante ISM.

19 Creado mediante CMC/Dec. N°14/09. En adelante IPPDH.

como las más innovadoras, teniendo la primera a su cargo la definición y ejecución de planes de trabajo para implementar los lineamientos estratégicos y actividades encomendadas por la Reunión de Ministros de Acción Social y el segundo el fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Parte mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos mediante la cooperación.

No obstante estos avances, justo es reconocer que en el MERCOSUR se verifica una tendencia centralista y verticalista producto de la concepción rígida de los Ministerios de Relaciones Exteriores y su carácter de representantes de los Estados Parte en la definición y ejecución de la política internacional establecida en sus propias constituciones.

Previo a adentrarme en el análisis del Tribunal Permanente de Revisión²⁰ vale la pena hacer una mención especial y destacar un supuesto derivado de la creación del Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR²¹. Si bien no se trata de un nuevo órgano, su estructura funcional y concepción escapa a los modelos aplicados en el MERCOSUR hasta el momento.

Este fondo es gerenciado por funcionarios escogidos por concurso público internacional, sumamente capacitados bajo modelos de mercado, principalmente porque el grueso de su función radica en la correcta ejecución de proyectos-programa que implican erogaciones en dinero considerables orientadas a sectores muy concretos a fin de disminuir o eliminar asimetrías, organizados en una estructura de responsabilidad jerárquica o piramidal.

Pero, quizá, lo más curioso es que el FOCEM y su estructura de gerenciamiento, la Unidad Técnica²², se inserta en el esquema institucional del MERCOSUR dentro de la Secretaría del MERCOSUR²³, que es un órgano de índole auxiliar y técnica, sin que exista entre ellos más conexión que la determinación de presupuestos de funcionamiento o administrativos, uso común de un mismo edificio o participación del Director de la SM en la firma de ciertos actos de ejecución.

En definitiva, el FOCEM se puede categorizar dentro del esquema de las agencias, aunque de carácter rígido, propio de un sistema burocrático general. Aun así, en el cumplimiento de sus objetivos también puede afirmarse que se presenta como el primer caso de relacionamiento público-privado real en el MERCOSUR, aunque ello

20 En adelante TPR.

21 Creado mediante CMC/Dec. N°27/03. En adelante FOCEM.

Sobre la función del FOCEM se recomienda DELUCA, Santiago. "Asimetrías en el MERCOSUR: el rol de sus instituciones en una idea de comercio justo y social". En RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo; MARÍN ARANGUREN, Erli Margarita (Ed.). *Comercio Justo, globalización y medio ambiente*. Universidad Externado de Colombia, 2013.

22 En adelante UTF.

23 En adelante SM.

dependerá en gran medida de la realización de licitaciones públicas que limitan en cierto aspecto la interacción de las dos instancias.

4. EL CASO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

En el caso concreto del TPR debe partirse de la aceptación de que se trata de una estructura verticalista, burocrática, en la que si bien hay delegación de responsabilidades en sus funcionarios no sucede igual en cuanto a las competencias. Presenta también elaboración y ejecución de presupuestos financieros, controles de habilitación para gastos y sin carecer de participación ciudadana, cuanto menos directa o institucionalizada.

Sin embargo, desde su Secretaría²⁴ se han hecho esfuerzos orientados a la modernización y apertura al ciudadano, que si bien no han cambiado su especial caracterización dieron inicio a pequeñas reformas que llevan a pensar que un cambio es posible.

Esos esfuerzos pueden observarse en acciones concretas como la publicación de una memoria anual de actividades en las lenguas oficiales y en la lengua cultural del MERCOSUR, el guaraní. Junto a este dato lingüístico es de señalar que ante la obligación de la ST de rendir cuentas por la ejecución de su presupuesto²⁵, una vez realizada la auditoría contable externa obligatoria se publican sus resultados, mostrando los detalles del gasto y explicándose si se alcanzaron los objetivos establecidos.

También se gestaron presupuestos orientados a planes de trabajo con determinación de objetivos concretos que van más allá de la propia razón de ser del TPR, que es la solución de controversias. Ejemplo de ello es la apertura de la biblioteca al público que originariamente era para uso exclusivo del TPR con uso de nuevas tecnologías (e-gobierno), actividades no previstas originariamente que permiten una mayor conexión con el ciudadano con uso de tecnología y luego lectura de indicadores (I-gobierno), como jornadas por videoconferencia y talleres o aulas de análisis del sistema controversial del MERCOSUR. Redacción de manuales internos rígidos que establecen procedimientos, pero orientados a la obtención de logro de objetivos. Y, por último, luego de la publicación periódica de un boletín de actividades del TPR se logró lanzar una Revista arbitrada e indexada internacionalmente.

Dicho esto y por más que parezca una obviedad, cabe puntualizar que el TPR no es ni funciona como una Corte de Justicia o juzgado de un país. Es un órgano jurisdiccional de carácter arbitral, en el cual sus árbitros poseen disponibilidad permanente ante la convocatoria concreta y poseen competencia de acción sólo con relación a las

24 En adelante ST.

25 Obligación establecida formalmente por medio de la GMC/Res. N°50/03.

cuestiones jurídicas²⁶. Pero su estructura institucional es gerenciada desde la ST, que sí es permanente y cuenta con una estructura funcional en ese sentido²⁷.

El cargo de Secretario (administrador y gerente) presenta dos características particulares: por un lado implica el ejercicio de una posición similar a la de un Secretario de judicial, por lo que es responsable del apoyo a los Árbitros en todas las cuestiones jurídicas que se plantean (Laudos, Opiniones Consultivas, manejo de expedientes, etc.). Por otro, implica la representación institucional del órgano, ostentando la posición de Jefe de Misión Diplomática y la administración general²⁸.

Desde lo jurídico la función de Secretario se acerca poco a la dirección, ya que se trata de un puesto reglamentado en forma rígida, donde se actúa sólo a instancia de los Árbitros, llevando adelante el procedimiento y elaborando los proyectos de sus pronunciamientos. En este sentido, se da una relación con los Árbitros donde éstos pueden considerarse como el Principal y el Secretario el Agente, encargado de la ejecución de sus directivas.

Desde lo institucional la situación cambia y pueden observarse situaciones o relaciones de Principal-Agente no sólo con sus funcionarios, sino también con otros actores externos al sistema de solución de controversias.

Así, desde la perspectiva interna en la conducción diaria compete el manejo de la estructura del TPR, sus áreas y funcionarios, destacando una primera nota en cuanto a que la estructura es piramidal en la relación Secretario-funcionarios, pero a su vez cada área es independiente entre sí. Ello no significa que no exista interconexión, más bien todo lo contrario. Para el correcto desempeño de las funciones propias de cada área deben desarrollarse tareas en forma conjunta, lo que conlleva a la necesidad de compartir una misma visión ante los objetivos planteados.

Esta situación permite señalar que para el quehacer cotidiano del TPR cada funcionario o Responsable de Área debe asumir un rol proactivo, que implica en la práctica la aplicación del principio de responsabilidad del agente o *accountability*. Toda decisión o definición para por el Secretario (Principal), pero su ejecución y desarrollo queda bajo la responsabilidad del funcionario del que se trate (Agente)²⁹.

Otra nota distintiva se verifica en torno a los mecanismos de designación, observándose la utilización de procedimientos diferentes para cada caso.

26 Sobre el particular ver DELUCA, Santiago. "El dilema de esperar el cambio o usar las herramientas existentes". *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, 2012, vol 18, n° 27 y Op. cit. "Naturaleza jurídica...", Eudeba, 2011.

27 Lo afirmado surge con claridad de la letra del propio PO, su Reglamento aprobado por CMC/Dec. N°37/03 y la GMC/Res. N°66/05.

28 Funciones debidamente estipuladas mediante GMC/Res. N°66/05.

29 Sobre este aspecto se recomienda BONIFACIO, José Alberto. "Políticos, Funcionarios y Gerentes: el interés público en la encrucijada". En *VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Buenos Aires, 2001.

Los Árbitros son designados en forma directa por los Ministerios de Relaciones Exteriores de cada país, lo que en definitiva configura una injerencia directa de la política sobre la institución. Aunque basados en las particularidades de los procesos de integración mismo, así como en el marcado presidencialismo de los Estados Parte, no necesariamente acarrea la implementación de una misma visión o sentido en el ejercicio de sus funciones³⁰.

El Secretario, por su parte, es designado por concurso internacional de antecedentes, con un elevado nivel de requisitos previos de experiencia laboral y suficiencia académica. Y aquí otra nota de interés. En este caso si bien la designación la efectúa el CMC (órgano político), lo hace sobre la consideración de una terna elevada por el Plenario de los Árbitros. Ello le otorga mayor independencia o discrecionalidad a la hora de la toma de decisiones y una cuota de imparcialidad respecto de la injerencia política antes referida.

Por último, a criterio personal el punto más relevante, la designación de los funcionarios se lleva a cabo también por concurso de antecedentes y méritos. Para ello se conforma una Comisión de Selección con delegados de los países y el Secretario del TPR –con vos y voto-. Luego de los exámenes y entrevistas se publica una escala de calificaciones y en función de ello se procede a las designaciones, que quedan a cargo del Secretario y ya no de los Estados –despolitización del procedimiento-³¹.

Esta situación permite observar la inclusión de características de los modelos meritocráticos de selección y promoción de funcionarios, acorde con las nuevas tendencias de modernización³².

En cuanto al relacionamiento con actores externos, es posible afirmar que en cuanto a su gestión política se verifican relaciones dispares con diversos Ministerios de los Estados Parte del MERCOSUR, donde dependiendo del nivel al cual se esté acudiendo para el desarrollo de un asunto específico el Secretario actúa como Principal o como Agente.

Imaginemos por caso su participación en el Grupo de Asuntos Presupuestarios (GAP), donde si bien existe un amplio margen de acción, el Secretario no deja de ser un Agente que planifica y negocia sus presupuestos anuales con funcionarios de los países que se encargarán de

30 Sobre el particular ver DELUCA, Santiago. “Metodología para la selección de árbitros del sistema de controversias del MERCOSUR (ad hoc y TPR)”. En HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (Ed.). *Tribunales en organizaciones de integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*. sl: Aranzadi 2012.

31 Se recomienda aquí prestar debida atención al siguiente conjunto de normas: CMC/Dec. N°3712 – Funcionario MERCOSUR, CMC/Dec. N°04/12 – Carrera funcional, CMC/Dec. N°64/14 – Estructura de Órganos MERCOSUR, y CMC/Dec. N°15/15 – Normas Generales para funcionarios del MERCOSUR.

32 Al respecto se recomienda la lectura de PACHECO, Regina. “Cambios en el perfil de los dirigentes públicos en Brasil y desarrollo de competencias de dirección”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2003, n° 26.

evaluar su aprobación. En otro sentido, la participación en la ejecución de una actividad donde intervienen también los Estados Parte, aunque para este supuesto éstos lo hacen como ejecutores de una decisión adoptada por el Secretario previamente autorizada (ej. participación en Sub Grupos de Trabajo temáticos, ejecución de actividades de tipo académico o institucional de diversa índole, etc.) o, finalmente, una actividad conjunta con otro Órgano del MERCOSUR, donde dependiendo del grado de influencia o decisión de cada Órgano la relación Principal-Agente varía sustancialmente, aunque por lo general se interactúa en forma transversal y multifuncional.

Recapitulando, a lo ya expuesto puede agregarse la siguiente afirmación: el TPR es una estructura burocrática clásica, con presupuestos financieros –basados en resultados en casos excepcionales–, semi descentralizado en su cotidianeidad funcional, con un alto grado de aplicación (necesaria) de responsabilización de los miembros de su tecnoestructura orientado (principio) a ser dirigido por gerentes y funcionarios técnicos de cuyo accionar se desprende la intención de lograr una separación entre política y conducción.

Es en este punto donde debe señalarse la necesidad de profundizar el modelo institucional, fundamentalmente desde la óptica de su conducción o dirección gerencial representada por el Secretario. Éste debe encontrarse técnicamente capacitado para el desarrollo de sus funciones, así como para actuar en forma adecuada en observancia de los objetivos establecidos o deseados para la propia institución. Ello implica tener conocimientos teóricos y prácticos que le permitan asumir la planificación, organización, dirección y control de las acciones de posicionamiento institucional futuro, mediante la aplicación de indicadores de gestión corporativos y operativos que den respuesta positiva o negativa, según sea el caso, a la visión, misión, valores y objetivos planteados. El ajuste de las particularidades diarias de su funcionamiento a esos parámetros permitirá dentro de su propio marco de acción la consolidación del TPR con respecto a las expectativas en él depositadas, tanto por los dirigentes políticos como los ciudadanos (que actúan en este caso como Principales de la relación).

En cuanto al análisis de la relación dirección pública–gerencia pública en el TPR obligatorio resulta identificar los actores que intervienen en el proceso, de forma tal que permita diferenciar sus roles y los aspectos que influyen positiva y negativamente en esa relación.

Así, encontramos a los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Parte del MERCOSUR y sus ministros, directores y funcionarios de diversas categorías, como miembros integrantes de los órganos políticos y decisorios del MERCOSUR. La relación se caracteriza por la complicación de funcionamiento dependiendo del rango o cargo ocupado por el funcionario nacional y el tipo de decisión que transmite

o desea imponer, así como si su intervención lo es en razón del Órgano MERCOSUR en particular o del estado de su nacionalidad. La relación está signada por innumerables y disímiles situaciones en la que el Secretario del TPR debe actuar como Principal o Agente frente a estos funcionarios, sin que exista una fórmula preestablecida que permita determinar de antemano tal relación.

Los Árbitros, aun cuando no ejercen funciones gerenciales y no deberían tener influencia en la dirección pública, como miembros de la estructura del TPR suelen confundir sus roles asumiendo protagonismos que reflejan intromisión de la política en los asuntos ejecutivos, en detrimento de la función e imagen institucional.

El Secretario del TPR, a cargo de la estructura del órgano, asume su gerencia pública e interactúa con ambos actores desde perspectivas diferentes. Con los primeros, en una relación de Principal-Agente donde los Ministerios (como integrantes de los órganos políticos del MERCOSUR) determinan políticas a ejecutar y habilitarán un presupuesto determinado para lograr dicha ejecución. Pero, a su vez, en un sinfín de situaciones donde el rol de Principal o de Agente se invierte cuando las participaciones lo son en razón de políticas gubernamentales de los Estados Nacionales y no como parte integrantes del MERCOSUR. Con los segundos, en una relación jerárquica de Principal-Agente al sólo efecto de la gestión administrativo-operativa de asuntos jurídicos.

Las dificultades en el ejercicio de la función de Secretario, como se dijo mixtura de política y burocracia, se dan en el relacionamiento con las propias burocracias de los Ministerios de los Estados Parte del MERCOSUR, encontrando soluciones justamente cuando las intervenciones nacionales son asumidas por el funcionario/político que define las políticas generales y no por sus propios tecnócratas. Es decir que se verifica en la relación cotidiana entre la dirección y la gerencia pública un alto contenido de prejuicio recíproco, que en la mayoría de los casos cuando no implica ejecución de políticas en forma defectuosa o deficitaria, genera imposibilidad de implementación de canales de comunicación y gestión adecuados para el correcto entendimiento de situaciones técnicas propias de la gerencia, cuya inobservancia deriva en parálisis institucional y, en algunos supuestos, continuidad de una gestión que no responde ni a las expectativas políticas ni a las expectativas ciudadanas.

Aun así, ante la eventual ausencia de capacidades propias del gerente o la tecnoestructura en los actores políticos, las grandes reformas, avances o soluciones de situaciones conflictivas en el desarrollo del proceso de integración del MERCOSUR, particularmente en cuanto respecta al TPR, no se han verificado por una correcta ejecución administrativa seguida de apoyo político, sino a la inversa: tras el "aluvión" político que sienta los objetivos, la administración ejecuta. Y es justamente en este

punto donde la burocracia o tecnocracia institucional del TPR pasa a jugar un papel definitorio del éxito o fracaso de las propuestas.

CONCLUSIONES

Las teorías y tipologías previstas para las organizaciones públicas estatales son aplicables a los procesos de integración como el MERCOSUR, aunque requieren ajustes que atiendan a sus particularidades.

Si bien el MERCOSUR presenta casos como el del FOCEM y su UTF, el fallido Alto Representante General, el ISM y el IPPDH que podrían hacer creer que se dio inicio un camino tendiente a su flexibilización y modernización, se puede afirmar que en realidad se trata de un esquema de administración burocrática tradicional, que presenta excepciones concretas de carácter ad hoc orientadas a transformarlo en una organización del tipo posburocrática mediante la adopción de tipologías de la administración del tipo gerencial.

El Tribunal Permanente de Revisión es una estructura burocrática clásica, con presupuestos financieros, semi descentralizado en su cotidianeidad funcional, con un alto grado de aplicación de responsabilización de los miembros de su tecnoestructura, orientado (en principio) a ser dirigido por gerentes y funcionarios técnicos de cuyo accionar se desprende la intención de lograr una separación entre política y conducción, desempeñando un rol definitorio del éxito o fracaso de las políticas y acciones propuestas para el órgano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONIFACIO, José Alberto. “Políticos, Funcionarios y Gerentes: el interés público en la encrucijada”. En *VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Buenos Aires, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma del Estado para la Ciudadanía*. Buenos Aires: CLAD – EUDEBA, 1999.

DELUCA, Santiago. “Asimetrías en el MERCOSUR: el rol de sus instituciones en una idea de comercio justo y social”. En RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo; MARÍN ARANGUREN, Erli Margarita (Ed.). *Comercio Justo, globalización y medio ambiente*. Universidad Externado de Colombia, 2013.

DELUCA, Santiago. “El dilema de esperar el cambio o usar las herramientas existentes”. *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, 2012, vol 18, n° 27 y Op. cit. “Naturaleza jurídica...”, Eudeba, 2011.

DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR necesita su Maastricht”. *Revista Pensar en Derecho*, 2012, n°1.

DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR tras la suspensión de Paraguay y

el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2013, n°16

DELUCA, Santiago. “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *La Administración de justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR*. sl: Eudeba, 2011.

DELUCA, Santiago. “Metodología para la selección de árbitros del sistema de controversias del MERCOSUR (ad hoc y TPR)”. En HERNÁNDEZ RAMOS, Mario (Ed.). *Tribunales en organizaciones de integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*. sl: Aranzadi 2012.

DELUCA, Santiago. “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*. sl: Eudeba, 2011.

DELUCA, Santiago. “Tribunales Superiores de Justicia del MERCOSUR: motor del derecho y desarrollo del proceso de integración”. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, 2015, vol 80, n° 2.

MARTINS, Humberto Falcao, “Administración pública gerencial y burocracia. La persistencia de la dicotomía entre política y administración. Reforma y Democracia”. *Revista del CLAD*, n° 9.

OSZLAK, Oscar. *Nuevos Modelos Institucionales para la Gestión Pública: Experiencias Comparadas y Aplicaciones Potenciales al Caso Argentino*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministros, Programa de Modernización del Estado, 2001.

PACHECO, Regina. “Cambios en el perfil de los dirigentes públicos en Brasil y desarrollo de competencias de dirección”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2003, n° 26.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Santiago Deluca es Abogado y Doctor en Derecho. Especializado en Derecho de la Competencia, Estudios Internacionales, Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Profesor universitario. Preside la Asociación de Estudios de Integración -AdEI. Autor de libros y artículos de la especialidad. Secretario del TPR, en el período 2008-2011. Desde 2012 ejerce como abogado en comercio internacional, aduanas y arbitrajes. Ejerce la Coordinación Penal de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELAS REGRAS DE ROTTERDAM E OS POSSÍVEIS IMPACTOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL MARÍTIMO REALIZADO PELOS MEMBROS DO MERCOSUL

MODIFICACIONES PROPUESTAS POR LAS REGLAS DE ROTTERDAM Y LOS POSIBLES IMPACTOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL MARÍTIMO REALIZADO POR LOS MIEMBROS DEL MERCOSUR

*Flora Gaspar da Silva**

Resumo: *O presente artigo visa analisar os possíveis impactos que as Regras de Rotterdam (RR) podem gerar ao comércio internacional de mercadorias realizado pelos países do MERCOSUL que se utilizam do transporte marítimo para exportar e importar seus bens. Para isso, primeiramente analisaremos as RR, criadas a partir da necessidade de uniformização das relações internacionais, resultante da grande expansão do comércio internacional ao longo dos últimos anos. Primeiramente será apresentado seu escopo de atuação e as principais alterações trazidas no que tange o regime de responsabilidade do transportador. Posteriormente analisaremos o atual regime de responsabilidade do transportador marítimo vigente nas legislações dos países membros do MERCOSUL e como as alterações propostas pelas RR afetariam o comércio internacional. Por fim, serão apresentadas as normas conexão de Direito Internacional Privado, ressaltando sobre a possibilidade de aplicação da RR aos contratos de transporte firmados pelos membros do MERCOSUL, ainda que não signatários da convenção, concluindo com os impactos positivos e negativos que as RR podem gerar ao comércio internacional de mercadoria marítimo.*

Resumen: *El presente artículo tiene por objeto analizar los posibles impactos que las Reglas de Rotterdam (RR) pueden generar al comercio internacional de mercancías realizado por los países del MERCOSUR*

* Universidade Erasmus de Rotterdam, Holanda.

E-mail: flora.gaspar@gmail.com

Recibido: 02/03/2018. Aceptado: 15/07/2018.

Nenhum país membro do MERCOSUL assinou as Regras de Rotterdam até a data da publicação deste artigo.

que utilizan el transporte marítimo para exportar e importar sus bienes. Primero analizaremos las RR, creadas a partir de la necesidad de uniformización de las relaciones internacionales, resultante de la gran expansión del comercio internacional a lo largo de los años. En primer lugar será presentado su ámbito de actuación y las principales modificaciones aportadas en lo que se refiere al régimen de responsabilidad del transportista. Posteriormente analizaremos el actual régimen de responsabilidad del transportista marítimo vigente en las legislaciones de los países miembros del MERCOSUR y cómo las alteraciones propuestas por las RR afectarían el comercio internacional. Por último, se presentarán las normas de conexión de Derecho Internacional Privado, en particular sobre la posibilidad de aplicación de las RR a los contratos de transporte firmados por los miembros del MERCOSUR, que todavía no son signatarios de la Convención, concluyendo con los impactos positivos y negativos que las mismas pueden generar al comercio internacional de mercancía marítima.

Palavras-chave: Acordo de Rotterdam, Responsabilidade, Transportador marítimo, Avarias, Transporte mercadoria

Palabras clave: Acuerdo de Rotterdam, Responsabilidad, Transportista marítimo, Averías, Transporte mercantil

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa debater de forma analítica como a possível entrada em vigor das Regras de Rotterdam (a qual ainda aguarda o número suficiente de ratificações) poderia afetar o comércio internacional marítimo dos países membros do MERCOSUL, que apesar de não assinarem a convenção até a presente data, poderiam sofrer com a aplicação das regras diante do conflito internacional de direito.

A necessidade da criação de convenções internacionais para regular o transporte de mercadoria marítima iniciou-se com expansão do uso de containers para o transporte de mercadoria, o que trouxe significativas mudanças na forma como o comércio internacional de mercadorias era realizado, possibilitando que a carga permanecesse em um único local durante todo o transporte e, conseqüentemente, facilitando o transporte de mercadorias por mais de um segmento.

Com a utilização dos containers, os contratos passaram a regular o transporte “porta-a-porta” da mercadoria, possibilitado a assinatura de um só contrato que englobasse mais de um tipo de transporte, o denominado transporte multimodal de mercadoria.

Entretanto, apesar da crescente globalização dos transporte de mercadoria pelo mar, a legislação internacional não acompanhou a evolução dos contratos e até a presente data não existe em vigor nenhuma convenção

internacional para regular o transporte multimodal a nível global.

Além disto, observou-se que as convenções internacionais de transporte marítimo de mercadoria encontravam-se defasadas, motivo pelo qual em 2008 a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional adotou a nova Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Transporte de Mercadoria Todo ou em Parte pelo Mar, ou Regra Rotterdam (RR), a qual não se encontra em vigor, pois aguarda o número de ratificações necessárias.

Assim, no primeiro capítulo serão analisadas as principais modificações trazidas pela RR principalmente no que tange a ampliação do escopo de aplicação a todos os tipos de contrato de transporte de mercadoria e a majoração do limite de responsabilidade do transportador por danos causados à carga e por atraso na entrega da mercadoria.

No segundo capítulo será demonstrado como as alterações trazidas pelas RR diferem em alguns aspectos da responsabilidade civil do transportador previstas nas legislações nacionais dos países membros do MERCOSUL, seja na impossibilidade de incluir cláusula limitativa de responsabilidade do transportador, seja no valor definido como limite de responsabilidade.

A possibilidade de aplicação de dois ou mais sistemas jurídicos distintos para regulamentar a obrigação e a incerteza jurídica quanto à norma prevista para o caso concreto será analisada no terceiro capítulo, focando na solução da controvérsia através das regras e princípios do Direito Internacional Privado e nos elementos de conexão estabelecidos na legislação de cada Estado.

Constatando-se a possibilidade de aplicar as RR aos países membros do MERCOSUL, mesmo que não signatários da Convenção das Nações Unidas, conclui-se com os impactos positivos e negativos que as alterações propostas para o regime de responsabilidade civil do transportador podem trazer ao comércio marítimo internacional de mercadorias realizado pelos países sul-americanos.

2. AS REGRAS DE ROTTERDAM (RR)

A expansão do uso de containers para o transporte de mercadoria nas últimas três décadas trouxe significativas mudanças na forma como a exportação/importação de mercadorias era realizada, criando uma padronização do comércio internacional e solucionando muitas das dificuldades técnicas existentes até então, como a constante necessidade de que a mercadoria fosse transferida, carregada/descarregada e realocada diversas vezes¹.

De fato, a utilização dos containers, além de baratear o transporte de mercadoria pela via marítima, é considerada uma importante ferramenta para a globalização atual do comércio internacional. Antes

¹ CUDAHY, Brian J. *The Containerization Revolution: Malcom McLean's 1956 Innovation Goes Global* [online]. Washington, USA: The National Academies, 2007 [Data da consulta dois de março de 2018]. Disponível em: <<http://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/trnews/trnews246.pdf>>

da padronização do transporte de mercadoria através dos containers, era necessário realizar contratos segmentados para cada diferente etapa do transporte e, desta forma, cada etapa da viagem era regida por uma legislação própria².

O uso dos containers possibilitou que a mercadoria permanecesse em um único local durante todo o percurso da viagem, ainda que utilizando diferentes formas de transporte, gerando uma nova modalidade de contrato denominado “porta-a-porta”, no qual um único contrato de transporte engloba mais de um tipo de segmento³.

Apesar da crescente utilização desta nova modalidade de transporte⁴ o Direito Comercial Internacional falhou ao acompanhar a evolução dos contratos inexistindo, até o momento, uma legislação universal em vigor capaz de regulamentar a situação fática atual⁵.

A falta de um acordo global regulamentando o transportador multimodal gerou a criação de legislações regionais, sub-regionais e nacionais por parte de alguns Estados para estabelecer a responsabilidade do transportador multimodal de mercadoria, como é o caso do “*Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias*”⁶ firmado entre Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai e o “*Acordo sobre Transporte Multimodal Internacional*” firmado em 1996 pelos membros da ALADI.

Entretanto, a ausência de uma convenção supranacional regulamentando questões como a responsabilidade do transportador, período para ajuizamento de ação e o limite de responsabilidade, trazem insegurança e incerteza quanto ao regime aplicável, elevando os custos com demandas judiciais e apólices de seguros⁷.

A necessidade da criação de uma convenção internacional para regular o tema gerou um ciclo de debate na Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) visando à criação de uma nova convenção de transporte marítimo, que também englobasse a responsabilidade do transportador por danos causados à

2 CONRADO, Iara Costa. *Multimodal Aspect of the Rotterdam Rules: a critical analysis of the liability of the MTO* [Tese de Mestrado]. Orientador: Abhinayan Basu Bal. Faculty Of Law Lund University, Suécia, 2011. <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1976401&fileId=1977150>>

3 HOEKS, Marian. *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods*. Holanda: Wolters Kluwer, 2010, p. 2.

4 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). De acordo com a UNCITRAL, estima-se que dos 60 milhões de containers transportados em 2000, 50% utilizaram-se de transporte multimodal, com alguns países utilizando essa modalidade mais que outros. [Data da Consulta 02 de março de 2018]. Disponível em: <<https://daccess-ods.un.org/TMP/7747257.94792175.html>>

5 CONRADO. Op. cit., p. 16.

6 ALADI. *Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias*, firmado em Montevidéu, República Oriental do Uruguai, em 30 de dezembro de 1994.

7 HOEKS. Op. cit., p.8.

mercadoria durante outra etapa do transporte⁸.

Assim, em 11 de dezembro de 2008 foi adotada a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Transporte de Mercadoria Todo ou em Parte pelo Mar, ou Regra Rotterdam (RR), o qual tem como objetivo de substituir das Regras de Haia (*Hague Rules*), as Regras de Haia-Visby (*Hague-Visby Rules*) e a Regra de Hamburgo (*Hamburg Rules*), trazendo poucas alterações no regime de responsabilidade previsto nas legislações anteriores, porém ampliando seu escopo de aplicação a todos os tipos de contrato de transporte de mercadoria desde que incluam ao menos uma etapa de transporte marítimo⁹.

Apesar de ainda não contar com o número de ratificações necessárias para entrar em vigor¹⁰, a RR já vem gerando debates sobre o seu impacto no comércio internacional de mercadorias marítimo.

Primeiramente é importante destacar que a RR somente é aplicado aos contratos de transporte marítimo de mercadoria, ou seja, àqueles em que o transportador assume a obrigação de entregar a mercadoria no destino utilizando-se ao menos uma das etapas pela via marítima¹¹, ainda que se trate de contrato multimodal, ou seja, ainda que a obrigação “porta a porta” inclua outras modalidades de transporte como o ferroviário ou rodoviário.

O artigo 6º da RR é categórico ao excluir do seu escopo de aplicação os contratos de afretamento (*charter-party*) e todos os outros contratos marítimos para utilização do navio todo ou em parte, desde que o contrato em questão não seja de transporte de mercadoria.

Os contratos de transporte de mercadoria não se confundem com os contratos de afretamento do navio por enquanto estes estabelecem uma obrigação de vontade para o transporte de determinada mercadoria que fora confiada ao transportador, aqueles se caracterizam por ser um contrato de exploração do navio, no qual o fretador cede ao afretador o uso e gozo da embarcação mediante pagamento de contraprestação pecuniária, seja para uma viagem específica, por certo período de tempo ou a casco nu¹².

A RR prevê um escopo de aplicação mais abrangente do que as

8 UNCITRAL. *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, firmado Rotterdam, Holanda, em 23 de setembro de 2009

9 BUGDEN, Paul M. e LAMONT-BLACK, Simone. *Goods in Transit*. 3ª Ed. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2013, p. 401.

10 Até a presente data havia 25 assinaturas e 4 ratificações, sendo necessário o total de 24 ratificações para entrar em vigor. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html>

11 UNCITRAL. *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Regras de Rotterdam)*, firmado Rotterdam, Holanda, em 23 de setembro de 2009. Artigo 1º: “Contract of carriage” means a contract in which a carrier, against the payment of freight, undertakes to carry goods from one place to another. The contract shall provide for carriage by sea and may provide for carriage by other modes of transport in addition to the sea carriage.

12 GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 244.

demais convenções de transporte marítimo e seu artigo 5º determina a sua aplicação aos contratos de transporte quando o remetente e o destinatário encontram-se em Estados distintos e o porto de carga e o porto de descarga do mesmo transporte marítimo encontram-se em diferentes países se, de acordo com o contrato de transporte, qualquer um dos seguintes locais estiver localizados no Estado contratante, sendo eles: (a) o local de destino; (b) o porto de carregamento; (c) o local de entrega ou; (d) o porto de descarregamento.

Ademais, pode-se dizer que a principal alteração quanto ao escopo de aplicação do acordo refere-se à regulamentação de todo o contrato de transporte, sempre que houver uma etapa marítima, mesmo com a utilização de outros meios de transporte como o rodoviário, ferroviário e navegação por rios¹³.

É apesar da convenção possibilitar a aplicação quando há contrato de transporte multimodal, não se pode classificar a convenção como multimodal, já que a RR não é aplicável quando não houver uma etapa marítima no transporte realizado¹⁴.

Outras importantes alterações trazidas pela RR dizem respeito ao regime de responsabilidade do transportador por danos causados à carga, tornando mais claras algumas questões quando comparadas aos regimes previstos na HVR e na Regra de Hamburgo, principalmente no que tange ao ônus da prova e a base de responsabilidade do transportador¹⁵.

O regime de responsabilidade previsto na RR é o de responsabilidade objetiva do transportador, ou seja, não há necessidade de demonstrar a culpa (do) no caso concreto para que haja o dever de indenizar, já que esta é presumida e a responsabilidade somente é afastada quando demonstrada as hipóteses de excludentes de responsabilidade¹⁶.

Corroborando com o regime de responsabilidade objetiva do transportador, o artigo 17 da RR estabelece que o transportador é responsável por perdas ou danos causados à mercadoria, assim como atraso na entrega, desde que o demandante comprove que a perda, dano ou atraso ocorreu durante o período de responsabilidade do carregador.

Já o capítulo 4º estabelece que a responsabilidade do transportador

13 HOEKS, Marian. *Multimodal carriage with a pinch of sea salt: door to door under the UNCITRAL Draft instrument*. [Data da consulta 02 de março de 2018] Disponível em < <https://repub.eur.nl/pub/12908/Multimodal%20carriage%20with%20a%20pinch%20of%20sea%20salt.pdf> >

14 NEELS, P. *The Rotterdam Rules and modern transport practices - a succesful marriage*. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: < <http://www.rotterdamrules.com/sites/default/files/The%20Rotterdam%20Rules%20and%20modern%20transport%20practices%20-%20a%20succesful%20marriage.pdf> > p. 4.

15 THOMAS, Rhidian. *An Analysis of the Liability Regime of Carriers and Maritime Performing Parties*, em D Rhidian Thomas (editor), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea - The Rotterdam Rules*. Witney: Lawtext Publishing Limited, 2009, p.52-88.

16 Regras de Rotterdam, Artigo 17 (2) e 17 (3).

se inicia no momento em que os bens são entregues para serem transportados e terminam no momento em que são entregues no destino final¹⁷, permitindo as partes de acordarem livremente qualquer disposição em contrário¹⁸.

Logo, para que exista o dever de indenizar basta a parte interessada demonstrar qualquer discrepância entre a mercadoria que fora entregue ao transportador na origem e a mercadoria que fora recebida no destino final, inexistindo a obrigação de demonstrar a culpa do transportador nos danos causados¹⁹.

Comprovado o dano ou perda de mercadoria, deve o transportador indenizar a parte interessada nos moldes do artigo 22 da RR, o qual prevê a compensação calculada de acordo com o valor do bem estimado no local de entrega.

Ademais, a RR dispõe ainda sobre o limite de responsabilidade do transportador, propondo o aumento do limite imposto nas convenções marítimas anteriores para o valor de 3 SDR/kg ou 875 SDR por pacote, o que for mais valioso, permitindo ainda que as partes convençione limite superior ao estabelecido na convenção, sendo nula qualquer estipulação para limite inferior²⁰.

Estabelecido o sistema de responsabilidade civil do transportador marítimo na nova RR, passamos agora a analisar o atual sistema empregado pelos países membros do MERCOSUL, estabelecendo comparativamente as principais diferenças entre os regimes.

3. O REGIME DE RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO ADOTADO PELOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL E AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS QUANTO AO REGIME PROPOSTO PELAS REGRAS DE RÓTTERDAM

Para compreender como as alterações apresentadas no capítulo anterior podem influenciar o comércio marítimo internacional de mercadorias dos países membros do MERCOSUL, faz-se necessário, inicialmente, estabelecer o atual sistema de regime de responsabilidade em cada um dos Estados.

E para compreender a responsabilidade do transportador marítimo, é importante estabelecer o conceito de contrato de transporte, o qual pode ser definido pelo artigo 730 do Código Civil Brasileiro²¹

17 Regras de Rotterdam, Artigo 12 (1).

18 Regras de Rotterdam, Artigo 12 (3).

19 BERLINGIERI, Francesco. *The Rotterdam Rules: an attempt to clarify certain concerns that have emerged*. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://unov.tind.io/record/36251/?ln=en>>

20 Regras e Rotterdam, Artigo 59.

21 BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). *Diário Oficial da União*, 11 de janeiro de 2002.

(CC) como sendo aquele no qual “(...) *alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*”.

Referente ao transporte de coisas, a legislação brasileira prossegue afirmado que, além de assumir a obrigação de transportar o bem de um local ao outro, o transportador assume como dever acessório a obrigação de entregar o bem no seu destino em bom estado e no prazo ajustado²².

As doutrinas Uruguiaia²³, Argentina²⁴ e Paraguuaia²⁵ também se utilizam de conceitos similares para definir os contratos de transporte, definindo-os como os contratos onde uma pessoa (transportador) assume a obrigação de transportar a mercadoria de outrem (vendedor) a um local determinado, assumindo como obrigação intermediária o dever de receber, carregar, embarcar, cuidar, desembarcar e descarregar a carga no destino.

É possível observar, nos conceitos acima estabelecidos, que a obrigação do transportador não se resume em tão somente entregar a mercadoria no destino indicado, abrangendo também a obrigação acessória ou intermediária de entregar o bem no mesmo estado em que lhe fora confiado²⁶ no prazo acertado pelas partes sendo, portanto, uma obrigação de resultado.

O contrato de resultado ou contrato de fim pode ser conceituado como aquele no qual a obrigação se vincula ao resultado positivo propriamente dito, sem o qual não se considera cumprida a obrigação, ou seja, a obrigação do transportador é resolvida no momento em que os bens são entregues nas mesmas condições que lhe foram confiados, no prazo estabelecido entre as partes²⁷.

A regra geral estabelece que o risco é transferido juntamente com a posse do bem, independente de quem as entrega ou a quem o bem é destinado²⁸, de modo que a legislação Brasileira²⁹, Argentina³⁰, Uruguiaia³¹ e Paraguuaia³² acompanhando a regra geral, são unânimes ao afirmar que é responsabilidade do transportador se inicia no momento

22 Código Civil Brasileiro, Artigo 749.

23 BARCELÓ, Gregorio M. Cerdeña. “Regimen Legal Aplicable al Transporte Marítimo por Contenedores en el Uruguay y sus Perspectivas”. [Tese de Mestrado]. Orientador: Dr. Pablo Labandera. Universidade de Montevideo. Uruguai, 2014. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <<http://www.um.edu.uy/docs/tesisfder-regimen-legal-aplicable-al-transporte-maritimo-por-contenedores-en-el-uruguay-y-sus-perspectivas-cerdena-barcelo-gregorio-martin.pdf>>

24 SOLER ALEU, Arnadeo. *Transporte Terrestre: Mercadrias y Personas – Su Regime Jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

25 PARAGUAI. Lei nº 2614/2005. *Registro Oficial, publicado em 22 de junho de 2005*.

26 ARGENTINA. Código de Comercio de La República Argentina, Artigo 175.

27 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. 1, p 154.

28 BUGDEN e LAMONT-BLACK. Op. cit., p. 79.

29 Código Civil Brasileiro, Artigos 749 e 750.

30 ARGENTINA. Código de Comercio de La República Argentina, Artigo 162.

31 URUGUAI. Lei 817 Código de Comercio de Uruguai, Artigo 163.

32 PARAGUAI. Lei nº 2614/2005, Artigo 416.

em que a mercadoria é depositada em sua custódia, findando no momento em que a carga é entregue no destino final, à pessoa indicada, no prazo estabelecido.

A responsabilidade civil, neste caso, seguindo as principais legislações internacionais sobre o assunto, assim como a RR, é contratual ou objetiva inexistindo, portanto, a necessidade de demonstrar a culpa do transportador no caso concreto para que se configure o dever de indenizar³³.

Para que ocorra o dever de indenizar na responsabilidade contratual, é imperiosa a existência de um contrato válido entre o devedor e o credor, e a demonstração da inexecução do contrato, no todo ou em parte, configurados pelo inadimplemento ou mora³⁴.

Importante explicar que atualmente o contrato de transporte marítimo de mercadoria é documentado através do conhecimento de embarque (*bill of lading*) -o principal documento do transporte marítimo de mercadoria- servindo, também, como prova de recebimento pelo transportador, do estado em que a carga se encontra, de propriedade do bem e a quem a mercadoria deve ser entregue no destino³⁵.

Além de documentar informações importantes sobre a mercadoria transportada, o verso do conhecimento de embarque é marcado por uma série de cláusulas estabelecendo a responsabilidade do transportador marítimo como, por exemplo, o regime de responsabilidade, limite de indenização, prazo para ajuizamento de ação judicial, foro competente e a legislação aplicável³⁶.

Logo, é de suma importância à observância às cláusulas contidas no conhecimento de embarque, assim como o adequado preenchimento das informações necessárias para identificar a carga, a fim de evitar a inexecução contratual e o conseqüente dever de indenizar.

Não obstante, em algumas situações o valor da mercadoria consignado pelas partes no conhecimento de embarque é aquele que vai estabelecer o limite de responsabilidade do transportador em caso de perda ou avaria na mercadoria, já que a responsabilidade do transportador é limitada ao valor constante no conhecimento de embarque³⁷.

A ausência de informação quanto ao valor do bem gera a incerteza quanto ao limite de responsabilidade do transportador e, conseqüentemente, a possibilidade de estabelecer limitação para a indenização considerando o peso da carga e a quantidade de pacotes,

33 LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito Marítimo Contratos e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 109.

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 246.

35 GIBERTONI. Op. cit., p. 277-278.

36 PORTO, Mariana. *A Responsabilidade Contratual do Transportador Marítimo Internacional*. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Mariana_Porto.pdf>

37 Código Civil Brasileiro, artigo 750 e 179 CCA.

observando-se a legislação aplicável em cada país.

Dentre os países do MERCOSUL, somente a Argentina ratificou as Regras de Haia, de modo que as cláusulas ali contidas, principalmente quanto à limitação da responsabilidade transportador, serão aplicadas aos contratos firmados por cidadãos argentinos³⁸.

Neste sentido, o artigo 4 (5) das Regras de Haia³⁹ também estabelece a limitação da responsabilidade de acordo com o peso ou número de pacotes, definindo 100 libras por pacote ou unidade, ou o equivalente em outra moeda, exceto quando o valor dos bens for informado no conhecimento de embarque.

Ademais, o supracitado artigo prossegue afirmando que as partes podem estabelecer livremente o valor do limite de responsabilidade do transportador, desde que o valor acordado entre as partes não seja inferior ao valor estabelecido na convenção⁴⁰, de modo que as partes podem ajustar livremente o limite de responsabilidade com base na disposição contida na RR.

Já o Paraguai incorporou as Regras de Hamburgo à sua legislação interna⁴¹, estabelecendo, no artigo 6º da Lei 2614/2005, o limite de responsabilidade para o transportador na importância de 835 unidade de conta por container ou pacote, ou ainda 2,5 unidade de conta por quilo do peso bruto da mercadoria perdida ou danificada.

Observa-se, portanto, que o Paraguai e a Argentina já se utilizam do instituto de limitação de responsabilidade similar ao previsto na RR, alterando-se somente o valor correspondente à limitação, já que a legislação destes países sul-americanos prevê um valor inferior ao estabelecido na RR.

Em contrapartida, a legislação uruguaia⁴² e brasileira⁴³ não estabelece nenhum limite de responsabilidade e não aceitam cláusulas de limitação de responsabilidade, estabelecendo a indenização de acordo com a extensão do dano sofrido.

Há, portanto, uma divergência quanto à legislação interna e as principais convenções internacionais de transporte marítimo de mercadoria, inclusive às regras de limitação contidas na RR, já que a legislação nacional destes países determina a reparação integral do dano sofrido⁴⁴, sendo considerada nula qualquer cláusula limitativa do direito

38 SALIVARAS, Constantino. *Standard Bulletin: Latin America Special Edition*. [online]. 2015 [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://www.standard-club.com/media/1813954/standard-bulletin-latin-america-special-edition-july-2015.pdf>>

39 Hague Rules art. 4 (5).

40 Hague Rules art. 4 (5).

41 SALIVARAS. Op. cit.

42 Código de Comércio do Uruguai, Artigo 171.

43 Código Civil Brasileiro, Artigo 750.

44 BARCEL, Gregorio M. Cerdeña. *Regimen Legal Aplicable al Transporte Marítimo por Contenedores en el Uruguay Y Sus Perspectivas*. [online] Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Número 27, Año 2015. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em:

do transportador⁴⁵.

Desta forma, a entrada em vigor da RR afetaria diretamente o limite de responsabilidade do transportador em todos os países membros do MERCOSUL, seja para aumentar o limite de responsabilidade estabelecido, seja para impor o limite de responsabilidade onde não há previsão legal.

4. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ROTTERDAM AOS CONTRATOS FIRMADOS PELOS MEMBROS DO MERCOSUL QUE NÃO ADERIRAM AO ACORDO

Conforme explanado no capítulo anterior, dos países membros do MERCOSUL apenas a Argentina é signatária de convenção internacional de comércio marítimo, sendo que nenhum dos Estados membros do bloco econômico manifestou seu interesse em aderir às RR⁴⁶.

Ademais, apenas a Argentina e o Paraguai permitem o limite de responsabilidade do transportador, enquanto o Brasil e o Uruguai vedam qualquer consideração neste sentido, considerando nula qualquer disposição que limite ou exonerem o transportador do pagamento de indenização⁴⁷.

Então questionamos acerca da possibilidade de aplicação da RR e, conseqüentemente, a possibilidade de estabelecer o limite de responsabilidade do transportador em contratos celebrados por países que não aderiram à convenção.

Primeiramente é importante registrar o debate existente em diversas doutrinas acerca da relação estabelecida entre o direito interno de cada país e o direito internacional, existindo duas teorias para identificar a possibilidade ou não de aplicar tratados internacionais a Estados não signatários: a teoria dualista ou monista⁴⁸.

A teoria dualista entende que os ordenamentos internos e externos pertencem a ordenamentos jurídicos distintos e a legislação internacional somente pode ser aplicada em território nacional quando incorporado por lei⁴⁹.

<<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/Regimen-aplicable-al-transporte-maritimo-por-de-marcontenedores.pdf>>

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 161: Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.

46 Nenhum dos países membros do MERCOSUL assinou ou ratificou a RR até a presente data. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html>

47 STF, Súmula 161.

48 LEARY, Virginia. apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

49 MEDEIROS, Fábio Andrade. *Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Nacional*. [online] [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>

Em contrapartida, a teoria monista, estabelece que existe apenas um único sistema jurídico, inexistindo separação entre o direito estrangeiro e o direito interno, havendo divergência quanto a prevalência do direito interno –defendido por Hegel- ou a prevalência do direito internacional em detrimento ao direito interno - defendida por Kelsen⁵⁰.

A jurisprudência internacional reconhece a aplicabilidade da legislação internacional sobre o direito nacional, sendo declarado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1930⁵¹ e posteriormente confirmado no artigo 27 da Convenção de Viena, que assim estabelece: “*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

Entretanto, o conflito de legislação somente é decidido quando apreciado pelos juristas, utilizando-se das regras gerais de competência estabelecidas pelos Estados e pelas convenções internacionais, conforme explica o ilustre doutrinador Dolinger⁵²:

Diante de uma situação jurídica conexa com duas ou mais legislações, que contêm normas diversas, conflitantes, estabelece-se a dúvida sobre qual das legislações deva ser aplicada. Não cabe solucionar o conflito das normas materiais internas; a missão do internacionalista se restringe a indicar qual sistema jurídico deve ser aplicado dentre as várias legislações conectadas com a hipótese jurídica.

E cabendo ao internacionalista indicar qual o sistema jurídico aplicável, existe a possibilidade de aplicação da RR quando o contrato de transporte marítimo estiver enquadrado em uma das hipóteses do escopo de aplicação listado no artigo 5º da convenção.

Afinal, os contratos de transporte de mercadorias marítimos tratados neste trabalho e abrangidos pela RR são contratos internacionais de transporte⁵³, ou seja, são acordos de vontade os quais, via de regra, estão sujeitos a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos.

Logo, quando o contrato não estabelecer expressamente a legislação aplicável, faz-se necessário observar os elementos de conexão ou elemento de estraneidade com base nas fontes do Direito Internacional Privado para estabelecer a lei aplicável ao caso prático e o juízo competente para dirimir a demanda, o que pode variar de acordo com a legislação de cada Estado⁵⁴.

50 Idem.

51 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

52 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

53 Regras de Rotterdam, Artigo 5 (1).

54 AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Lex Editora S.A, 2004, p. 218.

Entretanto, estabelecer a legislação aplicável utilizando-se os elementos de conexão é subjetivo, o que pode gerar incerteza diante da possibilidade de aplicação de dois ou mais sistemas jurídicos distintos⁵⁵.

Neste sentido, observa-se que o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro estabelece a aplicação da lei de onde a obrigação foi constituída e, se tratando de negócio jurídico entre ausentes, a legislação para qualificar e reger a obrigação será a do Estado onde o proponente possui residência⁵⁶.

Já a legislação uruguaia prevê que as questões relativas às relações comerciais internacionais, que não resultem de convenções internacionais, de lei especial ou da legislação nacional de direito internacional privado, são resolvidas através das outras fontes de direito comercial internacional, mediante a aplicação dos procedimentos de integração⁵⁷.

O novo Código Civil argentino de 2016⁵⁸ estabelece que o contrato é, em regra, regido pela lei do país onde a obrigação deve ser cumprida.

Por fim, a legislação paraguaia⁵⁹ institui um critério altamente subjetivo para definir a lei aplicável, estabelecendo que, na ausência de eleição expressa do direito aplicável, o contrato será regido pela lei com o qual o contrato tenha vínculo mais estreito, devendo o tribunal considerar todos os elementos objetivos e subjetivos do contrato.

Logo, plenamente possível à aplicação da RR em contratos celebrados por: (i) brasileiros quando a proposta for encaminhada por um país signatário da convenção; (ii) uruguaianos, já que a legislação estabelece expressamente a aplicabilidade de convenções internacionais para resolver questões relativas às relações comerciais; (iii) argentinos quando a obrigação for cumprida num país signatário da RR e; (iv) por paraguaios se consideramos o vínculo marítimo da relação quando o contrato for celebrado por país signatário da RR.

Ademais, como já demonstrado, as RR⁶⁰ serão aplicadas aos contratos sempre que qualquer um dos seguintes locais estiver localizados no Estado contratante, sendo eles: (a) o local de destino; (b) o porto de carregamento; (c) o local de entrega ou; (d) o porto de descarregamento.

Sendo assim, ainda que o contrato fosse celebrado em território brasileiro, estabelecendo o transporte de mercadoria para a Espanha, por exemplo, haveria o conflito quanto à legislação aplicável, possibilitando a aplicação tanto da legislação brasileira, quanto da RR.

55 PEREIRA, Jailson. *Princípios do UNIDROIT e sua Aplicabilidade nos Contratos Internacionais de Transporte Marítimo e de Compra e Venda de Mercadoria*. Curitiba: Appris, 2017.

56 BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LICC), Lei 12.376/2010, Artigo 9º.

57 URUGUAI. Ley General De Derecho Internacional Privado 661/2016, Artigo 13.

58 ARGENTINA, Código Civil, Artigo 2652.

59 PARAGUAI, Lei n° 5393, Artigo 11.

60 Regras de Rotterdam, Artigo 5.

Isto porque a LICC estabelece a aplicação da lei de onde o contrato foi celebrado⁶¹, enquanto a RR estabelece a aplicação da convenção quando o porto de destino estiver situado em um país signatário⁶², possibilitando situações onde mais de uma lei é aplicável.

A questão, então, deve ser resolvida através das outras fontes do Direito Internacional Privado, possibilitando que o internacionalista decida, por exemplo, através da regra do Regulamento 593 de 17 de junho de 2008 (Roma I), onde se observa a aplicação da lei onde o transportador tenha sua residência habitual, desde que o local de recebimento ou entrega se situem no mesmo país. Caso contrário, é aplicada a lei do local da entrega da mercadoria⁶³.

Ademais, que o artigo 2º do regulamento estabelece que *“a lei designada pelo presente regulamento é aplicável mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro”*.

Logo, conforme observamos acima, inúmeras são as possibilidades de aplicação da RR para regulamentar os contratos de transporte firmados pelos países membros do MERCOSUL, considerando o escopo de aplicação da convenção, os elementos de conexão estipulados nas legislações nacionais e a subjetividade com a qual os tribunais devem decidir.

CONCLUSÃO

As RR foram propostas para atualizar as convenções internacionais de direito marítimo, considerando o avanço nas relações contratuais das últimas décadas em detrimento a falta de uma convenção global capaz de regulamentar as novas relações jurídicas criadas entre os entes do comércio internacional.

Dentre as principais alterações trazidas, observam-se a sua aplicação para contratos multimodais, quando um dos segmentos da viagem for realizado pelo mar, além da majoração do limite de responsabilidade do transportador.

Apesar das alterações propostas, observa-se que muitos dos elementos de responsabilidade civil previstos na convenção são similares ao regime de responsabilidade previsto nas legislações nacionais dos países do MERCOSUL como, por exemplo, a obrigação de resultado do contrato de transporte de mercadoria e o período de responsabilidade do transportador⁶⁴.

Em contrapartida, verificou-se que o limite de responsabilidade

61 Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Artigo 9º.

62 Regras de Rotterdam, Artigo 5.

63 REGULAMENTO (CE) N.º 593/2008 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), Artigo 5 (1).

64 Vide Código Civil Brasileiro, Artigos 749 e 750, Código de Comercio de La República Argentina, Artigo 162, Lei 817 Código de Comercio de Uruguai, Artigo 163 e PARAGUAI. Lei nº 2614/2005, Artigo 416.

adotado na convenção é rechaçado por alguns dos países membros do MERCOSUL - como é o caso do Uruguai e do Brasil⁶⁵.

E apesar dos países membros do MERCOSUL não manifestarem seu interesse em aderir as RR, ainda assim seria possível a sua aplicação aos contratos de transporte marítimo considerando as regras do Direito Internacional Privado e os elementos de conexão previstos em cada legislação nacional, tornando incerto o sistema jurídico aplicável⁶⁶.

Entretanto, não se pode afirmar com precisão se as alterações trariam benefícios ou malefícios ao comércio internacional marítimo do MERCOSUL, já que estudos favoráveis afirmam que o limite de responsabilidade tem o condão de reduzir o valor do frete e do seguro marítimo, possibilitando ao carregador estipular previamente o seu risco evitando, assim, a falência de empresas transportadoras que não conseguiriam pagar volutuosos valores de indenização⁶⁷.

Em contrapartida, estudos desfavoráveis apontam que o limite de responsabilidade estabelecido nas convenções internacionais ainda é considerado defasado em comparação ao real preço da mercadoria⁶⁸ e que a restituição do dano sofrido deve ser integral, incluindo-se tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, já que a vítima não pode ser penalizada pelo seu prejuízo sofrido⁶⁹.

A adesão à nova Regra é inclusive tratado com cautela por outros países fora do bloco econômico notoriamente conhecidos como transportadores marítimos, já que as mudanças trazidas não são atrativas a este seguimento, e onde se verifica existir um lobby para a criação de uma alternativa que atenda aos seus interesses⁷⁰.

Neste ínterim, deve-se considerar que a aplicação do limite de responsabilidade pode trazer consequências negativas e positivas ao comércio internacional de mercadoria marítimo realizado pelos membros do MERCOSUL, sendo necessária a realização de estudos mais elaborados a fim de identificar as vantagens e desvantagens da aplicação prática da convenção.

Ademais, a liberdade de contratação deve ser preservada - desde que haja uma bilateralidade de consentimento, posição de igualdade,

65 CREMONEZE, Paulo Henrique. *Inconstitucionalidade da limitação de responsabilidade no transporte internacional marítimo de carga* [online] [Acesso em 06 de julho de 2018]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45727/inconstitucionalidade-da-limitacao-de-responsabilidade-no-transporte-internacional-maritimo-de-carga>>

66 AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Lex Editora S.A, 2004, p. 218.

67 KILLINGBECK, Serge. *Limitation of liability for maritime claims and its place in the past present and future: how can it survive?* [online] Southern Cross University Law Review, vol 3, no. 1, pp. 1-29. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <https://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1210&context=law_pubs>

68 Idem.

69 MARQUES, Cláudia Lima. "A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e leis especiais". *Revista do Direito do Consumidor*, 1992, n° 3, p. 156.

70 Disponível em: <<https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/370856147.pdf>>

ausência de dolo ou tentativa de afastar a função do contrato possibilitando aos contratantes estabelecerem livremente cláusulas limitativas de responsabilidade, visando a redução dos custos com o transporte internacional de mercadoria marítimo⁷¹.

Por fim, considerando a possibilidade de aplicação da RR mesmo a contratos firmados por países não signatários, pode ser mais interessante aos países membros do MERCOSUL aderirem ao limite de responsabilidade previsto, como forma de evitar conflitos de leis e a propositura de demandas para solucionar a incerteza quanto à legislação aplicável, trazendo maior segurança jurídica aos contratos de transporte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALADI. *Acordo de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias*, firmado em Montevidéu, República Oriental do Uruguai, em 30 de dezembro de 1994.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Lex Editora S.A, 2004.

ARENTINA. Lei 26.994 (Código Civil y Comercial de La República Argentina). *Diário Oficial*, 01 de outubro de 2014.

BARCEL, Gregorio M. Cerdeña. “Regimen Legal Aplicable al Transporte Marítimo por Contenedores en el Uruguay y Sus Perspectivas”. [online] *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2015, nº 27. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/Regimen-aplicable-al-transporte-maritimo-por-de-marcontenedores.pdf>>

BARCELÓ, Gregorio M. Cerdeña. “Regimen Legal Aplicable al Transporte Marítimo por Contenedores en el Uruguay y sus Perspectivas”. [Tese de Mestrado]. Orientador: Dr. Pablo Labandera. Universidade de Montevideo. Uruguai, 2014. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <<http://www.um.edu.uy/docs/tesisfder-regimen-legal-aplicable-al-transporte-maritimo-por-contenedores-en-el-uruguay-y-sus-perspectivas-cerdena-barcelo-gregorio-martin.pdf>>

BERLINGIERI, Francesco. *The Rotterdam Rules: an attempt to clarify certain concerns that have emerged*. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://unov.tind.io/record/36251/?ln=en>>

71 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: saraiva, 2016, p. 486-487.

BRASIL. *Lei 10.406* de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). *Diário Oficial da União*, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Lei 12.376/2010* (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). *Diário Oficial*, 30 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Súmula nº 161*.

BUGDEN, Paul M. e LAMONT-BLACK, Simone. *Goods in Transit*. 3ª Ed. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2013.

CONRADO, Iara Costa. *Multimodal Aspect of the Rotterdam Rules: a critical analysis of the liability of the MTO* [Tese de Mestrado]. Orientador: Abhinayan Basu Bal. Faculty Of Law Lund University. Suécia, 2011. Disponível em: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1976401&fileId=1977150>>

CREMONEZE, Paulo Henrique. *Inconstitucionalidade da limitação de responsabilidade no transporte internacional marítimo de carga* [online] [Acesso em 06 de julho de 2018]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45727/inconstitucionalidade-da-limitacao-de-responsabilidade-no-transporte-internacional-maritimo-de-carga>>

CUDAHY, Brian J. *The Containership Revolution: Malcom McLean's 1956 Innovation Goes Global* [online]. Washington, USA: The National Academies, 2007 [Data da consulta 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/trnews/trnews246.pdf>>

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol 1.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOEKS, Marian. *Multimodal carriage with a pinch of sea salt: door to door under the UNCITRAL Draft instrument*. [Data da consulta 02 de março de 2018]. Disponível em: <<https://repub.eur.nl/pub/12908/Multimodal%20carriage%20with%20a%20pinch%20of%20ses%20salt.pdf>>

HOEKS, Marian. *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods*. Holanda: Wolters Kluwer, 2010.

KILLINGBECK, Serge. *Limitation of liability for maritime claims and its place in the past present and future: how can it survive?* [online] Southern Cross University Law Review, vol 3, no. 1, pp. 1-29. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <https://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1210&context=law_pubs>

LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito Marítimo Contratos e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. “A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre norma do CDC e leis especiais”. *Revista do Direito do Consumidor*, nº 3.

MEDEIROS, Fábio Andrade. *Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Nacional* [online]. [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apel. Cível nº 400.301-0. 2º Câmara. Cível. In: DJ, 10.03.2004; Boletim de Jurisprudência ADCOAS, nº 18, p. 280, maio de 2004.

NEELS, P. *The Rotterdam Rules and modern transport practices - a successful marriage*. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <<http://www.rotterdamrules.com/sites/default/files/The%20Rotterdam%20Rules%20and%20modern%20transport%20practices%20-%20a%20successful%20marriage.pdf>>

Nenhum dos países membros do MERCOSUL assinou ou ratificou a RR até a presente data. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html>

PARAGUAI. *Lei nº 5393* (Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales). *Registro Oficial*, de 14 de janeiro de 2015.

PARAGUAI. *Lei nº 2614/2005*. Que Aprueba el Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Transporte Marítimo de Mercancías. *Registro Oficial*, 22 de junho de 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Jailson. *Princípios do UNIDROIT e sua Aplicabilidade nos*

Contratos Internacionais de Transporte Marítimo e de Compra e Venda de Mercadoria. Curitiba: Appris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTO, Mariana. *A Responsabilidade Contratual do Transportador Marítimo Internacional*. [Acesso em 02 de março de 2018] Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Mariana_Porto.pdf>

REGULAMENTO (CE) N.º 593/2008 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

SALIVARAS, Constantino. *Standard Bulletin: Latin America Special Edition*. [online]. 2015 [Acesso em 02 de março de 2018]. Disponível em: <<http://www.standard-club.com/media/1813954/standard-bulletin-latin-america-special-edition-july-2015.pdf>>

SOLER ALEU, Arnadeo. *Transporte Terrestre: Mercadrias y Personas – Su Regime Jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

THOMAS, Rhidian. *An Analysis of the Liability Regime of Carriers and Maritime Performing Parties*, em THOMAS, D Rhidian (Ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*. Witney: Lawtext Publishing Limited, 2009.

UNCITRAL. *United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, firmado Rotterdam, Holanda, em 23 de setembro de 2009.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). [Data da Consulta 02 de março de 2018]. Disponível em: <<https://daccess-ods.un.org/TMP/7747257.94792175.html>>

URUGUAI. Lei 661/2016 (Ley General De Derecho Internacional Privado).

URUGUAI. Lei 817 (Código de Comercio de Uruguay) 26 de março 1865.

RESUMO BIOGRÁFICO

Flora Gaspar da Silva é Advogada mestre em Direito Comercial pela Universidade Erasmus de Rotterdam.

EL PROTOCOLO DE INVERSIONES DEL MERCOSUR EN EL CONTEXTO DEL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

O PROTOCOLO DE INVESTIMENTO DO MERCOSUL NO CONTEXTO DO NOVO DIREITO INTERNACIONAL SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

*Alexis Rodrigo Laborías**

Resumen: *En abril de 2017 se firmó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, instrumento que cambia el paradigma de los acuerdos bilaterales de inversión clásicos, firmados por los países del Bloque Regional a fines del siglo XX. En un contexto de diferentes propuestas para una nueva generación de acuerdos en este campo, el Protocolo se destaca como un tratado internacional que prioriza los intereses del Estado receptor de la inversión, antes que los derechos del inversor extranjero. En este sentido, el presente trabajo tiene dos objetivos principales. El primero es contextualizar el Protocolo en el marco de los debates y propuestas contemporáneos en materia de inversiones extranjeras. El segundo objetivo es analizar aquellas cláusulas que mejor evidencian el nuevo paradigma propuesto por el Protocolo: el desarrollo sostenible como objetivo de las inversiones, la contribución del inversor a la comunidad a través de criterios de responsabilidad social empresarial, y la potestad que se reservan los Estados para establecer regulaciones, entre otras, en materia de medio ambiente.*

Resumo: *Em abril de 2017, foi assinado o Protocolo de Cooperação e Facilitação do Investimento Intra-MERCOSUL, instrumento que muda o paradigma dos clássicos acordos bilaterais de investimento, firmados pelos países do Bloco Regional no final do século XX. Em um contexto de diferentes propostas para uma nova geração de acordos neste domínio, o Protocolo se destaca como um tratado internacional que prioriza os interesses do Estado que recebe o investimento, e não os direitos do investidor estrangeiro. Nesse*

* Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales, Argentina.
E-mail: alaborias@uade.edu.ar
Las opiniones expresadas son estrictamente personales del autor.
Recibido: 05/05/2018. Aceptado: 23/07/2018.

sentido, o presente trabalho tem dois objetivos principais. O primeiro é contextualizar o Protocolo no marco dos debates e propostas contemporâneos sobre investimento estrangeiro. O segundo objetivo é analisar as cláusulas que melhor demonstram o novo paradigma proposto pelo Protocolo: o desenvolvimento sustentável como um objetivo de investimento, a contribuição do investidor para a comunidade através de critérios de responsabilidade social corporativa, e o poder reservado pelos Estados para estabelecer regulamentos, entre outros, sobre questões ambientais.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, Inversiones Intra-MERCOSUR, Desarrollo sostenible, Responsabilidad social empresarial, Medio ambiente
Palavras-chave: Investimentos estrangeiros, Investimento Intra-MERCOSUL, Desenvolvimento sustentável, Responsabilidade social corporativa, Meio ambiente

1. INTRODUCCIÓN

En su “Informe Mundial sobre las Inversiones”, correspondiente al año 2018, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante UNCTAD, por su sigla en idioma inglés) hacía un recuento de un total de 3.322 acuerdos internacionales de inversiones, con datos completos al año 2017. Asimismo, anunciaba que otros tres tratados ya habían sido concluidos entre enero y marzo de 2018¹. Este entramado de acuerdos internacionales, que apropiadamente UNCTAD identifica como un *universo*, es objeto de diversas críticas, tanto por la ingente cantidad de instrumentos, como por las características de sus cláusulas.

Durante décadas los principales ejes en la redacción de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, también conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión (o por la sigla TBIs), fueron las consideraciones financieras y económicas, teniendo en miras prioritariamente los intereses de los inversores, al mismo tiempo que se limitaban las posibilidades regulatorias del Estado receptor de la inversión². El articulado de estos acuerdos,

1 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2018. Investment and new industrial policies*. Geneve: United Nations, 2018, p. 88. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>. El Informe hace referencia a tratados “concluidos”, es decir, cuyo proceso de celebración haya finalizado. El sitio web específico de esta materia, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>, identifica 2.952 tratados bilaterales de inversión, y otros 380 acuerdos con disposiciones acerca de inversiones, de los cuales se encontraban en vigor a la fecha de consulta 2.358 y 310, respectivamente.

2 Si bien resulta preferible hacer referencia a un Estado receptor, en diversas publicaciones también se los identifica como “Estados anfitriones”. A los fines de este trabajo, ambas expresiones serán utilizadas en forma indistinta.

...refleja un formato estandarizado, al reproducir los modelos de cláusulas propuestas mayoritariamente por los Estados exportadores de capital y organismos o agencias internacionales. Sus objetivos generales son promover y proteger las inversiones entre los Estados parte, garantizar una estabilidad para el inversor y las inversiones, y limitar el accionar unilateral de los gobiernos anfitriones. De esta manera, a través de compromisos internacionales los Estados receptores aceptan restringir su campo de acción, a cambio de atraer inversiones extranjeras que permitan mejorar su crecimiento económico. Sin embargo, los años de práctica en el uso de estos TBIs y las controversias derivadas de su aplicación determinaron la necesidad de modificar esa estandarización para reflejar las particularidades de cada Estado anfitrión y que las autoridades locales pudieran recuperar las potestades reglamentarias, cuestionadas en diversos laudos arbitrales³.

De esta manera, la nueva generación de acuerdos de inversiones, o los modelos propuestos, contemplan un equilibrio más adecuado entre la promoción y facilitación del arribo de capitales extranjeros, y una reserva soberana del Estado receptor para legislar acerca de aquellas cuestiones que considere prioritarias en su esfera interna⁴. En esta recuperada potestad reguladora, muchos Estados buscan colocar el foco de interés en el desarrollo sostenible⁵, entendido como aquél que cumple con las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades⁶, en la promoción de los derechos humanos, en la protección del medio ambiente, en el impulso del concepto de responsabilidad social empresarial, y en el fomento al cumplimiento de estándares laborales. Lo antedicho no implica que se hayan dejado de lado los tradicionales objetivos de un acuerdo de inversiones, sino sólo que se busca compatibilizarlos con otros fines más novedosos y, hasta cierto punto, imperiosos para la sociedad. Es decir que mediante una inversión basada en un acuerdo de la nueva generación,

3 LABORÍAS, Alexis Rodrigo. "De los tratados bilaterales al multilateralismo: la nueva perspectiva para las inversiones extranjeras del 'Acuerdo Internacional Modelo para el Desarrollo Sostenible'". *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, 2015, vol 1, n° 2, p. 1-23. Disponible en: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/13268>>

4 Acerca de las nuevas preocupaciones en los acuerdos de inversión, ver SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004, p. 259-266.

5 El Protocolo de Inversiones del MERCOSUR que se comenta, al igual que muchos otros instrumentos de similar tenor, hace referencia al desarrollo sustentable (*sic*), cuando en realidad el adjetivo correcto es sostenible. La Real Academia Española lo define de la siguiente manera: "Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente".

6 Esta definición fue incluida en el informe de la COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Nuestro futuro común*. Nueva York: ONU, 1987. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>>. Es conocido coloquialmente como "Informe Brundtland", en homenaje a quien fuera presidente de la Comisión, Gro Harlem Brundtland.

el inversor aún espera obtener un importante rédito económico, una estabilidad para su inversión, y una adecuada compensación en caso que se afecten sus derechos. Estas expectativas de ninguna forma se descartaron, aunque en ciertos casos sí pueden verse limitadas frente a las nuevas exigencias reclamadas por los Estados receptores.

Teniendo presente esta dicotomía entre el esquema clásico de los TBIs y los nuevos enfoques en la materia, el presente trabajo tiene dos objetivos principales. El primero es contextualizar el Protocolo en el marco de los debates y propuestas contemporáneos respecto de las inversiones extranjeras. El segundo objetivo es analizar aquellas cláusulas del Protocolo que mejor evidencian el nuevo paradigma propuesto: el desarrollo sostenible como objetivo de las inversiones, la contribución del inversor a la comunidad a través de criterios de responsabilidad social empresarial, y la potestad que se reservan los Estados para establecer regulaciones, entre otras, en materia de medio ambiente.

2. NUEVOS ENFOQUES RESPECTO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Posiblemente, uno de los ámbitos en los cuales resulta más evidente la novedosa perspectiva acerca de las inversiones sea en la propia UNCTAD, entidad que había promovido el formato clásico de los TBIs en innumerables Informes⁷. En el año 2012 presentó una propuesta de nombre “*Investment Policy Framework for Sustainable Development*”, respaldada por los diferentes cambios que se apreciaban en el campo de las inversiones a nivel mundial⁸. Como se advierte en la presentación de dicho Informe, la política de inversiones no se concreta en el vacío, sino teniendo en cuenta el contexto en el cual dicha inversión se desenvolvería.

En particular, la UNCTAD observó que los países en desarrollo se habían transformado en los principales destinatarios de las inversiones extranjeras directas, a partir de un punto de equilibrio alcanzando en el año 2010, en el cual habían igualado a las inversiones dirigidas a países desarrollados. Incluso, muchos países en desarrollo se habían transformado, al mismo tiempo, en inversores por sí mismos. Esto se explicaba teniendo en cuenta la cada vez más activa participación de empresas estatales y de fondos soberanos de inversión. Otro cambio destacable era la decisión de muchos Estados de volver a establecer planificaciones para la economía. Esto implicaba un progresivo abandono

⁷ A tal efecto, se puede ver la colección UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Issues in International Investment Agreements* [en línea]. Gineve: United Nations, 1998-2011. Disponible en: <<http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issue-Series-I.aspx>>.

⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Gineve: United Nations, 2012. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf>

de la visión estrictamente liberal (o neo-liberal) de la economía, que había caracterizado la década posterior al fin de la Guerra Fría. En este sentido, una parte de los esfuerzos estatales se dirigían a la planificación económica, con especial énfasis en áreas socialmente sensibles, como el combate a la pobreza y la reducción del desempleo. Por otra parte, las sucesivas crisis económicas (e incluso las simples turbulencias en los ciclos económicos) habían resuelto a muchos Estados a buscar nuevos paradigmas en materia de inversiones, orientados a los esfuerzos cooperativos, en vez de ceñirse a lo estrictamente competitivo.

Estos factores percibidos y analizados por la UNCTAD determinaron la aparición de una nueva generación de políticas gubernamentales de inversiones que, sin cuestionar la necesidad de una apertura económica, buscaban un equilibrio entre el liberalismo y la planificación, incorporando la preocupación por el desarrollo sostenible entre sus prioridades⁹.

En este contexto, la UNCTAD elaboró once Principios Fundamentales (“*Core Principles for Investment Policymaking*”), que no se aplican como reglas estrictas, sino sólo como guías para las autoridades estatales que se involucren con el tema de inversiones extranjeras. Los Principios se complementan con recomendaciones más específicas, aplicables tanto al diseño de políticas nacionales como a la negociación de acuerdos internacionales¹⁰.

Cabe agregar que en el año 2015 la UNCTAD aprobó la segunda versión del “*Investment Policy Framework*”, que refleja los nuevos desarrollos y las lecciones aprendidas en el período de tres años, así como también los comentarios recibidos por diversos Estados. En este nuevo texto, los Principios Fundamentales fueron reorganizados a partir de un primer Principio Global, seguido de otros diez enfocados en áreas específicas. Como referencia sintética, el Principio Global (antiguo Principio 1 en la versión 2012) estipula que debe ser un objetivo de cualquier política la promoción de inversiones que busquen un crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible¹¹.

Otro espacio desde el cual surgió una propuesta alternativa en este campo fue el *International Institute for Sustainable Development*, organización no gubernamental con sede en Canadá, que formuló el texto de un “Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible”¹². A diferencia del universo de TBIs, el

9 *Ibíd.*, p. 3-6.

10 *Ibíd.*, p. 10-14.

11 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Geneva: United Nations, 2015, p. 28-36. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf>

12 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*. Winnipeg: IISD, 2005. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_model_int_handbook_es.pdf>

Acuerdo modelo se presenta como un tratado multilateral, para ser utilizado como base de negociación entre los Estados. Sus disposiciones establecen derechos y obligaciones tanto para los inversores y el Estado de su nacionalidad, como para los Estados receptores, buscando un equilibrio adecuado entre todos ellos. Adicionalmente, el Acuerdo modelo propone la creación de varias instituciones, entre ellas, una Conferencia de las Partes, un Comité de Asistencia Técnica, una Secretaría, un Órgano de solución de controversias, y un Centro de Asistencia Legal¹³.

Las propuestas de la UNCTAD y del IISD, al igual que otras de similar tenor, poseen ciertas características comunes, dado que son producto de las críticas antes señaladas respecto de los acuerdos de inversiones clásicos y su foco casi unidireccional hacia los aspectos económicos. Desde una visión académica, Mann identifica siete ejes comunes de las nuevas propuestas respecto de los tratados de inversión¹⁴. Primero, se establece como un objetivo del tratado la vinculación entre las inversiones y el desarrollo sostenible, lo cual permite que esa relación sea tenida en miras al momento de una controversia. Segundo, los derechos de los inversores poseen mayores límites que en los esquemas clásicos, ya que se especifica que se encuentran alcanzados por la potestad regulatoria del Estado. Tercero, la liberalización de las inversiones no aparece como un eje central, sino que se plantea la importancia para el Estado receptor de considerar en cada caso la conveniencia de admitir o rechazar una inversión, de acuerdo con sus necesidades internas. Cuarto, se incluyen cláusulas específicas con derechos del Estado receptor, a diferencia de los instrumentos anteriores que incluían estas potestades como excepciones a los derechos de los inversores. Quinto, se fijan obligaciones para los inversores, entre ellas, acatar estándares mínimos ambientales y laborales, respetar los derechos humanos, buscar el desarrollo económico y social de la población local, evitar prácticas de corrupción o fraudulentas, y aplicar estándares de gobernanza corporativa. Sexto, se rediseñan los mecanismos de solución de controversias, por ejemplo, limitando la demandabilidad internacional, incluyendo expresamente el requisito de agotamiento de los recursos internos, y estipulando la imposibilidad de llegar a un arbitraje internacional mediante cláusulas “flexibles”, que habilitan el reclamo ante cualquier tipo de afectación a la inversión. Y séptimo, se exige que la relación entre el inversor y el Estado receptor se base en la transparencia.

13 Un análisis en detalle puede verse en MALIK, Mahnaz. “The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development”. En: CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 565-584; y en LABORÍAS, Alexis Rodrigo. Op. cit., p. 19.

14 MANN, Howard. “Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development”. *Lewis & Clark Law Review*. 2013, vol 17, n° 2, 2013, p. 521-544 (535-543).

Teniendo presentes estas nuevas orientaciones respecto de las inversiones, tres años atrás habíamos sugerido que el MERCOSUR debía prestarles especial atención, atento que hasta ese momento carecía de un marco normativo adecuado, luego de la fallida experiencia de los estándares propuestos a comienzos de la década del '90 del siglo pasado¹⁵. En este sentido, se puede recordar que mediante la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 11/93 se aprobó el Protocolo de Colonia, que contenía el marco legal para inversiones provenientes de inversores intra-grupo¹⁶. De forma equivalente, mediante la Decisión CMC N° 11/94 se aprobó el esquema de inversiones para inversores extra-zona¹⁷. Estas Decisiones reflejaban un esquema clásico en materia de inversiones extranjeras, a tono con los postulados económicos liberales que imperaban en esos años, marcados por la finalización de la Guerra Fría. De su lectura surge una patente coincidencia entre ambos Protocolos y los modelos de TBIs que proliferaban en esa época¹⁸.

Sin embargo, estas normas no contaron con la aceptación de los Estados parte y no entraron en vigor. En 2010 la Decisión CMC N° 30/10 dispuso la aprobación de las "Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR"¹⁹, que incluían la derogación de los Protocolos antes mencionados. Asimismo, se instruyó al Subgrupo de Trabajo N° 12 "Inversiones" para que elevara al Grupo del Mercado Común una propuesta de acuerdo²⁰. Luego de un prolongado proceso de negociación y consenso en este campo, el esfuerzo rindió sus frutos, al aprobarse mediante la Decisión CMC N°

15 LABORÍAS, Alexis Rodrigo. Op. cit., p. 19.

16 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/93. *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona)*, firmado en Colonia del Sacramento, República Oriental del Uruguay, el 17 de enero de 1994.

17 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/94. *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados No Partes del Mercosur*, firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de mayo de 1994.

18 Un análisis pormenorizado de estos instrumentos internacionales se puede consultar en FRAGA LERNER, Diego. "The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR". En: TOSCANO FRANÇA, Marcílio; LIXINSKI, Lucas and OLMOS GIUPPONI, María Belén (Eds.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2010, p. 277-290; CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. "MERCOSUR e inversiones extranjeras. Una aproximación desde el derecho comparado y de la integración". *Ámbito Jurídico*, 2011, vol 14, n° 84. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8899&revista_caderno=19>; SUNÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2013, vol 1, n° 2, 2013, p. 195-220. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/59/39>>

19 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 30/10. *Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR*, firmada en Foz do Iguaçu, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2010.

20 Este Subgrupo había sido creado en el año 2000 y entre sus funciones se incluyó la de analizar las dificultades que habían encontrado los Estados Parte para aprobar e implementar los textos de 1993 y 1994. Ver MERCOSUR. Resolución MERCOSUR/GMC/RES. N° 13/00. *Subgrupo de Trabajo N° 12 "Inversiones"*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de abril de 2000.

03/17 el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (en adelante, el Protocolo)²¹.

En su aspecto formal, la Decisión CMC N° 03/17 posee cinco artículos. El primero de ellos aprueba el Protocolo, contenido en el Anexo. El art. 2° señala que el CMC recomienda a los Estados Parte la suscripción del Protocolo, que sigue la regla general de cualquier acuerdo internacional, al requerir la manifestación del consentimiento de los Estados para su entrada en vigor, en los términos del art. 4° de la Decisión y del art. 26 del Protocolo²². Por su parte, el art. 3° de la Decisión deroga a su similar N° 11/93, normativa que, como fuera mencionado, no entró en vigor. Por último, el art. 5° aclara que la Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico interno de los Estados parte.

3. EL PROTOCOLO COMO UN MARCO INNOVADOR EN MATERIA DE INVERSIONES

En una visión abarcativa de su articulado se observa que el Protocolo es concordante con los nuevos desarrollos del derecho internacional de las inversiones extranjeras, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes. En su redacción se aprecia el esfuerzo para alcanzar un equilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocos de los inversores y de los Estados receptores, explorando nuevos espacios antes no considerados, entre ellos, el desarrollo sostenible, la responsabilidad social empresarial y la protección del medio ambiente. A diferencia del contenido de los TBIs clásicos, los Estados se reservan expresamente un margen de apreciación, tanto para aceptar las inversiones, como para introducir modificaciones durante la vigencia de su estancia en el país. Al respecto, Iriberry comenta que el Protocolo

...se ajusta no sólo a las Directrices de 2010, sino – muy especialmente – al nuevo modelo de acuerdos sobre inversión propugnado por Brasil desde hace unos años. Esa nueva generación de tratados que Brasil ha accedido a celebrar se conoce como Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI). Tanto el alcance de la protección sustantiva otorgada por los ACFI, como el mecanismo de solución de controversias que ellos contemplan, difieren mucho de los habitualmente previstos en los TBI²³.

21 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/17. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 7 de abril de 2017.

22 Al momento de escribir este trabajo el Protocolo aún no se encuentra en vigor, conforme PARAGUAY. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Tratados del MERCOSUR*. [consulta 23/04/2018]. Disponible en: <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>

23 IRIBERRI, Bernardo A. “Nuevo Protocolo de Buenos Aires en materia de inversiones Intra-MERCOSUR”. *Abogados.com.ar*, 15 de mayo de 2017. Disponible en: <<http://abogados.com.ar/nuevo-protocolo-de-buenos-aires-en-materia-de-inversiones-intra-mercosur/19825>>

A efectos de realizar una comparación, se pueden utilizar como referencia los acuerdos que entraron en vigor para Argentina en el decenio 1992-2002²⁴. En la mayoría de los preámbulos se hace referencia a la búsqueda del crecimiento o desarrollo económico, mientras que las cláusulas acordadas despliegan definiciones muy abarcativas de los términos aplicables, y se limitan a enunciar los derechos de los inversores. Sólo en algunas disposiciones muy específicas se prevé alguna potestad del Estado receptor, por ejemplo, en lo referido a las expropiaciones²⁵.

Por el contrario, el Protocolo, al igual que otros instrumentos de nueva generación, contiene un preámbulo que expone la amplitud de los intereses de los negociadores, incluyendo el desarrollo sostenible, los derechos humanos y los derechos laborales, entre otros. Sus cláusulas son también un reflejo de esta amplitud, ya que se busca un equilibrio entre derechos y obligaciones en la relación consensual de la inversión, si bien su redacción presenta algunas deficiencias por no haber incluido algunas áreas prioritarias, como la de solución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión²⁶.

En el “Informe Mundial sobre las Inversiones” del año 2017, la UNCTAD formuló un comentario sintético respecto de este Protocolo, exponiendo que enumera las características que debe poseer una inversión para ser abarcada por ese marco legal, circunscribe el alcance de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, y prevé una protección contra la expropiación, pero sin hacer referencia a la expropiación regulatoria o indirecta. Se menciona también que el texto del MERCOSUR incluye disposiciones específicas de facilitación de las inversiones, enfatiza las obligaciones del inversor y la responsabilidad social, e incluye una provisión para crear un punto focal u “ombudsman” en cada Estado parte, a cargo del desarrollo, promoción y cooperación en la materia. Como observación negativa, la UNCTAD indicó que el Protocolo no contiene cláusulas acerca del trato justo y equitativo, ni tampoco para la solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor²⁷.

24 La información se puede consultar en ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. *Biblioteca Digital de Tratados*. Disponible en: <<http://tratados.cancilleria.gob.ar/>>, y en UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu>>

25 Una referencia general a los estándares que Argentina garantiza a los inversores en los TBI se puede consultar en SOMMER, Christian G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, vol 6, p. 95-130. Disponible en: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>>

26 IRIBERRI, Bernardo A. Op. cit., indica que el Protocolo “...al reproducir fielmente el modelo de ACFI brasileño, seguramente decepcionará a muchos de los actores económicos que esperaban un acuerdo moderno y equilibrado. En lugar de eso, el instrumento aprobado restringe de manera considerable el alcance habitual de la protección otorgada por los TBI”.

27 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017. Investment and the digital economy*. Geneva: United Nations, 2017, p. 113. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf?user=46>

Esta última característica del instrumento bajo estudio, y las críticas que se le pueden formular, debe ser entendida en el contexto general de la visión que tienen los países del MERCOSUR respecto de la solución de disputas en materia de inversiones extranjeras²⁸. El Protocolo es un instrumento primordialmente dirigido a regular la conducta de los Estados, como se explicará al analizar su art. 1° en párrafos subsiguientes. De ahí que lo referente a la solución de controversias se habría reservado para futuras regulaciones, evitando una temática sensible. Al menos desde la óptica de Argentina, uno de los países más demandados frente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), hubiera sido problemático negociar una cláusula que permitiera el acceso del inversor a un foro decisorio internacional. En forma opuesta, Brasil no es parte del CIADI, de ahí que su modelo de acuerdo de inversiones carezca de este tipo de cláusula compromisoria.

4. ESTIPULACIONES DESTACADAS DEL PROTOCOLO

De acuerdo con el segundo objetivo fijado para este trabajo, serán analizadas las disposiciones del Protocolo que reflejan en forma inequívoca su pertenencia a la nueva generación de instrumentos de inversiones. Así, se comentará respecto de la inclusión de cláusulas referentes al desarrollo sostenible, a la responsabilidad social empresarial y a la protección del medio ambiente. En forma concreta, dichos aspectos son regulados en el Preámbulo del Protocolo y en sus artículos 1°, 14 y 16.

4.1. La importancia del Preámbulo

El Preámbulo señala que los Estados Parte reconocen "...el papel fundamental de la inversión en la promoción del desarrollo sustentable, en el crecimiento económico, en la reducción de la pobreza, en la creación de empleo, en la expansión de la capacidad productiva y en el desarrollo humano". A renglón seguido, se declara como intención "... que sus inversionistas y sus respectivas inversiones tengan una conducta socialmente responsable y contribuyan al desarrollo sustentable de los Estados Parte.

Si bien cualquier preámbulo de un acuerdo internacional contiene necesariamente fórmulas amplias, que reflejan los grandes ejes de concordancia entre los negociadores, su lectura y análisis es de gran relevancia para precisar los objetivos fijados, a partir de los cuales se

28 BAS VILIZZIO, Magdalena. "Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 233-253. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/128>>

puede interpretar el instrumento en su totalidad²⁹. Por este motivo, son auspiciosas las menciones al desarrollo sostenible dado que, en caso de controversia entre un inversor y el Estado anfitrión, permitirán enfocar la solución en dicho sentido³⁰.

A modo comparativo, el TBI entre Argentina y España sostiene en su Preámbulo que las Partes desean "...intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países"³¹. También hacen referencia al desarrollo o la prosperidad económica los acuerdos con los Estados Unidos de América³², la Confederación Suiza³³ y los Estados Unidos Mexicanos³⁴, entre otros. Sólo en algunos de los TBIs de esa época aparece una terminología diferente, como aquél con Alemania³⁵, que incluye el objetivo de incrementar el bienestar de ambos pueblos, frase inusual para estos acuerdos³⁶.

Una cuestión de gran relevancia es planteada por Sornarajah, con relación a los preámbulos de los acuerdos de inversión. Si estos instrumentos plantean como objetivo la concreción de inversiones que ayuden al desarrollo del Estado anfitrión, entonces puede alegarse que es válido rechazarlas en caso que no alcancen ese objetivo. Adicionalmente, se podría plantear que el Estado receptor podría incumplir las obligaciones a su cargo, en atención a la previa violación de un inversor que no haya contribuido al desarrollo³⁷.

29 Cabe recordar que el art. 31, inc. 1º, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), codificadorio de la costumbre internacional, estipula: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin." Asimismo, el inc. 2º aclara que el contexto incluye, entre otros elementos, el preámbulo y los anexos.

30 Ver NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, LLuis. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 113-116.

31 Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. Aprobado por Ley 24.118, en vigor desde el 28 de septiembre de 1992.

32 Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991. Aprobado por Ley 24.124, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

33 Acuerdo entre la República Argentina y la Confederación Suiza para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Berna el 12 de abril de 1991. Aprobado por Ley 24.099, en vigor desde el 6 de noviembre de 1992.

34 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Buenos Aires el 13 de noviembre de 1996. Aprobado por Ley 24.972, en vigor desde el 22 de julio de 1998.

35 Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Bonn el 9 de Abril de 1991. Aprobado por Ley 24.098, en vigor desde el 8 de noviembre de 1993.

36 Una visión más amplia es aportada por NEWCOMBE, Andrew. "Sustainable Development and Investment Treaty Law". *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol 8, 2007, p. 357-407. Disponible en: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/newcombe.pdf>>, quien compara la terminología usada en 71 tratados bilaterales firmados en el período 2000-2005.

37 SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, Op. cit. p. 218-220.

4. 2. La consagración del desarrollo sostenible

El art. 1° del Protocolo especifica que su objetivo es “...promover la cooperación entre los Estados Partes con el fin de facilitar la inversión directa que viabilice el desarrollo sustentable de los Estados Partes”. En forma comparativa, un TBI de formato clásico, como aquél celebrado entre Argentina y España antes citado, carece de un artículo específico que indique sus objetivos, los cuales deben deducirse del Preámbulo, destacándose entonces el deseo de “...intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países” y “crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes en el territorio de la otra”.

El objetivo del Protocolo, centrado en la relación interestatal, se reitera en diversas cláusulas y evidencia un instrumento que establece un marco general entre los países del MERCOSUR, que posteriormente podría complementarse con disposiciones más específicas que dicte un Estado receptor, respetando los parámetros regionales³⁸. Como fuera mencionado, la redacción del tratado en estudio responde al modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones utilizado por Brasil, como surge del cotejo de los textos bilaterales firmados, entre otros, con México, Colombia y Chile³⁹.

Este diseño de los objetivos es concordante con la nueva generación de acuerdos, que plantea que las inversiones deben ser hechas en un marco común de coincidencias entre Estados, que exceden el mero interés particular del inversor. Justamente, una de las críticas formuladas a los TBIs era que el Estado de la nacionalidad del inversor se desentendía de la relación entre su inversor y el Estado receptor. Esto se reflejaba, por ejemplo, en la consagración de un sistema de solución de controversias directo entre el inversor y el Estado anfitrión, generalmente mediante el arbitraje, ya sea del CIADI o bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en lugar de recurrir al mecanismo clásico de la protección diplomática⁴⁰.

Dadas las características comentadas del art. 1°, si en caso de controversia una autoridad jurisdiccional debe remitirse a la

38 El propio Preámbulo indica que los Estados procuran el establecimiento de una asociación estratégica entre ellos en materia de inversión, que aporte amplios y mutuos beneficios.

39 Se firmaron en la Ciudad de México, Bogotá y Santiago, con fechas 26 de mayo de 2015, 9 de octubre de 2015 y 24 de noviembre de 2015, respectivamente. A julio de 2018, ninguno de estos tres instrumentos se encuentra en vigor. Como referencia comparativa, el art. 1° del Acuerdo entre Brasil y Colombia indica: “El objetivo de este Acuerdo es promover la cooperación entre las Partes con el fin de facilitar y promover la inversión mutua mediante el establecimiento de un marco institucional para la gestión de una agenda de cooperación y de facilitación de las inversiones; y de mecanismos para la mitigación de riesgos y la prevención de conflictos, entre otros instrumentos mutuamente acordados por las Partes”.

40 Ver SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2015, p. 78-135.

justificación del Protocolo para determinar el alcance de las reglas de derecho vigentes entre un inversor y un Estado parte, deberá realizar una fusión entre este artículo y el Preámbulo, integrando ambos textos para comprender el real sentido del texto acordado en el MERCOSUR.

4.3. Criterios de Responsabilidad Social Empresarial

El art. 14 desarrolla lo atinente a la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), expresión que puede tener diversas acepciones, lo cual dificulta muchas veces su aplicación en situaciones de controversias⁴¹. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) la define como “...la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden aportar al progreso económico y social y a la consecución del trabajo decente para todos, así como minimizar y resolver las dificultades a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas”⁴². La Declaración de la OIT aporta también una interesante descripción de este concepto, que resulta conveniente transcribir *in extenso*:

Las empresas multinacionales desempeñan un papel importante en las economías de la mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales, lo que es motivo de creciente interés para los gobiernos, así como para los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones. Mediante las inversiones directas internacionales, el comercio y otros medios, estas empresas pueden aportar beneficios substanciales, tanto para los países de origen de las empresas como para los países anfitriones, al contribuir a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo sostenible establecidas por los gobiernos, pueden aportar también una contribución importante a la promoción del bienestar económico y social; a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; y al ejercicio efectivo de los derechos humanos, incluida la libertad sindical, en todo el mundo (...)⁴³.

41 A modo de referencia, ver UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Social Responsibility of Transnational Corporations*. Geneva: United Nations, 1999, p. 2-18. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf>. En este Informe se brindan diferentes enfoques descriptivos como los siguientes: “It implies that firms have obligations that go beyond what countries require individually, and agreements prescribe internationally” (p. 1), “Corporate social responsibility concerns how business enterprises relate to, and impact upon, a society’s needs and goals” (p. 1), y “...a firm’s operational behaviour and its impacts on the surrounding society” (p. 3).

42 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. 5ª ed. Ginebra: OIT, 2017, p. 2. Disponible en: <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang-es/index.htm>. Originalmente formulada en 1977, la Declaración fue enmendada en las sesiones de los años 2000, 2006 y 2017.

43 Ídem.

Asimismo, en el año 2000 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) lanzó una iniciativa internacional conocida como “Global Compact”, que tiene por objetivo alcanzar consensos con el sector empresarial para implementar diez Principios, que deberían regir las actividades y estrategias de negocios empresariales⁴⁴. Los Principios 1 y 2 hacen referencia a los derechos humanos; los Principios 3 a 6, al ámbito del trabajo; los Principios 7 a 9, a la protección del medio ambiente, y el Principio 10, a prevenir la corrupción. En lo que es materia de nuestro interés, el Principio 7 establece: “Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente”; el Principio 8 afirma: “Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental”; y el Principio 9 determina: “Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente”⁴⁵.

En consonancia con estos antecedentes, el art. 14 del Protocolo estipula en su primer inciso: “Los inversionistas y sus inversiones se esforzaran por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado Parte Anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo”.

Lo primero que debe advertirse es que el mandato establecido respecto de los inversores es de difícil verificación, al utilizar la expresión “se esforzarán”, de ahí que sea identificable como una obligación de medios. Corresponderá en tal caso al Estado anfitrión verificar si el inversor se ha esforzado lo suficiente como para considerar cumplido el objetivo de contribuir al desarrollo sostenible, o aportar las pruebas necesarias en caso de considerar que no la ha hecho y aplicar las sanciones correspondientes.

La redacción del Protocolo presenta consonancia con las reglas de la OIT y de la ONU antes mencionadas, que dejan en claro que la adhesión a las reglas de RSE es voluntaria. El MERCOSUR no podía ser ajeno a este esquema e imponer obligaciones más estrictas al respecto, lo cual podría derivar en un rechazo a la inversión o, al menos, dificultades para su concreción. En este sentido, sería posible para el Estado anfitrión dictar una reglamentación más específica, con miras a reducir el margen potestativo de la decisión empresarial. De hecho, es en el marco de la legislación nacional, y no tanto en los instrumentos internacionales, en que pueden encontrarse la mayor cantidad de regulaciones destinadas a

44 UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/>>.

45 El Informe 2017 de la iniciativa detalla los progresos efectuados hasta la fecha, destacándose que 2.116 empresas en Latinoamérica habían adherido a los Principios. Ver UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Progress Report 2017. Business solutions to Sustainable Development*. New York: United Nations, 2017. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/library/5431>>

guiar la conducta de las empresas⁴⁶.

Un aspecto adicional que debe resaltarse es que se determina una conexión estrecha entre el desarrollo sostenible, establecido como objetivo al cual deben contribuir los inversores, y las acciones de RSE, que son los medios para alcanzar el propósito anterior.

El segundo inciso del art. 14 enumera una serie de "...principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable y coherente con las leyes aplicadas por el Estado Parte Anfitrión". A los fines de este trabajo, se puede destacar que la primera de esas normas es "estimular el progreso económico, social y ambiental, con miras a lograr el desarrollo sustentable." Nuevamente, este inciso hace referencia a la voluntariedad respecto de las posibles medidas a implementar.

Si bien en una primera óptica esta disposición, y otras de similar contenido, puedan parecer excesivamente potestativas y limitadas, reflejan un proceso de avance en el campo de la responsabilidad empresarial, que aún puede demorar muchos años en concretarse efectivamente. Al menos, la situación particular del Protocolo, como instrumento eminentemente dirigido a los Estados Parte, admitiría su implementación en el derecho interno de los países ratificantes, mediante legislación que establezca en forma imperativa determinadas obligaciones para las empresas inversoras.

4.4. Potestades reglamentarias del Estado receptor

El art. 16 contiene un área de reserva soberana en su primer inciso, al estipular que un Estado podrá adoptar medidas que considere apropiadas para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen de conformidad con la legislación laboral, ambiental o de salud. La limitación razonable a esta potestad es que las medidas reglamentarias no pueden constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta.

En concordancia, el segundo inciso contiene una declaración en la cual los Estados Parte "...reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud." En razón de lo anterior, garantizan que no modificaran o derogarán esos estándares, ni ofrecerán hacerlo para estimular la llegada de una inversión⁴⁷.

46 SALGADO LEVY, Claudia. "Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective". *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol 3, n° 1, p. 59-84 (77). Disponible en: <<https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31113/28420>>

47 Una disposición similar, acotada a las cuestiones de medio ambiente, se encuentra en el art. 1.114 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*, o NAFTA). Un análisis en CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. "Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3,

La temática regulada por el art. 16 representa uno de los ejes más conflictivos en la relación entre los inversores y el Estado anfitrión. El ejercicio de la potestad regulatoria dio origen a innumerables litigios jurisdiccionales que, posiblemente en la mayoría de los casos, derivó en una condena contra el Estado⁴⁸. El modelo clásico de los TBIs ofrecía un panorama en el cual el inversor debía tener absoluta libertad para desarrollar su actividad, en la forma en que creyera conveniente para sus intereses. Cualquier tipo de intromisión estatal era considerada contraria a los derechos contemplados en el TBI e, incluso en ciertos supuestos, se las reputaba como acciones equivalentes a una expropiación⁴⁹. Este punto de tensión alcanzó su máxima expresión cuando en algunos casos litigiosos se rechazó la defensa del Estado, que alegaba haber dictado medidas que afectaron al inversor motivado por razones ambientales, de emergencia económica o social, o de salud pública, entre otras⁵⁰. No obstante, las nuevas tendencias en este campo parecen admitir, en ciertos supuestos, que la potestad regulatoria es un derecho inalienable del Estado, derivado de su soberanía, que se debe ejercer siempre en sus cauces adecuados⁵¹.

El artículo del Protocolo establece un punto de equilibrio, lo cual no excluye que, en una controversia específica, una medida reglamentaria pueda ser cuestionada por un inversor. Sin embargo, para que ello ocurra el inversor deberá alegar y probar la existencia de un acto de discriminación arbitraria o injustificable, o de una restricción encubierta. Esto implica que, como principio general, se reconoce la validez de la potestad reglamentaria del Estado receptor, salvo prueba en contrario.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir del análisis desarrollado, se aprecia que el Protocolo

n° 5, p. 391-405. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/124/137>>.

48 SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*, Op. cit., p. 212-220.

49 De ahí su denominación de “expropiación indirecta”. Para una caracterización, ver SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, Op. cit., p. 349-352; y DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: University Press, 2008, pp. 92-114.

50 Una referencia ineludible es “Metalclad Corporation and The United Mexican States” (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, laudo del 30/08/2000), litigio en el cual la empresa inversora demandó a México por el ejercicio de su potestad regulatoria en materia ambiental. Un comentario en WEILER, Todd. “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico”. En: WEILER, Todd (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, p. 701-745.

51 A modo de ejemplo, el litigio entre Philip Morris y Uruguay remite a una regulación aprobada por el Estado anfitrión, con miras a proteger la salud de la población. Ver BAS VILIZZIO, Magdalena. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. *El Dial*, 13/07/2015. Disponible en: <www.eldial.com>

constituye una herramienta de utilidad para los países del MERCOSUR, respecto del cual sólo será posible considerar su efectiva utilidad una vez en vigor y aplicado por los Estados parte. Entre sus aportes valiosos se puede destacar la existencia de un conjunto de definiciones, que serán una gran ventaja no sólo para interpretar el texto en su vigencia cotidiana, sino también en los casos de controversias. A modo de ejemplo, se puede recordar los innumerables arbitrajes en el CIADI en los cuales se debatió el alcance exacto del término “inversión”, que no fue explicitado en el Convenio de Washington⁵². Por el contrario, es criticable la carencia de un sistema de solución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión, que quizás pueda ser entendida si se parte de la perspectiva del Protocolo como un tratado que busca establecer una base de consenso entre los Estados Partes, dejando para una etapa posterior la relación de aquéllos con los inversores.

Como puede observarse, el esquema regional difiere notablemente del modelo de los TBIs, por lo cual es dable plantear cómo podrían compatibilizarse con el Protocolo, en caso que entrara en vigor. En principio, no podría argumentarse que ante esta última circunstancia todos los TBIs quedan automáticamente terminados, regla no autorizada por el derecho internacional general. En todo caso, los Estados del MERCOSUR que sean parte de TBIs que se consideren contrarios a las obligaciones asumidas con el Protocolo deberían renegociarlos si ello fuera posible, denunciarlos o esperar su plazo de terminación. Desde el punto de vista de Argentina, que es parte de aproximadamente cincuenta TBIs, se debería realizar un análisis cauteloso de estas opciones y de las posibles vías a adoptar.

Con relación a las cláusulas que fueron objeto de análisis, se encuentran en ellas diversas fórmulas de esta nueva etapa del derecho internacional de las inversiones extranjeras, que todavía encuentra poco eco en los países locales. Sin embargo, el hecho de contar con un marco regional posibilitaría empezar a tener en cuenta estos parámetros en la legislación nacional, dictando normas más específicas para los inversores.

Lo antedicho pone de relieve la necesidad de realizar una planificación estatal integral en el campo de las inversiones extranjeras. Los Estados deberían considerar la temática de las inversiones en forma estratégica, abarcando las reglas generales, por ejemplo, aquellas del

⁵² Un análisis de esta temática, con un enfoque relacionado con la deuda externa como forma de inversión, en SOMMER, Christian G. “El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras?”. En: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. *Cuaderno de Derecho Internacional N° 6: Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p. 181-204. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>>

Protocolo, a otras más específicas, como sería una nueva generación de acuerdos bilaterales adaptados a las nuevas necesidades del desarrollo sostenible, la responsabilidad social empresarial y la protección del medio ambiente.

En este sentido, los considerandos de la Decisión CMC N° 03/17 mencionan un eje esencial que debe guiar a un Estado interesado en atraer inversiones: la seguridad jurídica. Esto implica no sólo la existencia de un marco normativo adecuado, integrado por normas internas e internacionales, sino también su correcta aplicación y respeto estricto por las autoridades locales, en los tres Poderes de Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. *Biblioteca Digital de Tratados*. Disponible en: <<http://tratados.cancilleria.gob.ar/>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. *El Dial*, 13/07/2015. Disponible en: <www.eldial.com>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 233-253. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/128>>

CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. “Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 391-405. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/124/137>>

CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. “MERCOSUR e inversiones extranjeras. Una aproximación desde el derecho comparado y de la integración”. *Ámbito Jurídico*, 2011, vol 14, n° 84. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8899&revista_caderno=19>

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Nuestro futuro común*. Nueva York: ONU, 1987. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>>

FRAGA LERNER, Diego. “The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR”. En: TOSCANO FRANCA, Marcílio; LIXINSKI, Lucas

and OLMOS GIUPPONI, María Belén (Eds.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2010, p. 277–290.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*. Winnipeg: IISD, 2005. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_model_int_handbook_es.pdf>

IRIBERRI, Bernardo A. “Nuevo Protocolo de Buenos Aires en materia de inversiones Intra-MERCOSUR”. *Abogados.com.ar*, 15 de mayo de 2017. Disponible en: <<http://abogados.com.ar/nuevo-protocolo-de-buenos-aires-en-materia-de-inversiones-intra-mercosur/19825>>

LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “De los tratados bilaterales al multilateralismo: la nueva perspectiva para las inversiones extranjeras del Acuerdo Internacional Modelo para el Desarrollo Sostenible”. *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, 2015, vol 1, n° 2, p. 1-23. Disponible en: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/13268>>

MALIK, Mahnaz. “The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development”. En: CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 565-584.

MANN, Howard. “Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development”. *Lewis & Clark Law Review*. 2013, vol 17, n° 2, 2013, p. 521-544 (535-543).

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 30/10. *Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR*, firmada en Foz do Iguaçu, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2010.

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/93. *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona)*.

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/94. *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados No Partes del Mercosur*, firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de mayo de 1994

MERCOSUR. Resolución MERCOSUR/GMC/RES. N° 13/00. *Subgrupo de Trabajo N° 12 “Inversiones”*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de abril de 2000.

NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, LLuís. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer Law International, 2009

NEWCOMBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law”. *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol 8, 2007, p. 357-407. Disponible en: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/newcombe.pdf>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. 5ª ed. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en: <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm>

PARAGUAY. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Tratados del MERCOSUR*. [consulta 23/04/2018]. Disponible en: <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>

SALGADO LEVY, Claudia. “Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective”. *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol 3, n° 1, p. 59-84 (77). Disponible en: <<https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31113/28420>>

SOMMER, Christian G. “El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras?”. En: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. *Cuaderno de Derecho Internacional N° 6: Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p. 181-204. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>>

SOMMER, Christian G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, vol 6, p. 95-130. Disponible en: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>>

SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2015.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004.

SUÑÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría*

del Tribunal Permanente de Revisión, 2013, vol 1, n° 2, 2013, p. 195-220. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/59/39>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Geneve: United Nations, 2015, p. 28-36. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Social Responsibility of Transnational Corporations*. Geneve: United Nations, 1999, p. 2-18. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2018. Investment and new industrial policies*. Geneve: United Nations. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017. Investment and the digital economy*. Geneve: United Nations, 2017. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf?user=46>

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Progress Report 2017. Business solutions to Sustainable Development*. New York: United Nations, 2017. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/library/5431>>

UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/>>

WEILER, Todd. "Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico". En: WEILER, Todd (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, p. 701-745.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Alexis Rodrigo Laborías es Magíster en Defensa Nacional (EDENA). Abogado (UBA). Docente de Derecho Internacional Público, Universidad Argentina de la Empresa. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Proyectuales (INSOD – UADE). Miembro del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

O CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA E NO SISTEMA DE INTEGRAÇÃO CENTRO-AMERICANA

*Karlos Navarro**

Resumen: *En este artículo se aborda las mutaciones que ha sufrido el objeto del Derecho Administrativo: la Administración pública. Trato de definir lo que entiendo por Administración pública europea y centroamericana, a través de las normas, ya sean originarias y derivadas, y los pronunciamientos jurisprudenciales. Los procesos de integración y globalización, han traído una nueva Administración pública; y un derecho administrativo comunitario y global, que se refleja en Instituciones, órganos y organismos supranacionales. No pretendo presentar una evolución cronología del aparato administrativo en la Unión Europea ni el centroamericano.*

Resumo: *Este artigo trata das mudanças que o objeto do Direito Administrativo sofreu: a administração pública. Tento definir o que quero dizer com administração pública europeia e centro-americana, através das normas, sejam elas originais e derivadas, e dos pronunciamentos jurisprudenciais. Os processos de integração e globalização trouxeram uma nova administração pública; e uma lei administrativa global e comunitária, que se reflète em instituições, órgãos e agências supranacionais. Não pretendo apresentar uma evolução cronológica do aparato administrativo na União Europeia ou na América Central.*

Palabras clave: Unión Europea, Derecho administrativo, Administración pública, Tratado internacional

Palavras-chave: União Europeia, Direito Administrativo, Administração pública, Tratado internacional

* Universidad de Salamanca, España.
E-mail: karlosn@usal.es
Recibido: 01/05/2018. Aceptado: 18/07/2018.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho administrativo y la idea de Administración pública son dos elementos extremadamente variables, entre otros motivos, por la mutabilidad del contexto histórico en el que están llamados a operar. Diagnóstico inapelable, pues la Historia prueba que la idea de Administración pública ha sido objeto de drásticas transformaciones para adaptarse al momento histórico en el que estaba llamada a operar.

No podía ser menos: si la Administración Pública y el Derecho Administrativo se implican recíprocamente y si, como recuerda FORSTHOFF, “cada época de la historia de los Estados produce un tipo de Administración caracterizada por sus fines peculiares y por los medios de que se sirve”¹, esa conformación histórica de la Administración condiciona también el perfil de esa sumisión al Derecho que va a dar pie, a partir de un momento histórico (el siglo XVIII), a nuestra disciplina.

Si por una parte el Derecho Administrativo, como todo fenómeno jurídico, pero quizá de manera característica, no es una mera construcción lógica, sino también un producto de la historia², de la cultura; la Administración pública está conformada por instituciones organizativas que están al servicio de los ciudadanos, circunscrita por la normativa jurídica de cada momento.

Es esa historicidad y consiguiente relatividad del Derecho Administrativo (al tiempo, producto y factor coadyuvante de la evolución de las organizaciones Políticas) es la que explica, además de su auténtico significado, la dificultosa construcción de su concepto y ese incesante fluir de teorías formuladas al hilo de las vicisitudes históricas de su desarrollo.

Ante esa continua sucesión de teorías, nos tienta de inmediato la idea de esa reedición del mito de Sísifo que evocan las palabras de Jean Rivero: “Los especialistas del Derecho Administrativo merecen cierta compasión; tan pronto creen haber comenzado a construir, sobre el edificio coherente con el que sueñan, el suelo se manifiesta inestable, incapaz de soportar una gran arquitectura. No les queda más remedio que reemprender la búsqueda”.

En esa evolución de la Administración pública y mutación conceptual de la definición del Derecho Administrativo, pueden distinguirse tres etapas fundamentales: Estado Patrimonial, Estado Policía, y Estado de Derecho³.

1 FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp. Madrid: IEP, 1958, p. 35.

2 VILLAR PALASI, José Luis. *Derecho Administrativo*. Introducción v teoría de las normas, Madrid: Universidad de Madrid. 1968, p. 91-92.

3 ENTRENA CUESTA, considera que la doctrina, en su búsqueda de una noción de Administración pública, ha seguido una trayectoria circular. Pues toma como punto de partida nociones subjetivas, pasando de ellas a definiciones de tipo objetivo, para acabar desembocando de nuevo en definiciones de corte orgánico o subjetivo. ENTRENA CUESTA,

Esta es una tipología, establecida por la Escuela alemana de Derecho público a partir de LABAND (Patrimonial Staat, Polizeistaat, Rechtsstaat)⁴ y que, en general, podría extrapolarse a la Europa continental, y a América Latina.

Sin embargo, en la actualidad, ya no se concibe al Derecho Administrativo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional, con poder o de autoridad, y con vocación “ejecutiva”.

Los tiempos actuales, Administración pública y el Derecho que la rige han sufrido importantes evoluciones y transformaciones que han modificado en muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad⁵.

Estas modificaciones muy heterogéneas, casi siempre polémicas y discutidas, encuentran, sin embargo, como nexo común, la búsqueda de un mismo objetivo que en líneas generales no parece muy discutido, si bien sí que lo son las formas y medios para llevarlo a cabo. Esa finalidad no parece ser otra que la modernización de la Administración, superando el viejo modelo burocrático, para lograr así una mejor satisfacción de las necesidades que la Sociedad plantea a ésta⁶.

Javier Barnes, explica que “la expansividad –por no decir- gran explosión que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas.

Así, la globalización e internacionalización de la acción administrativa, la corresponsabilidad del sector privado en numerosas tareas, o el singular protagonismo de no pocas Administraciones –como organismos reguladores independientes y las agencias independientes –en la realización de políticas públicas de notable impacto, no son sino una muestra de ello.

Rafael. El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles. *Revista de administración pública*, nº 32, 1960. p. 58.

4 Esta división propone MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrechts*. 8ª ed. Berlin. 1923; FLEINER, *Institutionen des Deutcheu Verwaltungsrechts*, 8a ed.,Tubingen,1928; y FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., Madrid: IEP, 1958.

5 Apunta MUÑOZ MACHADO que, afirmar “que el Derecho Administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad. Por supuesto muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen. Pero los cambios han sido intensos”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público*. IUSTEL: Madrid, p. 82.

6 SEGARRA ORTIZ, considera que “las coincidencias en los discursos modernizadores sobre la reforma del Estado y las administraciones públicas se deben fundamentalmente, a que comparten similares claves de diagnóstico en cuanto a aquello que se pretende superar: el modelo clásico-burocrático de organización de las administraciones y de los servicios públicos. Es decir, los distintos fenómenos reformadores parecen intentar alumbrar, independientemente de quien los formule, un nuevo modelo de gestión pública o, dicho de otro modo, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y sobre cómo ha de materializarse ésta”. SEGARRA ORTIZ, Miguel Vicente. “*Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo*”, en *Revista Española de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004), p. 12.

Por su parte, Eberhard Schmidt-Assmann, escribe: “La ciencia del Derecho Administrativo constituye una ciencia orientada a la práctica, a la acción, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que aspira a dirigir a los distintos actores intervinientes que busca evidenciar y facilitar a todos los sujetos la aspiración a la efectividad y a la eficacia –a la consecución de los resultados que se propone- que es inherente al Derecho”. No persigue como ya notábamos, postular continuos “cambios de paradigma”. Las reflexiones teóricas han de tener siempre y en todo caso su traducción y reflejo en el Derecho Administrativo vivo, en el Derecho que se aplica. Ello exige, desde luego, que el debate científico sobre la reforma del Derecho Administrativo se mantenga dentro de las coordenadas de lo normativo, que no escape del mundo del Derecho. A tal fin, el estudio ha de estar atado en primer término a los datos que nos vienen dados de la Constitución y del Derecho Administrativo especial”⁷.

Advirtamos que, en la búsqueda de un concepto de Administración pública, autores como Forsthoff en Alemania o Wade en el Reino Unido, renunciaron a definir la Administración pública justificando que sólo era posible su descripción o bien subrayaron que cualquier intento de definir científicamente el objeto de este estudio conduce a resultados discutibles.

En términos muy parecidos y refiriéndose ya a la Administración pública europea también hay autores que han opinado que ésta no se puede entender, ni se deja describir, en clave jerárquica, puesto que consiste en un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y comunitaria que trabajan en común; o, más sencillamente, que se trata de un concepto cambiante, de geometría variable, en relación a las diversas finalidades emanadas del ordenamiento comunitario; y, en fin, el mismo Schwarze concluyó que una “explicación exhaustiva y global de la posición de administración europea es casi imposible”⁸.

Por esta razón, no son muy numerosos las obras dedicadas al Derecho administrativo europeo que aborden este concepto o, dicho, en otros términos, que se ocupen de su objeto: la Administración pública, sino que más bien se dedican a analizar sus principales manifestaciones (funciones) tales como los principios generales, las fuentes, el procedimiento administrativo, contratos administrativos, etc.

En este artículo se aborda las mutaciones que ha sufrido el objeto del Derecho Administrativo: la Administración pública; y, voy a tratar de definir lo que entiendo por Administración pública europea; y, Administración pública centroamericana, a través de las normas, ya

⁷ SCHMIDT-ASSMANN Eberhard. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”. En “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo”. Editor a Javier Barnes. Segunda Edición. INAP. España: Global Law press. 2012, p. 83.

⁸ 13 Vid., entre otros, AUBY, JEAN Bernard y DUTHEIL de la Rochère, Jacqueline, Droit administratif européen, Bruylant, Brussels, 2007; DELLA Cananea, V., Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti, GIUFFRÈ, Milano, 2008 y VETRO, Francesco y Saverio Sticchi Damiani, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, G. Giappicheli editore, 2010.

sean originarias y derivadas, y los pronunciamientos jurisprudenciales en Europa y Centroamérica.

2. ADMINISTRACION PÚBLICA EN EL ADMINISTRATIVO COMUNITARIO

Los fundadores de las Comunidades Europeas no previeron la existencia de una administración pública europea⁹. Crearon una organización sencilla y poco burocrática concibiendo la Administración de las Comunidades como un aparato que debía necesariamente actuar a través de las Administraciones nacionales o, dicho en términos que ha utilizado la Comisión, los Estados miembros debían ser los ejecutores “naturales” del Derecho comunitario¹⁰.

Establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían –bien sobre la base de la normativa comunitaria o fundándose en las normas nacionales que integran y hacen ejecutivo el Derecho comunitario y, sobre todo, la transposición de las directivas comunitarias– de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros los encargados de la ejecución del Derecho comunitario¹¹.

Los principales ámbitos de aplicación de este principio serían, en un primer momento, la política agrícola y la política aduanera común.

Se estableció el principio de autonomía institucional de los Estados miembros que significaba la indiferencia del Derecho comunitario respecto a la forma de organizarse los Estados miembros, lo que permitió que ante la diversidad de Administraciones públicas nacionales cada Estado miembro estableciera un concepto y una realidad de lo que era su Administración pública.

9 Según el análisis de A. CALONGE VELASQUEZ, “El tratado de Administración pública en la Unión Europea de 1957, en su versión original, sólo contiene el término administración pública –y no por casualidad– en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales”. *El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria*, en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010, p. 15.

10 La doctrina administrativista de los países fundadores ha expuesto Ortega Alvarez–no se percibió, ni en los años sesenta y setenta, de que hay un derecho administrativo europeo o que éste es una parte del derecho interno que debe de ser estudiado”. ORTEGA ALVAREZ, Luis, “Prologo”, Nieto Garrido, Eva y Martín Delgado, Isacc, Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.11

11 Como explicara en su día Jean Monnet, la Administración de las primeras Comunidades Europeas no estaban llamadas a ser una Administración Clásica, sino que se ideó como una Administración privada de la mayor parte del poder ejecutivo directo. J. Monnet, Mémoires, Arthème Fayard, París, 1976, p. 436, citado por A.J, GIL Ibañez, “La relación jurídica entre las Administraciones europeas y nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del derecho comunitario”. En E. Alvarez Conde, Administraciones públicas y constitución, INAP, Madrid, 1998, p. 1105-1127.

A ello hay que añadir, además, que el entramado institucional comunitario que se configuró no respondía al clásico principio de división de poderes, sino al de compartidos y, por tanto, no existe diferenciado y separado de los demás un poder ejecutivo en el que se pudiera residenciar la función administrativa.

La Comisión era la institución más próxima a la idea de ejecución y, por ello, la que contaba con funciones ejecutivas y administrativas, pero no en exclusividad¹².

Son, pues, factores intrínsecos propios del ordenamiento comunitario los que hicieron innecesaria la existencia de una Administración pública europea.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957, en su versión original, contiene el término administración pública –y no por casualidad– en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales. En efecto, los artículos 48.4 y 49.a) dedicados a la libre circulación de trabajadores y el artículo 54.3.b) que se encuentra entre las disposiciones dedicados al derecho de establecimiento son los únicos preceptos del TCEE que incluirán este término, pero sin ofrecer, por supuesto, concepto alguno, lo que es lógico si tenemos presente la extrema diversificación de las Administraciones nacionales en el momento de creación de las Comunidades.

El concepto de Administración pública comunitaria ha sido, sobre todo, fruto de una laboriosa creación jurisprudencial. El Tribunal de Luxemburgo en una labor pretoriana ha ofrecido un concepto de Administración pública interpretando los preceptos citados del TCEE, aunque refiriéndose –insistimos– a las Administraciones nacionales¹³.

12 El juez Pescatore, Pierre, no definió la estructura constitucional cuatripartita o el cuapartidismo comunitario, de la manera siguiente: “ el polo interestatal representado por el Consejo; la representación de intereses comunes por la Comisión, verdadero ejecutivo comunitario; la presentación de las fuerzas populares en el seno del Parlamento; la materialización de los valores jurídicos por el Tribunal de Justicia”. “Le excutif communautaire”. Cahiers de droit européen, 1978. p. 387 y ss.

13 Sin duda, el primer precepto que hubo de interpretar el TJCE fue el famoso artículo 48.4 TCEE que exige del campo de aplicación de la libre circulación de los trabajadores a «los empleos en la administración pública». La Corte de Luxemburgo en el asunto Comisión c. Reino de Bélgica de 1980 afirmó que «esta disposición sitúa fuera del campo de aplicación de los tres primeros apartados de este mismo artículo un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas. Tales empleos suponen en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del lazo de nacionalidad».

Como se observa, el Tribunal no intenta ofrecer una noción general de administración pública, sino que se limita a dar significado y alcance a la derogación que alcanza a la libre circulación de trabajadores para impedir que cada Estado miembro interprete el término Administración pública y la normativa nacional obstaculice la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores, esto es, no se refiere propiamente al concepto de Administración pública, sino que de lo que está hablando es de acceso a la función pública nacional. El enfoque del juez comunitario se funda en una separación entre la calificación de Administración pública

El avance en el proceso de integración europeo ha supuesto, entre otras muchas cosas, que los factores intrínsecos que habían propiciado que los Tratados fundacionales no contemplaran una Administración pública europea fueran matizándose cuando no desapareciendo.

El principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario fue perdiendo la fuerza que tenía en los inicios de las Comunidades Europeas por la necesidad surgida según se iban superando las fases de la integración. La misma lógica del proceso ha exigido cada vez con mayor fuerza que el Derecho comunitario y sus políticas sean ejecutadas por su propia estructura orgánica y así, por ejemplo, el TCEE recogió de manera expresa, menoscabando el principio señalado, la atribución de la política de la competencia a la Comisión.

A partir de este momento, las políticas de competencia o de industria, entre otras, ya no serán ejecutadas por las Administraciones nacionales de los Estados miembros, sino por la propia Comisión Europea y sus servicios en un ejercicio de ejecución directa del Derecho emanado de las Comunidades Europeas, apareciendo así una Administración pública europea como un complejo orgánico que se ocupará de la ejecución de las normas y políticas que se atribuyan directamente a la Comunidad.

En esencia, de aplicación indirecta en la ejecución del Derecho comunitario es sólo el sistema organizativo, que por lo general permanece incardinado en el sistema nacional, mientras el Derecho comunitario funcionaliza progresivamente la actividad de toda administración pública nacional hasta el punto de que se habla de una Administración común europea.

De esta forma la Administración pública europea irá apareciendo de manera progresiva al compás de la evolución de las Comunidades Europeas. Surgirá, pues, una Administración directa propia formada, además de por la Comisión, por los muchos organismos centrales y los organismos indirectos especialmente las agencias europeas encargados de la ejecución del Derecho comunitario.

2.1. Administración central comunitaria

Bajo el término Administración central comunitaria¹⁴ situamos,

dada por el Derecho de cada Estado y la que debe retener el Derecho comunitario para que la excepción a la libre circulación tenga el mismo alcance en todos los sistemas nacionales y la libre circulación sea correctamente aplicada.

El Tribunal ofrece así un concepto de Administración pública en sentido propio y funcional, ya que, por un lado, trata de interpretar el término de Administración pública de los Estados miembros para el Derecho comunitario y, de otro, a la hora de determinar esos empleos de la Administración pública en los que no rige el derecho a la libre circulación se refiere a aquellos que comporten una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas.

¹⁴ FUENTETAJA PASTOR, define a la Administración pública europea como “función de

por un lado, a las instituciones que conforman el poder ejecutivo de la Unión Europea y, por otro, los órganos y organismos creados por el Derecho derivado para la realización de actividades administrativas encomendadas de manera directa a la Unión Europea.

A la cabeza de esta Administración pública, pero sin que se entienda en clave jerárquica, se sitúan las instituciones dotadas de poder ejecutivo, esto es, la Comisión y el Consejo. Además, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ambas instituciones, y por lo que al poder ejecutivo hace referencia, deben situarse en el mismo plano, ya que la Comisión ha resultado reforzada pues ahora no recibe el poder ejecutivo por delegación, sino que le corresponde originariamente, salvo en los supuestos específicos debidamente justificados y en los previstos en el artículo 291 TFUE, que corresponde al Consejo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24 y 26 TUE.

La Comisión, desde el punto de vista de poder administrativo de la Unión Europea, está integrada por tres niveles jerárquicos: las Direcciones Generales¹⁵ (DG) y los Servicios asimilados¹⁶; las Direcciones y las Unidades y Servicios especializados.

En la actualidad son 42 las Direcciones generales y Servicios asimilados que existen. Las Direcciones Generales y los Servicios asimilados, en principio, están divididos en Direcciones y éstas, a su vez, en Unidades que son la estructura administrativa básica. Además, para responder a realidades concretas, el Presidente podrá crear funciones y estructuras específicas encargadas de cometidos precisos y determinará sus atribuciones y modalidades de funcionamiento¹⁷.

Puede afirmarse, pues, que la estructura administrativa de la Comisión responde a un modelo piramidal jerarquizado.

Muchas de las actividades de carácter jurídico, técnico o científico asumidas por la Unión Europea, y con la finalidad, por una parte, de no aumentar la burocracia comunitaria y, por otra, de llevar a cabo una descentralización geográfica, se han encomendado a Agencias

ejecución del Derecho Europeo llevada a cabo por las Instituciones (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas) que forman parte del poder público europeo". FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 2ª Ed., Colex, Madrid, 2005. Pág. 258. Véase también: Moreno Molina, José Antonio. "El derecho comunitario como impulso de la formación de un derecho Administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración pública. Noticias de la Unión europea. Número, 169, 1999.

15 Las Direcciones Generales se ocupan de un área concreta y está dirigida por un Director General, que es responsable ante uno de los Comisarios. Su existencia responde a criterios materiales, siendo responsables cada una de una política determinada. Las DG son las que conciben y elaboran las propuestas legislativas de la Comisión.

16 Los Servicios asimilados son órganos administrativos de funciones más generales o que afectan a la Comisión en su conjunto. Son, "una especie de cajón de sastre donde se incluyen un heterogéneo conjunto de entidades administrativas de orígenes y naturaleza diferentes".

17 Artículo 21 y 22 del Reglamento interno de la Comisión, aprobado por Decisión de la Comisión, 2010/138/UE-Euratom, de 24 de febrero de 2010 (DO L 55, de 5 de marzo de 2010.

europas que constituyen órganos públicos autónomos en la estructura administrativa de la Unión o, dicho en otros términos, que conforman la Administración institucional de la Unión.

Debido a su heterogeneidad y a sus regímenes jurídicos las podemos agrupar en las categorías siguientes, siguiendo a Jesús Angel Fuentetaja Pastor:

- a) Agencias reguladoras. Se caracterizarían, de una parte, porque sus funciones se encaminan directamente a la operatividad de determinados ámbitos del mercado interior y, de otra, porque pueden adoptar decisiones individuales que producen efectos jurídicos vinculantes para terceros.
- b) Agencias de asistencia científica y técnica. Recopilan datos y preparan información de carácter técnico y científico en sus respectivos ámbitos específicos de actuación (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional). Pueden servir como medios de coordinación y cooperación entre órganos nacionales y supra- nacionales, así como implicar a representantes de los sectores afectados.
- c) Agencias de gestión, que son aquellas que desempeñan tareas administrativas, bien para ayudar a la gestión ordinaria de otras Agencias en cometidos específicos, bien para la ejecución de programas comunitarios.
- d) Agencias europeas que actúan en el seno de las políticas intergubernamentales de la Unión Europea.

Por su parte, la web oficial de la Unión Europea las clasifica en tres categorías:

- Agencias y organismos reguladores
- Agencias y organismos del Euratom
- Agencias ejecutivas.

Las primeras son órganos especializados y descentralizados en apoyo de los Estados miembros y de los ciudadanos entre las que se encuentran: - las agencias sectoriales, que son organismos de Derecho público, con personalidad jurídica propia y establecidas por disposiciones de Derecho derivado para llevar a cabo tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión.

- Agencias de Política Común de Seguridad y Defensa, que desempeñan tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión en estas materias y que son la Agencia Europea de Defensa (EDA), el Centro de Satélites de la Unión Europea (EUSC) y el Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea (ISS).
- Agencias de cooperación policial y judicial en materia penal, que ayudan a los Estados miembros a luchar contra la delincuencia

organizada internacional y que son la Escuela Europea de Policía (CEPOL), la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST).

Las Agencias y organismos Euratom son creadas, como fácilmente se puede deducir, para apoyar los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estas agencias son: la Agencia de Abastecimiento de Euratom (ESA) y la Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión (Fusion for Energy).

Las Agencias ejecutivas, que con un criterio más acertado, las incluye entre las unidades administrativas descentralizadas de la Comisión junto con las Oficinas Europeas, las Oficinas de Representación y el Servicio Exterior, son organizaciones creadas de conformidad con el Reglamento del Consejo 58/2003, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios (DO L 11, de 16 de enero de 2003), para encomendarles determinadas tareas relacionadas con la gestión de uno o más programas para un período o tiempo concreto¹⁸.

El Tratado de Lisboa aporta, al menos, tres novedades que merecen ser destacadas. En primer término, la nueva competencia de la Unión Europea para llevar acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la cooperación administrativa. En segundo lugar, las nuevas normas que presiden la Administración directa de la Unión y, singularmente el artículo 298 TFUE. Y, por último, el reconocimiento de las normas sobre ciudadanía administrativa que forman parte de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y consagradas, por tanto, a nivel de Derecho originario¹⁹.

Por primera vez un Tratado de la Unión Europea hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

2.2. Concepto de Administración pública europea

Podemos llegar a la conclusión de que el Derecho derivado, como hicieran básicamente los Tratados constitutivos, se ha ocupado de la noción de Administración pública nacional que, en cuanto sea de interés para el Derecho comunitario, era una noción imprecisa y que ha sido elaborada, sobre todo, por la jurisprudencia del TJCE, que ha evitado cualquier reconstrucción del problema en términos generales, en relación a la finalidad de las disposiciones singulares del

¹⁸ Sobre estas agencias, vid, FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea”, RDUE, número 6, 2004, p. 123-159.

¹⁹ CALONGE VÉLASQUEZ, A. “El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”, en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010, p. 29.

Derecho comunitario que han versado sobre la materia, y, por ello, en unos casos ha centrado el concepto de Administración pública en la noción de potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción del interés general, mientras que en otros ha preferido centrarse en las características de la actividad desarrollada por los sujetos en cuestión, esto es, ha presentado una noción funcional teniendo presente el efecto útil de las normas que sobre el particular se ha referido.

En consecuencia, predominaba una noción extremadamente variable de Administración pública, que depende esencialmente de la necesidad de asegurar la más amplia aplicación del Derecho comunitario.

La realidad que hoy configura la Administración pública comunitaria se define, según muy bien ha explicado Schmidt-Assman, «un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común» o, dicho en otros términos –utilizados también por el mismo autor citado– como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información»²⁰.

En efecto, pese a que siga vigente el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario e, incluso, reforzado por la introducción del principio de subsidiariedad y su definición con el Protocolo nº 2 adjunto al TFUE, lo cierto es que la ejecución directa se ha ido extendiendo conforme la Unión Europea ha ido ampliando su ámbito competencial, lo que ha motivado que se dote de una Administración pública directa encargada de la gestión de las nuevas competencias.

La Administración pública europea no es hoy únicamente, y en virtud del principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario, el conjunto de órganos y servicios nacionales encargados de la ejecución del Derecho comunitario, es decir, pública comunitaria los órganos y servicios de la Unión encargados de la ejecución del Derecho de la Unión. Administración, esto es, lo que algún autor ha denominado la “Administración comunitaria central”.

Si bien, la base de esta Administración pública europea lo constituyen las Administraciones públicas nacionales y la Administración comunitaria central, lo cierto es que tanto una como otra conforman ese conjunto interrelacionados de Administraciones públicas del espacio comunitario y la segunda cada día es más amplia y está adquiriendo mayor importancia. No se trata, además, de espacios separados y mucho menos estancos, sino que se interrelacionan para la consecución de los objetivos de la integración dando lugar a lo que se denomina el fenómeno de la coadministración.

20 SCHMIDT-ASSMAN, E. “*Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. Innovación y reformas en el derecho administrativo*”. Javier Barnes (editor), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006. p. 114.

La definición de qué es Administración pública debe intentarse, desde las dos realidades que ésta presenta. De un lado, debe resaltarse su faceta subjetiva-institucional, es decir, se trata de analizar la Administración pública en cuanto estructura jurídico-organizativa. Y, de otra parte, hay que poner de manifiesto su vertiente objetiva o funcional, esto es, la naturaleza jurídica del poder público administrativo²¹. Como ha señalado el profesor Gallego Anabitarte, «La Administración pública es tanto un concepto orgánico como un concepto funcional, y esto es patrimonio de todo el Derecho administrativo europeo».

Podemos, pues, definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

3. ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

El Sistema de la Integración Centroamericana fue constituido el 13 de diciembre de 1991, mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, el cual reformó la Carta de la ODECA, suscrita originalmente en San Salvador, El Salvador, el 14 de octubre de 1951; entró en funcionamiento formalmente el 1 de febrero de 1993. La República de El Salvador es la sede del SICA.

La creación del SICA fue respaldada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución A/48 L del 10 de diciembre de 1993, quedando el Protocolo de Tegucigalpa debidamente inscrito ante la misma. Esto permite que sea invocado internacionalmente y, además, le permite a los órganos e instituciones regionales del SICA relacionarse con el Sistema de las Naciones Unidas.

El Sistema se diseñó tomando en cuenta las experiencias anteriores para la integración de la región, así como las lecciones legadas por los hechos históricos de la región, tales como las crisis políticas y los conflictos armados y los logros de instancias y entidades previos al SICA, hoy parte de la organización. Con base en esto, y sumadas las transformaciones constitucionales internas y la existencia de regímenes democráticos en Centroamérica, se estableció su objetivo fundamental, el cual es la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la en una Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo,

21 CALONGE VELASQUE, A. "El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. p. 23, 24 y 29.

sustentada firmemente en el respeto, tutela y promoción de los derechos humanos²².

El SICA participa de una doble naturaleza jurídica. Desde el ámbito del Derecho Internacional Público es una organización internacional convencional en sus relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales. En ese sentido, el SICA puede celebrar convenios, adquirir empréstitos, participar en juicios, realizar su derecho de delegación activa o pasiva ante organizaciones o Estados, es responsable internacionalmente y conserva su personalidad jurídica como sujeto de derecho internacional. En este aspecto, la vida jurídica del SICA ha llevado en su proceso de formación el cumplimiento de los requisitos del Derecho internacional, mediante la suscripción del Tratado, la ratificación de los Estados nacionales y su depósito posterior ante la Secretaría de la Organización de Naciones Unidas²³.

Desde al ámbito interno del proceso de integración, para los siete países miembros, se trata de una organización de carácter comunitario o de integración, con objetivos y propósitos propios.

El Protocolo de Guatemala (1993), como el Tratado de San Salvador (1995), establecen una serie de Órganos, instituciones y comités consultivos, a los cuales le son atribuidas funciones y competencias específicas en los procesos de formación de la normativa que llamaremos “comunitaria”. Por ello, el derecho comunitario se integra al derecho interno de cada país, y es de obligatorio acatamiento, tanto para los Estados que se obligan, como para los particulares cuando derivan derechos y obligaciones de las normas comunes, tanto prevista en los tratados originarios, como en los actos derivados, de las resoluciones y reglamentos que competen a los Consejos de Ministros de cada sector²⁴.

En los protocolos de Tegucigalpa y Guatemala; y, en el Tratado de San Salvador, no hay una referencia a una Administración pública centroamericana, sino que los Estados miembros del SICA, deben de ser los gestores del derecho comunitario.

En el derecho administrativo europeo, la administración de la Unión Europea, como hemos analizado, ejerce la función ejecutiva a través de: 1. Instituciones: (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas), que conforman el poder público europeo.

Al ser el SICA un calco del derecho comunitario europeo, debió tipificar de esa manera el poder público centroamericano. Sin embargo, en su artículo 8 del protocolo de Tegucigalpa, nos habla de “órganos e

22 CONTRERAS, Gerardo. *¿Por qué surge el SICA como elemento de integración centroamericana?* Revista Estudios, (28), 2014. p. 1 y 2.

23 GUERRERO MAYORGA, Orlando. *Derecho comunitario. Concepto, naturaleza y carácter. Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. UNAM. 2005.

24 SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón, *Manual de derecho comunitario centroamericano*. Segunda Edición. El Salvador. 2013.

instituciones de integración, los que gozarán de autonomía funcional en el marco de una necesaria y coherente coordinación intersectorial que asegure la ejecución eficiente y el seguimiento constante de las decisiones emanadas de las Reuniones de Presidentes”.

Los órganos, son las instituciones de la Unión Europea; y las instituciones los órganos. Existe en el Protocolo y en el Tratado una impresión conceptual, que se refleja en la formación de las Instituciones, órganos y organismos del modelo comunitario centroamericano.

Sin embargo, las instituciones (órganos) del Sistema de integración centroamericana, tomando como modelo el derecho comunitario europeo, son las siguientes:

1. *La reunión de presidentes.* Órgano supremo que dirige y define la política Centroamericana. La Reunión de Presidentes, llamada también Cumbre de Presidentes es el órgano intergubernamental supremo, al igual que el Consejo Europeo, se reúne dos veces al año, y debe adoptar sus decisiones por consenso. Es el Órgano que define y dirige la política Centroamericana y establece las directrices principales para la integración de la región, la coordinación y armonización de las actividades de los órganos e instituciones.

2. *El Consejo de Ministros.* Las decisiones son de obligatorio cumplimiento por los Estados Miembros. Sectoriales e intersectoriales de los diversos subsistemas, integrados por los respectivos Ministros competentes, y que tienen facultades para dictar actos normativos comunitarios obligatorios y directamente aplicables, que generan derechos y obligaciones para los Estados miembros como para los particulares. De ese modo, el Consejo constituye un órgano supranacional, encargado de impulsar la política económica y social que conduzca a la integración regional²⁵.

Al Consejo le corresponde adoptar los actos normativos comunitarios, entre ellos reglamentos de carácter vinculante y de aplicación directa en los Estados partes, que lo convierten, por ahora, en el Órgano con competencias normativas por excelencia. Los actos normativos que puede emanar el Consejo son Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones.²⁶ Es importante indicar, el concepto de reglamento contenido en tales disposiciones constituye prácticamente una copia literal del artículo 249, párrafo segundo, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que expresa: « El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Siendo así, la norma centroamericana debe ser interpretada y aplicada a la luz de su precedente inmediato, con todas las consecuencias jurídicas

25 Protocolo de Tegucigalpa, 1991, art. 18-19, Protocolo de Guatemala, 1993 art. 55, Tratado de Integración Social Centroamericana, 1995, art. 17.

26 Art. 55 Protocolo de Guatemala, art. 17 Tratado de Integración Social.

que ello implica dentro del Derecho comunitario, es decir, la eficacia directa e inmediata de tales actos normativos y su obligatoriedad y supremacía frente a normas de derecho interno. En este sentido, la Corte Centroamericana de Justicia en reiteradas sentencias que siguen una línea sistemática, material y evolutiva de las normas de la integración, otorgando a las normas comunitarias las características de efecto directo y aplicación inmediata.

3. *La Secretaría General del SICA.* La Secretaría General del SICA es un órgano permanente y en el ejercicio de sus competencias establecidas en el artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa, le da la necesaria continuidad al Sistema de la Integración Centroamericana.

La Secretaría General actúa como secretaria permanente de la Reunión de Presidentes de conformidad al artículo 26 literal g) del Protocolo de Tegucigalpa, por lo tanto, cumplirá sus funciones propias de secretaria en cada Reunión de Presidentes y trabajará de forma conjunta con la Presidencia Protempore, en el cumplimiento de las atribuciones.

Es competencia de la Secretaría General la de ser ente coordinador de las diferentes Secretarías; velar por el cumplimiento de las decisiones presidenciales y de los Consejos de Ministros; y, llamar la atención por falta de cumplimiento de las decisiones a otros órganos del Sistema.

4. *El Comité Consultivo:* integrado por el sector empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas representativas de la sociedad civil.

5. *El Parlamento Centroamericano:* como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación. Sistema de la Integración Centroamericana, y por tanto un órgano comunitario, integrado por diputados elegidos directamente por los Pueblos centroamericanos, que representan y expresan la voluntad de la región. Aunque solo cuenta con facultades políticas de tipo propositivo, deliberativo y de consulta, juega un papel democratizador muy importante (CCJ 14-02-00).

6. *La Corte Centroamericana de Justicia* (Órgano jurisdiccional), el Órgano Superior de Control.

7. *El Comité Ejecutivo.* Encargado de asegurar la ejecución y cumplimiento de las decisiones. Está integrado por un representante de cada Estado, asumen un carácter de imparcialidad e independencia y, en el ejercicio de sus funciones, actúan en nombre de la Comunidad. Evidentemente, las funciones del Comité, encargado de garantizar la ejecución eficiente de las políticas y el cumplimiento de las disposiciones del Tratado constitutivo, nos permiten afirmar la imparcialidad e independencia de sus miembros una vez nombrados²⁷.

El Comité Ejecutivo del SICA aprobó su reglamento de funcionamiento interno en el año 2012. Ya en el ejercicio de sus funciones ha aprobado tres reglamentos de funcionamiento interno y

²⁷ Criterio que ratifica también la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ, 27-11-00).

siete resoluciones para el fortalecimiento institucional de los Consejos de Ministros y sus secretarías²⁸.

Este órgano debe funcionar de modo permanente y debe ser totalmente independiente de los Estados, para que represente a la Comunidad Centroamericana.

Por ser un Órgano de carácter permanente, se estableció que las reuniones las realice una vez por semana y, extraordinariamente cuando sea convocado por su Presidente. La Presidencia sería rotativa, y le correspondería al representante del Estado sede de la última reunión ordinaria de Presidentes.

En ejercicio de sus competencias, el Comité Ejecutivo ha adoptado en el año 2012, varias resoluciones con temas relacionados a la organización y adecuado funcionamiento de los órganos de la integración, en particular: 1.) La integración de todos los países de los tratados, en los distintos sectores, mediante la ratificación de instrumentos por parte de los Estados que no lo han hecho; 2.) Se está exigiendo la acreditación de los Ministros para integrar los Consejos conforme a la legalidad comunitaria; 3.) Ha instruido a la Secretaría General para que reglamente la adopción de actos normativos y abra libros de acreditación de los Consejos; 4.) La obligación de los Consejos de remitir todos los actos normativos a la Secretaría General; 5.) La obligación de publicar los actos normativos en una Gaceta Oficial si cumplen las formalidades legales de capacidad jurídica y formalidad de los actos.

Se está fortaleciendo la institucionalidad de las Secretarías, solicitando a los Estados el reconocimiento, como persona jurídica de sujeto de Derecho y obligaciones, mediante la suscripción de acuerdos sedes en cada uno de ellos. Igualmente se está exigiendo a las Secretarías de los Consejos de Ministros el envío a la Secretaría General,

28 El Comité Ejecutivo tiene como atribuciones (PT, art. 24 párrafo 3):

- a) Asegurar la ejecución eficiente por intermedio de la Secretaría General, de las decisiones adoptadas en la Reunión de Presidentes;
- b) Velar porque se cumplan las disposiciones del presente Protocolo y de sus instrumentos complementarios o actos derivados. Esta facultad le permitiría al Comité Ejecutivo iniciar (de oficio o a petición de un Estado miembro) los procedimientos administrativos correspondientes para constatar el incumplimiento por parte de un Estado miembro, de las normas comunitarias, y en caso de constatar dicho incumplimiento, iniciar directamente causas de responsabilidad ante la Corte Centroamericana de Justicia, previa mediación y búsqueda de solución de la controversia planteada;
- c) Establecer las políticas sectoriales y presentar por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, las propuestas que sean necesarias en concordancia con las directrices generales emanadas de las Reuniones de Presidentes;
- d) Someter, por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el Proyecto de Presupuesto de la organización central del SICA;
- e) Proponer al Consejo, el establecimiento de Secretarías Órganos subsidiarios que estime convenientes para el efectivo cumplimiento de los objetivos del SICA;
- f) Aprobar los Reglamentos e Instrumentos que se elaboren por las Secretarías u otros Órganos Secretarías del SICA;
- g) Revisar los informes semestrales de actividades de la Secretaría General y otras Secretarías y trasladarlos, con observaciones y recomendaciones, a los Consejos de Ministros respectivos;

sus respectivos reglamentos internos de organización y funcionamiento, para su respectiva aprobación por el Comité Ejecutivo, en aquellos casos que no lo hayan hecho²⁹.

De acuerdo a Salazar Grande, “el Comité Ejecutivo está llamado a ser integrado por funcionarios eminentemente comunitarios de forma permanente, debe ser un órgano colegiado, técnico, que asesore al Consejo de Ministros especialmente nombrado y que se le otorguen competencias de iniciativa normativa, cuando menos en las materias que le sean definidas por los tratados complementarios, de acuerdo al interés comunitario del ámbito material a regular. También debería dotársele de suficiente poder real y efectivo para realizar sus funciones.

El Comité Ejecutivo debería trabajar de la mano con los diferentes Consejos con los cuales también tendría funciones de asesoría y de iniciativa normativa³⁰.

El PARLACEN, adoptó varias resoluciones relativas a la entrada en funcionamiento del Comité Ejecutivo. Entre ellas: RESOLUCION AP/7-CLXXII-2005, del 26 de mayo del 2005, RESOLUCION AP/5-CLXXV-2005, del 29 de setiembre del 2005 y por último la RESOLUCIÓN AP/4-CCXXXI-2011, adoptada el 1 de julio del 2011, y en la cual resolvió: “UNICO: Proponer a la Reunión de Presidentes de los Estados parte del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), a realizarse el próximo 22 de julio en la República de El Salvador, la conformación e instalación del Comité Ejecutivo del SICA, como lo establece el Protocolo de Tegucigalpa, en sus artículos 23 y 24.

A diferencia de la Comisión Europea, el Comité Ejecutivo no presenta rasgos de independencia sus decisiones se toman en forma colegiada imputándose éstas al órgano y son asumidas por sus integrantes en forma colectiva. No tiene órganos especiales, sino que la Secretaría General del SICA es el aparato administrativo intermedio entre el Comité Ejecutivo y los subsistemas del SICA. Las competencias normativas, son muy pobres y únicamente hacen referencia a la aprobación de los Reglamentos e instrumentos que se elaboren por la Secretaría u otros órganos del SICA³¹.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los fundadores de las Comunidades Europeas y del Sistema de integración centroamericano, no previeron la existencia de una Administración pública europea y centroamericana. Establecieron

29 Ver resoluciones del Comité Ejecutivo, No. 1-2012, 2-2012, 3-2012, 4-2012, 5-2012 y 6- 2012 del 19 de marzo del 2012.

30 SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón. *Manual de derecho comunitario centroamericano*. Segunda Edición. El Salvador, 2013.

31 VALLE GONZÁLEZ, Alfonso. *Derecho comunitario. Unión Europea y el sistema de integración centroamericana*. Fondo Editorial de lo jurídico. Managua, Nicaragua, 1997, p. 51.

el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar, en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros.

En un inicio, el concepto de Administración pública comunitaria, fue producto de la elaboración de la jurisprudencia del TJCE. El Tratado de Lisboa por primera vez hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

En base a esta realidad, y este es el aporte original de este trabajo, trato de definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

En Centroamérica, al igual que en Europa en un inicio, las Administraciones de cada Estado, es la encargada de ejecución del derecho comunitario. Sin embargo, no se ha construido una Administración pública central, como en Europa. Asimismo, no están presentes organismos, agencias especializadas y descentralizadas en apoyo de los Estados miembros, por lo tanto, no existe una Administración comunitaria central.

Por tal motivo, al no existir una Administración comunitaria central, no es posible, definir que entendemos por Administración pública y derecho administrativo centroamericano comunitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALONGE VELASQUEZ, A. “El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria”. *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2010, vol 9, n° 19.

CONTRERA, Gerardo. “¿Por qué surge el SICA como elemento de integración centroamericana?” *Revista Estudios*, 2014, vol 28.

DELLA CANANEA, V. *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Giuffrè. Milano, Italia, 2008.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL. “El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles”. *Revista de administración pública*, 1960, n° 32, p. 58.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*, Trad. esp. Madrid: IEP, 1958.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea”. RDUE, 2004, n° 6.

FLEINER, *Institutionen des Deutcheu Verwaltungsrechts*. 8ª ed. Tübingen, Alemania, 1928.

GIL IBAÑEZ, A.J, “La relación jurídica entre las Administraciones europeas y nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del derecho comunitario”. En ALVAREZ CONDE, E. *Administraciones públicas y constitución*. Madrid: INAP, 1998.

GONZÁLEZ, Alfonso Valle. *Derecho comunitario. Unión Europea y el sistema de integración centroamericana*. Managua: Fondo Editorial de lo jurídico, 1997.

GUERRERO MAYORGA, Orlando. *Derecho comunitario. Concepto, naturaleza y carácter. Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. UNAM, 2005.

MAYER, Otto. *Deutches Verwaltungsrechts*. 8ª ed. Berlin. 1923.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público*. Madrid, España: IUSTEL.

ORTEGA ALVAREZ, Luis. *Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SEGARRA ORTIZ, Miguel Vicente. “Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo”. *Revista Española de Derecho de la Unión Europea*, 2004, n° 7.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”. En *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª ed. Madrid: Global Law press.

VALLE GONZÁLEZ, Alfonso. *Derecho comunitario. Unión Europea y el sistema de integración centroamericana*. Fondo Editorial de lo jurídico. Managua, Nicaragua, 1997

VILLAR PALASI, José Luis. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968.

VETRO, Francesco y SAVERIO STICCHI, Damiani. *Lezioni di diritto amministrativo europeo*. sl: G. Giappicheli editore, 2010.

SALAZAR GRANDE, César Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón. *Manual de derecho comunitario centroamericano*. 2ª. El Salvador, 2013.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Karlos Navarro es Doctor en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Instituto Iberoamericano de Estudio Superiores, Nicaragua.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA: VIOLACIÓN POR PARTE DE SU TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA UNIÃO EUROPEIA: VIOLAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

*Werner Miguel Kühn Baca**

Resumen: *El artículo ofrece un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad extracontractual de este sistema de integración como consecuencia de una violación del principio del plazo razonable del procedimiento. Se analiza la evolución de este nuevo concepto de Derecho por medio de un estudio de las bases jurídicas pertinentes dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia desarrollada por su órgano jurisdiccional, de la cual se desprenden los requisitos a cumplir por los potenciales damnificados a fin de obtener una indemnización. El objetivo del artículo es difundir información acerca de dicha jurisprudencia, contribuyendo así a la seguridad jurídica, al mismo tiempo que se demuestra el considerable impacto que ha tenido la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por tener su base dogmática en el ámbito de los derechos fundamentales, se analiza dicho principio teniendo en cuenta el contexto normativo internacional, sobre todo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pero también las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros.*

Resumo: *O artigo oferece uma análise da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a responsabilidade extracontratual deste sistema de integração como consequência de uma violação do princípio do*

* Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, Polonia.

E-mail: Werner.Kuhn@frontex.europa.eu

Recibido: 16/05/2018. Aceptado: 19/07/2018.

El contenido del presente artículo refleja únicamente la opinión personal del autor.

prazo razoável do procedimento. Analisa a evolução deste novo conceito de direito por meio de um estudo das bases jurídicas relevantes dentro do sistema jurídico da União Europeia, assim como da jurisprudência desenvolvida pelo seu tribunal, da qual sai as exigências a serem cumpridas pelas potenciais vítimas, a fim de obter uma indemnização. O objetivo do artigo é divulgar informação sobre essa jurisprudência, contribuindo assim para a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que demonstra o impacto considerável que teve a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, após da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Por ter sua base dogmática no campo/ domínio dos direitos fundamentais, o princípio é analisado tendo em conta o contexto regulatório internacional, especialmente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, mas também as tradições constitucionais dos Estados-Membros.

Palabras clave: Proceso de integración, Derecho de integración económica regional, Estado de Derecho, Derechos fundamentales, Derecho procesal, Derecho al debido proceso, Principio de celeridad, Carta de Derechos Fundamentales, Derecho constitucional

Palavras-chave: Processo de integração, Direito da integração económica regional, Estado de direito, Direitos fundamentais, Direito processual, Direito ao devido processo, Princípio da celeridade, Carta dos Direitos Fundamentais, Direito Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho europeo ha visto hace poco el nacimiento de un nuevo concepto jurídico, nada menos que el de la responsabilidad extracontractual de la *Unión Europea* (“UE”) a raíz de la violación por parte de su *Tribunal de Justicia* (“TJUE”) – cual órgano judicial de dicho sistema de integración – de la obligación de dictar sentencia dentro de un plazo razonable. Si bien es cierto que este evento no sorprendió a quienes venían siguiendo de cerca el desarrollo de la jurisprudencia, no se puede negar que la evolución que llevó a un concepto abstracto a convertirse en uno con consecuencias ciertamente palpables para el funcionamiento de la UE, fue brusca. En el espacio de pocos años, el TJUE proclamó la existencia de dicho concepto para después establecer los requisitos que los potenciales damnificados deberían cumplir a fin de obtener una indemnización. Esta evolución a su vez influyó en la restructuración del TJUE, proceso que fue necesario a fin de permitirle hacer frente a un creciente número de asuntos. A continuación se identificará, en un primer paso, la base doctrinal sobre la cual se apoya este nuevo concepto del Derecho europeo y se describirá, en un segundo paso, el proceso que llevó a su reconocimiento por la jurisprudencia europea.

2. LA UNIÓN EUROPEA COMO “COMUNIDAD DE DERECHO”

2.1. La importancia de tener un catálogo de derechos fundamentales

A fin de poder analizar la base doctrinal de este concepto, es necesario reflexionar primero sobre la importancia de disponer de un catálogo de derechos fundamentales en un sistema de integración. Tal como se verá más adelante, en el caso de la UE, dicha necesidad nació, por una parte, de la necesidad de proteger de manera efectiva a las personas naturales y jurídicas y, por otra parte, de la tensión a la que estaba sometido el Derecho europeo debido a sus vínculos estrechos con el Derecho constitucional de los Estados Miembros y los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales.

2.1.1. Necesidad de ofrecer una protección efectiva de personas naturales y jurídicas

Ya desde una fase muy temprana del proceso de integración europeo quedó claro que el sistema de integración creado por los Tratados de Roma constituía una “*comunidad de Derecho*”¹. Si bien el enfoque inicial de la integración se situaba en el ámbito económico, no se tardó en abordar aspectos sensibles que permitirían distinguir una evolución hacia un ámbito de carácter más político. La existencia de una comunidad de Derecho que reglamentaba la actividad económica en un espacio integrado implicaba necesariamente la existencia de disposiciones legales específicas que permitieran salvaguardar los “*derechos fundamentales*” de los operadores económicos.

Cabe aclarar en este contexto que las observaciones hechas en el presente artículo no tienen como objeto las denominadas “*libertades fundamentales*” del mercado interior, las cuales confieren a personas naturales y jurídicas el derecho a circular y establecerse libremente, ofrecer servicios y movilizar capital en el territorio de los Estados Miembros. Se refieren más bien al derecho de personas naturales y jurídicas a en su libertad por parte de actos atribuibles directamente a la UE o a sus Estados Miembros en aplicación del Derecho europeo. A diferencia de las libertades fundamentales del mercado interior, las cuales fueron consideradas desde un principio derechos subjetivos

¹ La UE no tiene, en principio, poder de coerción contra sus Estados Miembros. La eficacia en la implementación de sus decisiones se basa en el respeto a la Ley. Es por ello que la jurisprudencia del TJUE juega un papel tan importante. Esta afirmación es válida, aun así teniendo en cuenta la existencia de mecanismos para forzar la implementación de las sentencias del TJEU por los Estados Miembros en el marco de recursos por incumplimiento, como la imposición de multas coercitivas o de montos al tanto alzado conforme al artículo 260(2) TFUE, pues la UE no puede forzar el pago de dichas sumas o confiscar propiedad de los Estados Miembros.

y legalmente exigibles en la jurisprudencia del TJUE², los derechos fundamentales carecían de una protección similar.

En todo caso, era claro que, a fin de prevalecer en caso de un posible conflicto con otras normas, dichas disposiciones debían estar dotadas de rango supremo dentro de la jerarquía de normas y ser lo suficientemente generales para poder ser aplicadas en las distintas áreas en las cuales la UE ejercía competencias legislativas y administrativas. A pesar de que se presentaban cada vez más situaciones que requerían de una protección judicial efectiva en materia de derechos fundamentales, tiempo debería transcurrir antes de que un auténtico catálogo de derechos fundamentales que merezca dicho nombre, es decir, que sea lo suficientemente claro para y sea jurídicamente vinculante, llegase a ser adoptado a nivel de la UE.

2.1.2. Tensión entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional de los Estados Miembros

El primer enfrentamiento doctrinal con el *Tribunal Constitucional* alemán (“*Bundesverfassungsgericht*” o “*BVerfG*”) en el asunto conocido comúnmente como *Solange I*³ tuvo un serio impacto en la evolución del Derecho europeo. Tratándose en aquel asunto de la posibilidad de examinar la legalidad de actos jurídicos adoptados por la UE a la luz de los derechos fundamentales, el BVerfG dictaminó que dicho examen debía efectuarse únicamente conforme a las disposiciones de la *Ley Básica* alemana (“*Grundgesetz*”) mientras que no existiera todavía un catálogo de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE. La reacción del TJUE ante tal desafío de su jurisdicción exclusiva – en la interpretación⁴ y verificación de vigencia⁵ del Derecho de la UE – fue crear dicho catálogo por vía jurisprudencial en base a los denominados “principios generales” del Derecho europeo, los cuales se desarrollarían tomando en cuenta diversas fuentes, entre otras, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, así como el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (“*CEDH*”), de la cual éstos eran parte. La rica casuística en materia de derechos fundamentales que se formó a continuación logró finalmente convencer al BVerfG, el cual renunció en su sentencia denominada *Solange II*⁶ a sus reservas respecto a la efectividad de la garantía en materia de salvaguardia de derechos

2 Véase sentencias de 11 julio 1974, 8-74, *Dassonville*, EU:C:1974:82 y de 24 de noviembre de 1993, C-267 y 268/91, *Keck*, EU:C:1993:905.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 Mayo 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

4 Véase sentencia del TJUE de 6 de marzo 2018, C-284/16, *Áchmea*, EU:C:2018:158, apartado 37.

5 Véase sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1987, 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 octubre de 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.

fundamentales por parte del TJUE. Esta sentencia es generalmente interpretada como una presunción de que los tratados constitutivos de la UE ofrecen un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al garantizado por la *Ley Básica* alemana. No obstante, sería errado suponer que el BVerfG hubiese querido dar ilimitado poder al TJUE para interpretar y crear nuevos conceptos del Derecho europeo.

Hoy en día, si bien las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales son – en general – cordiales, no están exentas de conflictos relacionados con la interpretación de ciertos conceptos de Derecho europeo, así como de la envergadura de las competencias de la UE. En algunos casos, estos aspectos están estrechamente vinculados, tal como es el caso del reconocimiento por parte del TJUE en el asunto *Mangold*⁷ de un concepto de derecho europeo que prohíbe la discriminación por razón de edad. La escasa fundamentación doctrinal que sustenta dicho concepto, así como la introducción repentina y únicamente por vía jurisprudencial en el ordenamiento jurídico de la UE llevó al *Tribunal Supremo* danés (“*Højesteret*”) en el asunto *Ajos*⁸ a desacatar abiertamente la jurisprudencia del TJUE por considerarla *ultra vires*, es decir, no cubierta por los acuerdos de adhesión a la UE suscritos por Dinamarca⁹. Cabe mencionar en este contexto que el BVerfG ya había amenazado previamente con actuar de la misma manera, también en relación al mencionado concepto de la prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el conflicto pudo ser mitigado en el asunto *Honeywell*¹⁰ gracias a un dialogo judicial, en el marco del cual el BVerfG indicó las circunstancias en las cuales la jurisprudencia del TJUE podría ser considerada problemática desde un punto de vista constitucional alemán. En el caso danés, sin embargo, aún no se puede prever una solución al enfrentamiento doctrinal, lo que podría llevar, en el peor de los casos, a la Comisión Europea a iniciar un recurso por incumplimiento contra Dinamarca conforme al artículo 258 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (“TFUE”). Si bien es cierto que la Comisión tiene, en principio, la potestad de hacerlo, dado a que la independencia judicial no es motivo válido para eximir a un Estado Miembro de sus obligaciones derivadas del Derecho europeo¹¹, tal proceder constituiría una maniobra sumamente sensible, primero, por tratarse de un tribunal supremo y, segundo, porque la Comisión probablemente tendría que alegar y probar que la decisión de dicho órgano judicial declarando la jurisprudencia del TJUE *ultra*

7 Sentencia del TJUE de 22 noviembre 2005, C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709.

8 Sentencia del TJUE de 19 April 2016, C-441/14, *Ajos*, EU:C:2016:278.

9 Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de diciembre de 2016 en el asunto 15/2014.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 6 de julio de 2010, *Honeywell*, BVerfGE 126, 286.

11 Véase sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2003, C-129/00, *Comisión v Italia*, EU:C:2003:656.

vires, sin antes solicitar aclaraciones al TJUE mediante una cuestión prejudicial conforme al artículo 267 TFUE, fue arbitraria. Es posible que, consciente de este riesgo, el BVerfG haya previsto en su sentencia *Honeywell* precisamente dicho requisito de consulta previa.

De lo precedente se puede concluir que la ausencia de un catálogo escrito de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de un sistema de integración supranacional puede acarrear problemas, pues se arriesgan tensiones con los tribunales constitucionales, quienes podrían poner duda la legitimidad del órgano judicial del sistema de integración para desarrollarlos por vía jurisprudencial. Tal problema puede presentarse igualmente en la relación con aquellos órganos judiciales encargados de salvaguardar derechos fundamentales garantizados por convenios internacionales, tal como se explicará a continuación.

2.1.3. Tensión entre el Derecho europeo y convenios internacionales

El Derecho europeo no goza de una autonomía absoluta, sino que se encuentra estrechamente vinculado tanto con el Derecho nacional – tal como se ha demostrado anteriormente – como con el Derecho internacional público. El hecho de que los Estados Miembros hayan transferido competencias legislativas y ejecutivas a un sistema de integración supranacional como la UE no los libra de sus obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales que hayan concluido en materia de derechos fundamentales. Este principio cardinal en el Derecho internacional público lo ha establecido expresamente el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (“TEDH”), órgano judicial del *Consejo de Europa* llamado a velar por el cumplimiento de las normas del CEDH. Ni mucho menos influye que el TJUE esté dispuesto a verificar de manera más activa la conformidad de las normas europeas y de los actos imputables a la UE con los derechos fundamentales. Más bien, cada instancia sigue responsable por el funcionamiento de su propio ámbito normativo. La UE forma, por lo tanto, parte de un sistema paneuropeo de protección de derechos fundamentales caracterizado por tener varios niveles normativos.

La relación entre el TJUE y el TEDH experimentó una situación similar a la descrita anteriormente en los asuntos “*Solange I y II*”, pues en el asunto “*Bosphorus*”¹², el TEDH consideró igualmente la posibilidad de examinar la compatibilidad de un acto jurídico de la UE con el CEDH. El acto jurídico en cuestión, un reglamento adoptado por la UE en implementación de un régimen de sanciones de la *Organización de las Naciones Unidas* (“ONU”) contra la antigua Yugoslavia, en base al conflicto armado y las violaciones de derechos humanos que se cometían

12 Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airlines / Irlanda*, asunto 6291/05.

en ese Estado, había sido ejecutado por Irlanda como Estado Miembro de la UE¹³. Habiéndose solicitado la revisión judicial de dicha medida antes los tribunales irlandeses, se planteó una cuestión prejudicial al TJUE, quién validó la medida nacional a la luz del Derecho europeo. Posteriormente, el afectado por la medida acudió al TEDH alegando una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.

En una remarcable sentencia, el TEDH indicó que dicha medida era directamente imputable a la UE, al no dejar esta ningún margen discrecional a los Estados Miembros. En otras palabras, en el caso concreto, Irlanda estaba aplicando únicamente lo decretado por el legislador de la UE. Esto lógicamente trasladó el análisis de conformidad de la medida nacional al acto jurídico de la UE como base jurídica. El TEDH procedió a continuación a explicar en detalle porqué consideraba que el Derecho europeo en general ofrecía una protección “equivalente” al CEDH. Destacó, entre otras cosas, lo que se podría denominar una adhesión *de facto* del sistema de Luxemburgo al sistema de Estrasburgo en esta materia, al constituir el CEDH una de las fuentes de inspiración para los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo. Igualmente puso de relieve el desarrollo jurisprudencial de dichos principios generales, las frecuentes referencias a las disposiciones del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH por parte del TJUE, la evolución de los tratados constitutivos que subrayaban la importancia de los derechos fundamentales, la eficacia del sistema de recursos, así como la prevista puesta en vigor de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE* (“*Carta*”). En una conclusión similar a la del BVerfG, el TEDH declaró que todo esto constituía motivo suficiente para suponer un cumplimiento con las disposiciones del CEDH. Cabe señalar que si bien es cierto que dicha “presunción de protección equivalente” no es irrefutable, el TEDH dejó claro que no había evidencia para suponer una disfunción de los mecanismos de control del cumplimiento de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH. En consecuencia, el TEDH desestimó la demanda consistente en una presunta violación de dichos derechos fundamentales.

En su sentencia dictada en el asunto “*Michaud*”¹⁴, el TEDH explicó los motivos detrás de la “presunción de protección equivalente” establecida en su denominada doctrina “*Bosphorus*”. Según el TEDH, dicha presunción tiene como objeto asegurar que un Estado parte de CEDH parte no se vea enfrentado al dilema de tener que justificar las acciones de un sistema de integración – al cual transfirió parte de su soberanía y que no es parte del CEDH –, invocando obligaciones

13 Concretamente se trataba de una prohibición de celebrar contratos de mantenimiento e ingeniería de aviones registrados en Yugoslavia o que operasen en ella, así como de una orden de interceptar dichos aviones.

14 Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud / Francia*, asunto 12323/11.

derivadas de su condición de Estado Miembro. Asimismo, el TEDH explicó que dicha presunción reflejaba la intención de reducir la intensidad de su facultad de control por el bien de la cooperación internacional. Dejó, no obstante, muy claro que solo mantendría tal posición siempre y cuando se ofreciera una protección equivalente. Analizando los antecedentes procesales, el TEDH criticó un aspecto importante del caso, concretamente que el tribunal nacional no hubiese planteado una cuestión prejudicial al TJUE a pesar de que las circunstancias lo hubiesen exigido, entre otros, el haberse presentado una cuestión de Derecho nunca antes examinada por el TJUE. Esta argumentación es convincente, pues el tribunal nacional en cuestión era el *Conseil d'État* francés, es decir, la instancia suprema en materia administrativa y, por lo tanto, un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Conforme al artículo 267, apartado 3 TFUE, hubiera sido obligatorio someter una cuestión de interpretación al TJUE, a fin de que éste pueda pronunciarse con carácter prejudicial. Dicha obligación hubiera sido aún más imperativa teniendo en cuenta los estrictos “criterios *CILFIT*”, establecidos en la jurisprudencia del TJEU¹⁵ y ahora codificados en el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento¹⁶, que permiten a los tribunales nacionales decidir inmediatamente sobre el caso sin tener que recurrir a la vía prejudicial. El TEDH concluyó de todo ello que el mecanismo internacional de protección de derechos fundamentales equivalente al del CEDH no ha habido podido desplegar su pleno potencial. Por lo tanto, el TEDH consideró que no era posible aplicar la presunción de equivalencia en el caso objeto de la demanda, procediendo a continuación al análisis de una presunta violación de derechos fundamentales. Si bien es cierto que el TEDH lo descartó al final, no se puede negar que esta sentencia aclaró el alcance de la doctrina “*Bosphorus*”. Al efectuar un análisis individual, el TEDH demostró que no había renunciado a su prerrogativa de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Miembros de la UE. En consecuencia, la UE estaría errada en tomar la “presunción de protección equivalente” a la ligera. Más bien debería considerarse un estímulo para garantizar una tutela judicial efectiva.

15 Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335.

16 De haberse planteado una cuestión prejudicial a pesar de cumplirse con los criterios *CILFIT*, el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento dispone que el TJUE podrá decidir mediante auto motivado. Dichos criterios son los siguientes: (i) cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el TJUE ya haya resuelto, (ii) cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o (iii) cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable.

2.1.4. La jurisprudencia del TJUE relativa al principio del debido proceso

El objetivo de esta breve reseña histórica ha sido de demostrar la repartición de competencias que existe actualmente entre los tribunales constitucionales de los Estados Miembros, el TJEU y el TEDH, quienes velan sobre la salvaguardia de los derechos fundamentales en su respectivo ámbito normativo. Debido a los vínculos existentes entre estos ámbitos normativos, es necesario que exista homogeneidad en la jurisprudencia para evitar conflictos. Se requiere un diálogo jurisprudencial entre los tribunales, para lo cual es indispensable tener una base común de diálogo. La existencia de un catálogo de derechos fundamentales en cada nivel ciertamente facilita dicha tarea, en bien de la seguridad jurídica. Teniendo esto en cuenta, sorprende que el proceso de integración europeo haya tardado varias décadas en proclamar la Carta y asegurar que tenga efecto vinculante. Por otra parte, es indiscutible que el TJUE ha venido jugando un papel crucial en la evolución de los derechos fundamentales de la UE.

En lo que concierne los derechos fundamentales en el marco de un proceso judicial y/o administrativo, resumidos comúnmente en el concepto del “debido proceso” – y donde se centra el enfoque del presente artículo –, cabe destacar que el TJUE ha sabido apoyarse tanto en la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6, apartado 1 CEDH (“Derecho a un proceso equitativo”) como en las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros para desarrollar una variedad de principios esenciales, garantizados hoy en día por el artículo 47 de la Carta, tales como el de la tutela judicial efectiva¹⁷, el acceso a la justicia¹⁸, la asistencia judicial¹⁹, la igualdad de armas en el procedimiento²⁰, entre otros. A este se suma el principio del plazo razonable del procedimiento, como uno de los últimos exponentes de esta obra jurisprudencial que se analizará más adelante. Estos principios tienen ciertamente aplicación en todos los procedimientos judiciales y administrativos ante las instituciones de la UE. Dichos procedimientos implican en primer lugar una acción u omisión por parte de la UE misma, como sería, sólo para citar un ejemplo, el caso de procedimientos relacionados a la vigilancia por parte de la Comisión del respecto al Derecho de la competencia²¹

17 Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163.

18 Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores / Consejo*, EU:C:2002:462.

19 Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, C-279/09, *DEB*, EU:C:2010:811.

20 Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2015, C286/13 P, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe / Comisión*, EU:C:2015:184.

21 *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (Diario Oficial n° L 1 de 4/1/2003, p. 1).

y de las ayudas de estado²² con arreglo a los artículos 101 a 107 TFUE y sus respectivos actos jurídicos de implementación. A estos se suman diversos tipos de procedimientos basados en fuentes jurídicas que forman parte del denominado “Derecho administrativo europeo”. De no estar reglamentados estos derechos procesales específicamente en la normativa europea aplicable – sea ésta el Derecho primario o el derivado –, se deducen de los principios generales. No obstante, es gracias a la jurisprudencia del TJUE que esta protección ha sido extendida – de manera muy amplia – incluso a aquellos casos en los que los Estados miembros aplican el Derecho europeo, sea por medio de una implementación legislativa o administrativa. De importancia fundamental fue la jurisprudencia iniciada con la sentencia *Åkerberg Fransson*²³, la cual, sin embargo, muestra indicios recientes de querer ser matizada por el TJUE. Efectivamente, en su posterior sentencia *Siragusa*²⁴, el TJUE exigió que existiese un vínculo de conexión suficiente entre el Derecho de la UE y las supuestas medidas de aplicación nacionales²⁵. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de origen supranacional es, por lo tanto, bastante amplio. Esto tiene como consecuencia que sean necesariamente los tribunales nacionales quienes – actuando cual tribunales “funcionales” de la UE – sean los que tengan que aplicarlos como toda otra reglamentación puramente europea o adoptada en implementación del Derecho europeo²⁶. Con ello, lo que es aún más importante, se hizo imprescindible tener un catálogo de derechos fundamentales.

22 Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial n° L 248 de 24.9.2015, p. 9).

23 Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

24 Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2014, C-206/13, *Siragusa*, EU:C:2014:126.

25 El TJUE ha precisado que el concepto de “aplicación del Derecho de la UE”, a efectos del artículo 51 de la Carta, presupone la existencia de un vínculo de conexión entre un acto jurídico de la UE y la medida nacional de que se trate, de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. En este sentido, se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la normativa nacional considerada es aplicar una disposición del Derecho de la UE, el carácter de esa normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la UE, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la UE en la materia o que la pueda afectar (véanse, en particular, las sentencias de 10 de julio de 2014, C-198/13, *Julián Hernández y otros*, EU:C:2014:2055, apartados 34 y ss., así como de 6 de octubre de 2016, C-218/15, *Paoletti y otros*, EU:C:2016:748, apartados 14 y ss.).

26 Por lo que respecta a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la UE está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (sentencias de 9 de marzo de 1978, 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, apartados 21 y 24; de 19 de noviembre de 2009, C-314/08, *Filipiak*, EU:C:2009:719, apartado 81, y de 22 de junio de 2010, C-188/10 y C-189/10, *Melki y Abdeli*, EU:C:2010:363, apartado 43).

2.2. La creación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

No obstante la valiosa labor del TJUE, fue la creación de la Carta la que produjo una verdadera revolución de la doctrina en materia de derechos fundamentales. Además, reforzó la legitimidad democrática del proceso de integración, pues por primera vez en la historia de la UE se creó un documento de referencia que permitía a los ciudadanos poder determinar sus derechos e invocarlos ante los tribunales europeos y nacionales, aparte de recopilar la Carta los valores con los que los Estados miembros y las instituciones europeas se identificaban.

El procedimiento de adopción se realizó esencialmente en dos etapas: La proclamación por parte del Parlamento Europeo, del Consejo de la UE y de la Comisión se llevó a cabo el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Inicialmente prevista para que sea parte del *Tratado Constitucional de la UE*, este proyecto se descartó al no ser aprobado dicho tratado, tras el rechazo que vio en los referéndums consultivos en Francia y los Países Bajos, necesarios en el proceso de ratificación. Entró finalmente en vigor el 1 de diciembre de 2009 junto con el Tratado de Lisboa y adquirió finalmente rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la UE, en virtud del artículo 6, apartado 1 del Tratado sobre la UE (“TUE”)²⁷. Esto tiene como consecuencia que los actos jurídicos de Derecho secundario, debido al carácter vinculante de los derechos fundamentales que establece el artículo 51, apartado 1, de la Carta, deberán examinarse atendiendo a dicha disposición. Esto no solamente tiene consecuencias para todo examen de legalidad al que el TJUE pueda ser invitado a efectuar, por ejemplo en el marco de una acción de nulidad conforme al artículo 263 TFUE, de una excepción de ilegalidad conforme al artículo 277 TFUE o de una cuestión prejudicial de validez con arreglo al artículo 267, apartado 1, letra b TFUE²⁸. El artículo 51, apartado 1, de la Carta establece además que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la UE. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la UE. En otras palabras, la UE deberá tener en cuenta los derechos fundamentales al ejercer sus competencias, sean estas legislativas, administrativas o judiciales. Vale señalar que esta disposición codifica

27 Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, apartado 22.

28 Para un análisis comparado del Derecho procesal de varios sistemas de integración (UE, Mercosur, Comunidad Andina, EFTA/Espacio Económico Europeo, Sistema de Integración Centroamericano, Unión Económica Euroasiática) véase Kühn, W.M., “The Draft Protocol on the Creation of the Court of Justice of Mercosur: A New Milestone in the Judicialisation of Regional Integration Law”, *European Law Reporter*, 2016, No 3, p. 104-120; Lenaerts, K./Maselis, I./Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford 2014.

la jurisprudencia del TJUE anteriormente mencionada, según la cual están igualmente vinculados los Estados miembros cuando apliquen el Derecho europeo²⁹.

A pesar de contener un catálogo propio de derechos fundamentales, este no es exhaustivo, pues el artículo 6 TUE hace igualmente referencia al CEDH y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, de los cuales se desprenden aquellos derechos fundamentales que constituyen los principios generales del Derecho europeo. Este hecho permite al TJUE continuar su labor de desarrollar más derechos fundamentales a base de las otras fuentes, al mismo tiempo que interpreta las disposiciones de la Carta. La Carta y el CEDH coexisten así como documentos jurídicos independientes dentro de su respectivo ámbito de aplicación. Sin embargo, como ya se ha indicado anteriormente, existe una cierta tensión entre el Derecho europeo, por un lado, y el Derecho constitucional e internacional público, por otro lado, en materia de derechos fundamentales. Para evitar conflictos en el futuro, la UE ha optado por un nivel alto de protección al crear la Carta, destinado a superar al ofrecido por el del CEDH. En consecuencia, el artículo 53 de la Carta establece que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la UE, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros. Esta disposición destaca el compromiso de la UE con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y debe interpretarse como un mensaje dirigido al TEDH y a los tribunales constitucionales.

2.3. La posible adhesión de la UE al CEDH

Es indispensable discutir otro aspecto relevante en la protección de derechos fundamentales a nivel europeo e internacional: La adhesión de la UE misma al CEDH, es decir, la posibilidad de la UE de ser parte signataria de este instrumento jurídico, independientemente de sus Estados miembros. Debido a sus amplias competencias en diversas áreas, la UE ya es hoy en día observadora o incluso miembro por derecho propio en varias organizaciones internacionales. Este es el caso de la

²⁹ Por lo tanto, no ha de sorprender que actos jurídicos adoptados por la UE con miras a reforzar el sistema de recursos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tales como la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, hagan referencia explícita al artículo 47 de la Carta que establece el derecho a una tutela judicial efectiva.

Organización Mundial de Comercio (“OMC”), en la cual la UE ejerce derechos de voto como miembro e incluso participa – representada por la Comisión Europea – en procedimientos de resolución de controversias a raíz de su competencia exclusiva en política comercial externa³⁰. La Comisión Europea también representa a la UE ante tribunales internacionales, por ejemplo, el *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*³¹, debido a su competencia en materia de pesca³². Ante todo esto, sorprende que la adhesión de la UE al CEDH no se haya concretizado aún, teniendo en cuenta los vínculos entre la CEDH y la Carta, así como el “diálogo judicial” existente entre el TEDH y el TJUE en materia de protección de derechos fundamentales. De hecho, la UE intentó acceder ya dos veces al CEDH, sin éxito, tras los dictámenes negativos del TJUE, quién había sido llamado en ambas oportunidades a dictaminar sobre la legalidad de la adhesión mediante el mecanismo previsto en el artículo 218(11) TFEU³³. El procedimiento de dictamen permite verificar de antemano la compatibilidad de acuerdos internacionales con el ordenamiento jurídico de la UE a fin de evitar conflictos normativos que podrían plantearse posteriormente³⁴.

2.3.1. El dictamen 2/94 del TJUE

El problema de fondo en el primer asunto era si la Comunidad Europea (“CE”) de aquel entonces tenía o no tenía competencia para llegar hasta la adhesión al CEDH. A ello respondió el TJUE en su dictamen 2/94³⁵ que ninguna disposición de los tratados constitutivos confería a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito. Para los partidarios de la opción en materia de derechos fundamentales, al no existir en los tratados disposiciones en la materia referidas a las instituciones comunitarias, la única vía posible era la del actual artículo 352 TFUE³⁶. Sin embargo, el

30 Véase “*The European Union and the WTO*”, disponible en la página web de la OMC: <https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm>

31 Véase Solicitud de una Opinión Consultativa hecha por la Comisión Sub-Regional de Pesca, asunto no. 21.

32 Véase sentencia de 6 de octubre de 2015, C-73/14, *Consejo v Comisión*, EU:C:2015:663.

33 De acuerdo a esta disposición, “un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del TJUE sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del TJUE, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”.

34 Véase la relevancia de esta disposición en el contexto del proceso denominado “Brexit”, Kühn, W. M., “Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2016, vol 4, nº 8, p. 76.

35 Dictamen 2/94 del TJUE de 28 de marzo de 1996, *Adhesión de la UE al CEDH*, EU:C:1996:140.

36 Tal disposición prevé que cuando se considere necesaria una acción de la UE en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo

TJUE, consideró que dicho precepto no podía servir como instrumento para ampliar el ámbito competencial de la CE, ni para modificar los propios tratados constitutivos al margen del procedimiento establecido en el mismo. Por consiguiente, para el TJUE, en la situación del Derecho comunitario de aquellos momentos, la CE carecería de competencias para adherirse al CEDH. Con esta contestación, el TJUE no consideró necesario pronunciarse acerca de si, de producirse dicha adhesión, ésta sería compatible con los Tratados constitutivos.

El dictamen 2/94 constituyó un motivo de modificación de los tratados constitutivos a fin de crear la base jurídica apropiada para la adhesión al CEDH, además de propulsar un desarrollo que llevó a la puesta en vigor de la Carta. Se incorporó el artículo 6, apartado 2 TUE, conforme al cual “*la UE se adherirá al CEDH.*” Dicha disposición precisa además que “*esta adhesión no modificará las competencias de la UE que se definen en los Tratados.*” El Protocolo No. 18 al TUE la complementa con disposiciones específicas, entre otras, con la del Artículo 1, la cual dispone que el acuerdo relativo a la adhesión de la UE al CEDH previsto en el artículo 6, apartado 2 TUE “*estipulará que se preserven las características específicas de la UE y del Derecho de la UE, en particular por lo que se refiere a las modalidades específicas de la posible participación de la UE en las instancias de control del CEDH y los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la UE, o contra ambos, según el caso.*” El desafío en las negociaciones que se realizaron posteriormente – lideradas por la Comisión Europea en base a un mandato del Consejo de 4 de junio de 2010 – residió precisamente en encontrar la manera de compatibilizar un sistema de protección de derechos fundamentales concebido originariamente para Estados con las especificidades de una organización internacional supranacional como lo es la UE.

2.3.2. El dictamen 2/13 del TJUE

No se logró vencer tal desafío, pues el TJUE descartó en su dictamen 2/13³⁷ que el proyecto de acuerdo de adhesión hubiese tenido suficientemente en cuenta las características específicas del Derecho de la UE. Por consiguiente, concluyó afirmando que dicho proyecto de acuerdo de adhesión no era compatible con las disposiciones de los tratados constitutivos, tal como lo exigía el artículo 1 del Protocolo No.

adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

37 Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH*, EU:C:2014:2454.

18 al TUE anteriormente mencionado. Más concretamente, el TJUE criticó, entre otras cosas, los siguientes aspectos:

- Que no se hubiese establecido disposición alguna en el proyecto de acuerdo de adhesión para garantizar una coordinación entre el CEDH y la Carta. El TJEU subrayó que, puesto que el CEDH otorgaba a las partes contratantes la facultad de establecer estándares de protección superiores a los garantizados por dicho convenio, era preciso garantizar la coordinación entre el CEDH y la Carta. En efecto, cuando los derechos reconocidos por la Carta corresponden a derechos garantizados por el CEDH, era preciso asegurar que la facultad otorgada a los Estados miembros por el CEDH siga estando limitada a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la UE;
- Que no se hubiese tomado en cuenta el principio de la confianza mutua, vigente entre los Estados miembros de la UE en lo que concierne el respeto de los derechos fundamentales, debido a que el proyecto de acuerdo de adhesión permitía que cada Estado miembro pudiese verificar dicho respeto por parte de los demás. Se criticó además que no se haya tomado en cuenta que los Estados miembros haya atribuido ciertas competencias a la UE, por lo que no procedería verificar el respeto de los derechos fundamentales por el Estado mismo cuando la UE ejerza dichas competencias;
- Que no se hubiese tomado en cuenta el mecanismo de cuestión prejudicial ante el TJUE al crear las “opiniones consultivas” sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos, puesto que existía el riesgo que se soslayara el primer tipo de procedimiento;
- Que no se hubiese tomado en cuenta la posición del TJUE en el procedimiento de su “intervención previa”. Señaló en primer lugar que, a tal efecto, la cuestión de si el TJUE ya se había pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que era objeto del procedimiento ante el TEDH únicamente podía resolverla la institución competente de la UE, debiendo la decisión de dicha institución vincular al TEDH. En efecto, permitir que el TEDH se pronunciase sobre esta cuestión equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del TJUE. Por consiguiente, este procedimiento debía configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la UE para

que la institución competente pudiese apreciar si el TJUE ya se había pronunciado sobre la cuestión que era objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar dicho procedimiento. En segundo lugar, el TJUE observó que el proyecto de acuerdo excluía la posibilidad de dirigirse al TJUE para que se pronunciara sobre una cuestión de interpretación del Derecho secundario mediante el procedimiento de “intervención previa”. Esta limitación del alcance de dicho procedimiento exclusivamente a las cuestiones de validez supuestamente vulneraba las competencias de la UE y las atribuciones del TJUE;

– Que no se hubiesen tenido en cuenta las características específicas del Derecho de la UE en lo que respecta al limitado control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la UE en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (“PESC”). De hecho, mientras que en el estado actual del Derecho de la UE, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del TJUE, como consecuencia de la adhesión tal como está contemplada en el Proyecto de acuerdo, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del TJUE³⁸. Ello equivaldría a encomendar el control jurisdiccional exclusivo de dichos actos, acciones u omisiones de la UE, en lo relativo al respeto de los derechos garantizados por el CEDH, a un órgano externo a la UE.

– Que se haya puesto en riesgo la integridad del ordenamiento jurídico de la UE, dado que el “mecanismo del codemandado” – el cual permitía a una parte contratante intervenir en un procedimiento – autorizaba al TEDH a apreciar las normas del Derecho de la UE que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de los actos u omisiones de éstos. El TEDH podía adoptar una decisión definitiva al respecto que obligaría tanto a los Estados miembros como a la UE. El TJUE opinó que permitir que el TEDH, es decir un órgano externo a la UE, adoptase una decisión como ésta podía vulnerar el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros.

Como lo establece el artículo 218(11) TFUE, en caso de dictamen

³⁸ Véase artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y 275 TFUE, así como la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2014, C-658/11, *Parlamento / Consejo*, EU:C:2014:2025, apartado 73.

negativo del TJUE, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados. Los dictámenes negativos 2/94 y 2/13 significaron el fin provisional de toda tentativa por parte de la UE de acceder de pleno derecho al CEDH. Desde entonces, el proyecto no ha sido objeto de análisis con miras a retomarlo oficialmente.

3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE EN LA UE

3.1. Codificación en el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

De importancia para los propósitos de este artículo es el título VI de la Carta (“Justicia”), dedicado a los derechos fundamentales en el marco de un proceso judicial, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, así como el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Entre todas las disposiciones estableciendo derechos que caracterizan el principio del debido proceso destaca el artículo 47, apartado 2 de la Carta, el cual determina que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”. Esta disposición esencialmente recoge lo dispuesto en el artículo 6 CEDH (“Derecho a un proceso equitativo”), yendo incluso más allá de su ámbito de aplicación, pues no se limita a los procesos de naturaleza civil o penal sino que cubre igualmente los procesos administrativos³⁹. Cabe señalar que la mayoría de las demandas interpuestas ante el TEDH, basadas en una supuesta violación del artículo 6 CEDH, están relacionadas con la duración del procedimiento judicial⁴⁰. El TEDH ha declarado que una duración de más de seis años para un recurso de inconstitucionalidad⁴¹ y de nueve años para un procedimiento penal constituye una violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable⁴². Un recurso para remediar dicha violación es solo adecuado si el afectado puede acelerar la decisión del tribunal competente o conseguir una compensación apropiada⁴³ por

39 Frahm, M./Mayer, A., “The legal importance and implementation of the Charter in Austria”, *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, Leiden 2014, p. 258.
40 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Report on “European judicial systems, Edition 2014 (2012 data): Efficiency and quality of justice”, p. 481.

41 Sentencia del TEDH de 8 de enero de 2004, *Voggenreiter / Alemania*, asunto 47169/99.

42 Sentencia del TEDH de 10 de febrero de 2005, *Uhl / Alemania*, asunto 64387/01.

43 El TEDH puede igualmente obligar a una parte contratante a pagar una indemnización. El artículo 41 del CEDH (“Satisfacción equitativa”) dispone lo siguiente: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el

el retraso sufrido. Una simple confirmación de la inconstitucionalidad de la medida estatal no puede ser considerada un recurso adecuado⁴⁴.

3.2. El surgimiento de este derecho fundamental en la jurisprudencia del TJUE

Si bien es cierto que el artículo 47 de la Carta creó una base jurídica específica en los tratados constitutivos de la UE para el derecho a un procedimiento judicial dentro de plazo razonable, cabe señalar que éste surgió mucho antes, en la jurisprudencia del TJUE. A continuación se proveerá un breve recuento de su evolución, desde su primer reconocimiento hasta la determinación de los requisitos de una acción basada en la responsabilidad extracontractual de la UE por su vulneración. Conviene distinguir entre la fase germinal, de formación y, finalmente, de consolidación.

3.2.1. Los inicios de esta jurisprudencia

Fue en su sentencia dictada el 17 de diciembre de 1998 en el asunto *Baustahlgewebe GmbH / Comisión* (“*Baustahlgewebe*”)⁴⁵, que el TJUE admitió por primera vez un motivo de apelación contra una sentencia del *Tribunal Europeo de Primer Instancia* (“*TPI*”) – denominado hoy *Tribunal General* (“*TG*”) – basado en una presunta violación de este derecho. Objeto del litigio en primera instancia había sido un recurso de anulación de una empresa contra una decisión adoptada por la Comisión en materia de competencia. En aquella oportunidad, el TJUE hizo referencia tanto al artículo 6 CEDH como a los principios del debido proceso, previamente reconocidos en su jurisprudencia. Aunque estimó que la duración del procedimiento había sido “considerable”, pues nada menos que cinco años y seis meses habían transcurrido desde la interposición del recurso hasta que el TPI dictase sentencia, el TJUE no encontró elementos que indicasen una duración excesiva. Para su análisis, el TJUE se sirvió de una serie de criterios derivados de la jurisprudencia del TEDH,⁴⁶ más concretamente, las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de la trascendencia del litigio para el interesado, de la complejidad del asunto, del comportamiento del demandante y del de las autoridades competentes⁴⁷.

Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

44 Sentencia del TEDH de 8 de junio de 2006, *Sürmerli / Alemania*, asunto 75529/01.

45 Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 1998, C-185/95 P, *Baustahlgewebe / Comisión*, EU:C:1998:608.

46 Sentencias del TEDH de 23 de abril de 1987, *Erkner y Hofbauer*, serie A n. 117 § 66; de 27 de noviembre de 1991, *Kemmache*, serie A n. 218, § 60; de 23 de abril de 1996, *Phocas/Francia*, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, p. 546, § 71, y de 27 de septiembre de 1997, *Garyfallou AEBE/Grecia*, Recueil des arrêts et décisions 1997-V, p. 1821, § 39.

47 Sentencias del TEDH de 15 de marzo de 2016, *Menéndez García y Álvarez González /*

La siguiente etapa en la evolución de este derecho la marcó la sentencia de 16 de julio de 2009 en el asunto *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH / Comisión (“Der Grüne Punkt”)*⁴⁸, que tuvo como objeto la apelación por parte de una empresa de una sentencia del TPI, en la cual éste había confirmado un abuso de posición dominante, establecido previamente por la Comisión en una decisión que esta empresa había impugnado por medio de un recurso de anulación. La empresa había hecho valer varios motivos de apelación, entre otros una violación del derecho fundamental a una duración razonable del proceso. El TJUE, tras rechazar los demás motivos de apelación, se volcó en un análisis del motivo de apelación referido anteriormente, recordando su competencia a verificar si el TPI había cometido errores de procedimiento. Hizo primeramente referencia al derecho fundamental codificado en el artículo 6 CEDH para luego indicar que el derecho a una tutela judicial efectiva había sido ya reconocido como principio general del Derecho comunitario, por lo que podía utilizarse como referencia jurídica para establecer la legalidad de las acciones de los órganos de la UE. Sin embargo, aún más importante es el hecho que el TJUE haya señalado que este derecho había sido confirmado por el artículo 47 de la Carta, a pesar de que en aquella época dicho instrumento aún carecía de efecto vinculante. El TJUE declaró que una empresa como la demandante tenía derecho a que se decida dentro de un plazo razonable sobre una acción de nulidad interpuesta contra una decisión de la Comisión. A continuación, el TJUE señaló que debe constatar si la duración de un procedimiento es adecuada a base de los criterios mencionados anteriormente. Habiendo recordado esto, el TJUE estableció que una duración de 5 años y diez meses no podía justificarse por ninguna de las circunstancias del caso. El TJUE indicó que la inobservancia de un plazo razonable claramente constituía un error procesal. Sin embargo, debido a que no existían indicios para suponer que dicho error de procedimiento hubiese influido en el resultado del procedimiento, el TJUE resolvió que no estaba justificada la anulación de la sentencia del TPI. Señaló además que, dada la necesidad de respetar el Derecho de la UE en materia de competencia, el TJUE no podía permitir, por la mera falta de respeto de una duración razonable del procedimiento, que la parte recurrente ponga en cuestión la existencia de una infracción, pese a haber sido desestimados por infundados todos los motivos que invocó contras las afirmaciones hechas por el TPI respecto a dicha infracción y al correspondiente procedimiento administrativo previo. Finalmente, el TJUE recordó que la falta de respeto por parte del TPI de una duración razonable del procedimiento podría dar lugar a una pretensión de indemnización al amparo de un recurso interpuesto contra la UE con arreglo a los artículos 235 y 288 del Tratado de la Comunidad Europea (“TCE”), los cuales

España, asuntos 73818/11 and 19420/12.

48 Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2009, C-385/07 P, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland / Commission*, EU:C:2009:456.

equivalen a los actuales artículos 268 TFUE y 340 TFUE.

3.2.2. Fase formativa y de consolidación

Tras una fase germinal destacada por las sentencias señaladas anteriormente, en las que se reconoce el derecho fundamental a una duración razonable del procedimiento, cuya vulneración puede, en teoría, llevar a una anulación de la sentencia dictada en primera instancia e incluso puede suscitar la responsabilidad extracontractual de la UE, se constata una fase formativa, seguida por otra de consolidación en la que se formulan los criterios para la determinación de dicha vulneración e incluso se concede indemnización a las partes perjudicadas.

En noviembre de 2013, el TJUE decidió en los asuntos *Group Gascogne*⁴⁹ (en lo sucesivo “*Group Gascogne I*”) y *Kendrion*⁵⁰ (en lo sucesivo “*Kendrion I*”) sobre los recursos de apelación contra dos sentencias del TG, en las cuales se desestimaron los recursos de anulación interpuestos contra una decisión de la Comisión en conexión con un cartel de sacos industriales y se confirmaron las multas impuestas. Los recurrentes alegaron, entre otras cosas, una duración excesiva del procedimiento, lo cual constituía, en su opinión, una violación del derecho garantizado en el artículo 47 de la Carta. Solicitaron, por lo tanto, anular la multa o por lo menos reducirla.

Haciendo referencia a su sentencia en el asunto *Der Grüne Punkt*, el TJUE decidió que una duración excesiva del procedimiento ante el TG solo podía llevar a la anulación de una sentencia si se comprobaba que la duración del procedimiento había influido en el resultado del procedimiento, lo que no había sido el caso de autos. Apartándose de su jurisprudencia en el asunto *Baustahlgewebe*, el TJUE rechazó una reducción de la multa. Señaló que correspondía más bien iniciar una acción judicial separada ante el TG contra la UE con miras a obtener una indemnización por daños materiales y, cuando proceda, igualmente de los inmateriales debido a una presunta infracción contra el artículo 47 de la Carta. El TJUE confirmó esta jurisprudencia en su sentencia dictada en el asunto *Guardian*⁵¹.

Las sentencias del TJUE fueron de un interés especial en vista del debate sobre la reforma del sistema judicial de la UE, sobre todo del TG. El TJUE, liderado por su presidente de aquella época, *Vassilios Skouris*, había propuesto una duplicación del número de jueces en el

49 Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2013, C-58/12 P, *Groupe Gascogne / Commission*, EU:C:2013:770.

50 Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2013, C-50/12 P, *Kendrion v Commission*, EU:C:2013:771.

51 Sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2014, C-580/12 P, *Guardian Industries y Guardian Europe / Comisión*, EU:C:2014:2363.

TG⁵². Para hacer frente a inquietudes relacionadas a los posibles costos de tal reforma, el TJUE había advertido del riesgo de reclamaciones millonarias de indemnización.

Con las tres sentencias comentadas a continuación, basadas en acciones destinadas a establecer la responsabilidad extracontractual de la UE, se dispone finalmente de suficiente jurisprudencia que permita entender mejor los criterios para la concesión de un derecho a indemnización. En los tres asuntos, las demandantes habían exigido el pago de sumas millonarias por daños materiales e inmateriales. Sin embargo, teniendo en cuenta los criterios estrictos de la responsabilidad extracontractual que se desprenden de la jurisprudencia de los tribunales de la UE – que se ilustrarán más adelante –, no sorprende que no se hayan concedido tales sumas, sino que las sentencias hayan únicamente reconocido indemnización respectivamente en un valor de €57.064,33 (de ellos €10.000 en daños inmateriales) en el asunto *Gascogne II*⁵³ y de €595.769,18 (de ellos €6.000 en daños inmateriales) en el asunto *Kendrion II*⁵⁴. Ha de suponerse que el procedimiento judicial constituyó – en suma – una pérdida económica para las demandantes, pues el TG sentenció a las demandantes en ambos asuntos a asumir los costes judiciales. En el asunto *Aalberts II*⁵⁵, el TG incluso desestimó completamente la demanda de indemnización.

3.3. Análisis de la jurisprudencia reciente

El presente artículo comenta los principales aspectos analizados por el TG en las tres sentencias. Estos aspectos se pueden clasificar esencialmente en tres categorías: Determinación de la duración adecuada del procedimiento, así como existencia de una vulneración del artículo 47 de la Carta, indemnización por un daño material e inmaterial. A continuación, se comentarán estos aspectos siguiendo el orden mencionado y se concluirá con un análisis final.

3.3.1. Determinación de la duración adecuada del procedimiento, así como existencia de una vulneración del artículo 47 de la Carta

Las sentencias del TJUE: Conforme a la jurisprudencia del TJUE, para que la UE incurra en responsabilidad extracontractual en base al artículo 340, apartado 2 TFUE⁵⁶, debe concurrir un conjunto

52 Véase “*Number of judges at EU court to double*”, artículo publicado en “Politico” el 22 de diciembre de 2014: <<https://www.politico.eu/article/number-of-judges-at-eu-court-to-double/>>
53 Sentencia del TG de 10 de enero de 2017, T-577/14, *Gascogne Sack Deutschland y Gascogne / UE*, EU:T:2017:1.

54 Sentencia del TG de 1 de febrero de 2017, T-479/14, *Kendrion / UE*, EU:T:2017:48.

55 Sentencia del TG de 1 de febrero 2017, T-725/14, *Aalberts Industries / UE*, EU:T:2017:47.

56 A modo de comparación, véase los requisitos de la responsabilidad extracontractual en la

de requisitos, a saber, la ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones, la realidad del perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado.⁵⁷ Respecto a este aspecto, el TJUE, cual instancia de apelación en los asuntos en cuestión, estableció lo siguiente:

- En *Gascogne I* (apartados 82-84) y *Kendrion I* (apartados 93-95) indicó que una violación del principio del plazo razonable del procedimiento podía desencadenar la responsabilidad extracontractual de la UE.
- Haciendo referencia a la sentencia en el asunto *Der Grüne Punkt*, el TJUE explicó como determinar si la duración de un procedimiento era excesiva. Según sus criterios, se deben tomar en cuenta las circunstancias propias de cada asunto, como la trascendencia del litigio y el comportamiento de las partes (*Gascogne I*, apartado 85; *Kendrion I*, apartado 96). Al examinar esos criterios, había de tenerse en cuenta que, en caso de litigio respecto a la existencia de una infracción de las normas de competencia, existía no solamente un interés considerable por parte del demandante sino también de terceros, debido al gran número de personas afectadas y a los intereses económicos en juego (*Gascogne I*, apartado 87; *Kendrion I*, apartado 98). El TJUE aplicó dichos criterios al caso concreto. Aunque no especificó cuál debía ser la duración adecuada de un procedimiento judicial, dejó en claro que la duración en el caso de autos no podía ser justificada por ningún motivo, constituyendo así una vulneración suficientemente caracterizada del artículo 47 de la Carta que daba derecho a una indemnización.

La manera de proceder del TJUE fue remarcable. De acuerdo a su razonamiento, no era posible verificar la existencia de un derecho a indemnización a raíz de una violación por parte del TG del derecho fundamental a una duración razonable del proceso en el marco de un recurso apelación. Más bien correspondía a una sala distinta del TG efectuar dicha constatación en un procedimiento específico. A esto hay que añadir que no era necesario establecer en el marco de un recurso de apelación si la duración del procedimiento ante el TG había sido excesiva o no y si las partes demandantes tenían derecho a indemnización por daños y perjuicios. En otras palabras, las declaraciones del TJUE no

Comunidad Andina, desarrollados por vía jurisprudencial, Kühn, W. M., “Ausservertragliche Haftung der Andengemeinschaft – Eine Urteilsbesprechung aus europarechtlicher Sicht”, *European Law Reporter*, 2008, No 10, p. 356-362.

⁵⁷ Véanse sentencias del TJUE de 30 de mayo de 2017, C-45/15 P, *Safa Nicu Sepahan / Consejo*, EU:C:2017:402, apartado 61 y de 10 de julio de 2014, C-220/13 P, *Nikolaou / Tribunal de Cuentas*, EU:C:2014:2057, apartado 52.

eran vinculantes para el TG y constituían, por lo tanto, un *obiter dictum*. Sin embargo, *de facto* si se adelantaban a la decisión del TG respecto al criterio de una vulneración suficientemente caracterizada del artículo 47 de la Carta, teniendo esto como consecuencia que el TG solo pudiese pronunciarse sobre cuando estaba vulnerado el derecho a un recurso dentro de un plazo adecuado.

Las sentencias del TG

En las sentencias del TG comentadas a continuación, el TG dividió el procedimiento judicial ante el TG en tres fases: *Fase 1* – el procedimiento escrito, es decir, el período desde la presentación de la demanda hasta la conclusión del procedimiento escrito; *fase 2* – el período desde la conclusión del procedimiento escrito y la apertura del procedimiento oral; *fase 3* – el período desde la conclusión del procedimiento oral hasta la fecha en que recaiga la sentencia.

Fue más que nada la fase 2 en la que se enfocaron las sentencias en los asuntos *Gascogne II* y *Kendrion II*. El TG estableció respecto a ésta que una duración de 15 meses era, en principio, adecuada en asuntos que tienen como objeto recursos contra decisiones adoptadas en aplicación de las reglas de la UE en materia de competencia. Si la misma decisión es impugnada por varias partes a través de acciones individuales, este plazo debe ser prolongado por un mes para cada procedimiento a fin de tomar en cuenta la necesidad de coordinación (*Gascogne II*, apartado 70; *Kendrion II*, apartado 55). En el caso de autos, esto tuvo como consecuencia que en los asuntos *Gascogne II* y *Kendrion II* se considerara adecuada una duración de 26 meses (15 meses + 11 meses) para la fase 2 respecto a los procedimientos adicionales. Sin embargo, esta había durado en realidad 46 meses. Respecto a las fases 1 y 3, el TG no vio ninguna inactividad injustificada por parte del TG (*Gascogne II*, apartado 77; *Kendrion II*, apartado 62).

En el asunto *Aalberts II*, el TG se pronunció igualmente respecto a la fase 1. Tomó en cuenta, entre otras cosas, que el escrito de demanda con sus 75 páginas superaba el límite (no vinculante) de máximo 50 páginas⁵⁸ de aquel entonces y que la Comisión había solicitado y obtenido una prolongación del plazo para responder a la dúplica, llegando así a la conclusión de que las partes habían contribuido al retraso del procedimiento a través de su propio comportamiento (apartados 56-62 y 78). En cuanto a la fase 2, el TG indicó además que la Comisión había presentado la traducción en francés de la dúplica solo con considerable retraso (apartado 74).

⁵⁸ Véase Tribunal General de la Unión Europea, “*Normas prácticas de desarrollo del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General*” (VI. Sobre la fase escrita del procedimiento, A. Longitud de los escritos de alegaciones, A.1. Recursos directos), página 23.

3.3.2. Determinación del daño material

Los planteamientos del TG en las sentencias *Gascogne II* y *Kendrion II* respecto al daño material no contienen nada verdaderamente nuevo, pues el TG esencialmente aplicó los criterios estrictos para verificar la existencia de un daño y de un nexo de causalidad. Por otra parte, esclarecen el interrogante respecto a cuáles podrían ser los daños restituibles en casos equivalentes y como se podrían hacer las solicitudes respectivas.

Intereses a la multa y los gastos de un aval bancario

Toda empresa que se vea impuesta una multa por parte de la Comisión debido a una violación de las reglas de la competencia y que impugne la respectiva decisión de la Comisión tiene dos opciones respecto al pago de la multa: puede pagar el monto provisionalmente o constituir un aval bancario. En el segundo caso, deberá abonar una mensualidad⁵⁹. Esto significa que si el TG no decide dentro de un plazo razonable, la empresa deberá pagar intereses y mensualidades por un período prolongado. Por otro lado, mantiene por más tiempo a su disposición el monto a pagar por la multa si su demanda es rechazada. Respecto a esto, el TG estableció lo siguiente:

- En los asuntos *Gascogne II* (apartado 108) y *Kendrion II* (apartado 77), el TG rechazó el reclamo de compensación de los intereses adicionales pagados por la duración excesiva del procedimiento basándose en el argumento de que las partes demandantes no habían alegado nada de lo que se pudiese deducir que estos intereses hubiesen superado la ventaja de haber tenido a su disposición por más tiempo el monto a pagar (incluyendo intereses) por la multa. Es decir, las partes demandantes no habían demostrado haber sufrido un daño.
- En cuanto a los gastos adicionales relacionados al aval bancario resultantes de la demora, el TG estableció que existe efectivamente un daño por el cual la duración excesiva del procedimiento es causal (*Gascogne II*, apartados 114-116; *Kendrion II*, apartados 82-84). El TG rechazó igualmente el argumento del TJUE, conforme al cual las partes demandantes mismas habrían ocasionado el daño debido a que habrían optado por un aval bancario en vez de pagar la multa provisionalmente. El TJUE se había basado en las sentencias dictadas en los asuntos *Holcim*⁶⁰ y *Atlantic*

⁵⁹ Véase sentencia del TG de 13 de abril de 2011, T-393/10 R, *Westfälische Drahtindustrie GmbH y Otros / Comisión*, EU:T:2011:178.

⁶⁰ Sentencia del TG de 21 de abril de 2005, T-28/03, *Holcim / Comisión*, EU:T:2005:139.

*Container Line*⁶¹. El TG había decidido en aquellas sentencias que una empresa no tenía derecho a una compensación de los gastos del aval bancario cuando los tribunales de la UE anulan la multa impuesta a ella debido a que supuestamente el acto directamente causal habría sido la decisión de la empresa misma de recurrir a la posibilidad de un aval bancario y de no pagar la multa, mas no la decisión ilegal de la Comisión de imponer una multa. En la opinión del TG, los hechos en los que se basaban las sentencias no eran comparables al asunto de autos, ya que el acto causal no residía en la imposición ilegal de una multa por parte de la Comisión sino en la duración excesiva del procedimiento ante el TG. De acuerdo al TG, las partes demandantes no podían suponer que el TG no lograría dictar sentencia dentro de un plazo razonable (*Gascogne II*, apartados 117-121; *Kendrion II*, apartados 85-89).

En lo que concierne el pago de la demanda de indemnización, el TG indicó que el evento que había producido el daño residía en el hecho de que el TG hubiese violado su obligación de decidir dentro de un plazo adecuado en los asuntos *Gascogne I* y *Kendrion I* (*Gascogne II*, apartados 123 y siguientes; *Kendrion II*, apartados 91 y siguientes). Esta violación tuvo fin con las sentencias del TG del 16 de noviembre de 2011. No existe causalidad directa en lo que respectan las mensualidades abonadas por el aval bancario después de este momento. Más bien, estos costos fueron ocasionados por la decisión personal de las partes demandantes de introducir un recurso de apelación y de constituir un aval bancario durante el procedimiento de apelación en lugar de pagar la multa. De ello dedujo el TG que las partes demandantes no podían exigir compensación por las mensualidades abonadas después del 16 noviembre 2011 y que podían exigir compensación por las mensualidades que habían abonado durante los 20 meses que había durado en exceso el procedimiento ante el TG, es decir, por el periodo entre 16 de marzo de 2010 hasta 16 de noviembre 2011 (*Gascogne II*, apartados 123 y siguientes; *Kendrion II*, apartados 91 y siguientes). Sin embargo, las partes demandantes habían solicitado únicamente compensación de las mensualidades abonadas durante el periodo del 30 de mayo de 2011 hasta el 12 de diciembre de 2013 (*Gascogne II*) y del 26 de agosto de 2010 hasta el 26 de noviembre de 2013 (*Kendrion II*). El TG rechazó el pago de una compensación por las mensualidades abonadas antes del 30 de mayo de 2011 y del 26 de agosto de 2010 con el argumento que el artículo 21 del Estatuto del TG y el artículo 44 de su Reglamento de Procedimiento⁶² determinaba la amplitud

61 Sentencia del TG de 12 de diciembre de 2007, *Atlantic Container Line AB y Otros / Comisión*, EU:T:2007:377.

62 Corresponde al artículo 76 del Reglamento de procedimiento del TG vigente desde el 1 de

de la demanda, de manera que el TG no podía pronunciarse *ultra petita*⁶³. Al final, el TG reconoció un derecho indemnización de alrededor de €47.000 (*Gascogne II*) y €588.000 (*Kendrion II*). Si las solicitudes de las partes hubieran sido mejor formuladas, sobre todo en el procedimiento *Gascogne II*, probablemente se les hubiese reconocido mayores sumas.

La argumentación del TG puede parecer formalista. Sin embargo, se le debe dar razón. El evento que produjo el daño fue efectivamente la duración del procedimiento ante el TG. Que dicho procedimiento hubiese concluido con las sentencias del TG ya se había deducido de las sentencias del TJUE en los asuntos *Gascogne I* y *Kendrion I*.

Daños materiales adicionales

Gascogne exigió además indemnización por el daño supuestamente sufrido por haber encontrado un inversionista solo muy tarde debido al retraso en el procedimiento y a la inseguridad vinculada a la multa. El TG rechazó esta pretensión ya que, en su opinión, la demandante no había comprobado que hubiese conseguido un inversionista si el procedimiento hubiese sido terminado antes.

3.3.3. Determinación del daño inmaterial

Las partes demandantes en los procedimientos *Gascogne II* y *Kendrion II* habían exigido indemnización por el daño inmaterial sufrido:

– Ellas estimaron este daño como de €500.000 y lo justificaron con el supuesto daño a la reputación y la administración de la empresa, la inseguridad en la planificación, así como las consecuencias para los empleados de la empresa (apartado 144).

– La parte demandante en el procedimiento presentó argumentos similares. Sin embargo estimó el daño mucho más alto, nada menos que de €11 millones. Concretamente, exigió un monto equivalente a 10% de la multa anual por el periodo desde 26 de agosto de 2010 hasta la fecha en que el TJUE dictase sentencia en el procedimiento *Kendrion I* (26 noviembre 2013), así como subsidiariamente un monto equivalente al 5% de la multa, es decir €1.7 millones (apartados 110-112).

El TG argumentó de la siguiente manera:

– Primeramente aclaró que las demandas eran inadmisibles en la medida de que las partes demandantes habían reclamado indemnización por los daños inmateriales de los miembros de

septiembre de 2016.

63 El principio jurídico procesal “*ne ultra petita*” prohíbe al juez europeo concederle a una parte del proceso más de lo que esta solicitó en su demanda.

sus órganos o de sus empleados, ya que no habían presentado ni una cesión de derechos ni un poder expreso que las habilite para presentar una reclamación por los daños y perjuicios sufridos por sus directivos y trabajadores correspondientes (*Gascogne II*, apartados 146-148; *Kendrion II*, apartados 116-118). En lo que concierne los supuestos daños sufridos por las partes demandantes mismas, el TG estableció que las partes demandantes no habían demostrado un daño en su reputación (*Gascogne II*, apartados 151-153; *Kendrion II*, apartados 121-124). Por otra parte, reconoció que la incertidumbre prolongada había producido un daño inmaterial (*Gascogne II*, apartado 157; *Kendrion II*, apartado 128).

– Respecto al cálculo de dicho daño inmaterial, el TG hizo referencia a las declaraciones del TJUE en las sentencias *Gascogne I* y *Kendrion I*. En dichas sentencias, el TJEU había declarado que la compensación de las partes demandantes por una duración excesiva del procedimiento ante el TG no debería llevar a una reducción de la multa impuesta por la formación de un cartel a fin de asegurar el cumplimiento de las reglas de competencia. En la opinión del TG, los montos solicitados por las partes demandantes en los procedimientos *Gascogne II* y *Kendrion II* tendrían precisamente esto como consecuencia. Por este motivo no podrían ser aceptados. El TG decidió sin mayor argumentación que un monto correspondiente a €5.000 (*Gascogne II*, apartados 161-165) y €6.000 (*Kendrion II*, apartados 131-135) para cada una de las partes demandantes era adecuado.

3.4. Análisis y perspectiva

Todavía no ha dicho la última palabra en estos asuntos, ya que es posible que las partes demandantes interpongan un recurso de casación ante el TJUE. Esto sería conveniente, no solamente porque las sentencias son problemáticas, sino porque solo una sentencia del TJUE puede ofrecer seguridad jurídica respecto a la cuestión del daño inmaterial.

3.4.1. Duración adecuada del procedimiento

Se puede compartir la opinión del TG respecto a la necesidad de verificar la duración adecuada del procedimiento conforme a las circunstancias del caso individual. El hecho de que el TJUE tome posición en el marco de un recurso de casación respecto al derecho a una indemnización tiene la ventaja que los operadores económicos sepan de antemano cuáles son sus chances de obtener tal indemnización. También los criterios aplicados por el TG – importancia del asunto para la persona

afectada, su complejidad, así como el comportamiento del demandante y de las autoridades competentes – son adecuados y compatibles con aquellos criterios desarrollados en la jurisprudencia del TEDH. Que el TG efectúe un cálculo global en el marco de la fase 2 es contradictorio, sin embargo tiene la ventaja de la seguridad jurídica. Además, los periodos en meses no implican ningún automatismo, sino que solo son válidos en principio, es decir que las particularidades de un caso individual (relacionadas a la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes, véase *Gascogne II*, apartados 74 y ss) pueden justificar una derogación de estas directrices. Y, finalmente, parece casi imposible denominar objetivamente una duración adecuada del procedimiento, de manera que un recurso a las directrices no solo parece inevitable, sino incluso necesario en interés de la uniformidad de la jurisprudencia.

Por otra parte, la concentración de las sentencias en la fase 2 constituye una de las grandes debilidades del procedimiento ante el TG por sugerir que el TG generalmente comienza a trabajar en los asuntos solo una vez concluida la fase escrita del procedimiento. El TG supone que la duración adecuada de la fase 2, es decir, el tiempo de preparación de la fase oral, es independiente de la fase 1. En otras palabras, el TG supone que no se puede exigir de él empezar con la preparación de la vista ya durante la fase escrita. Esta suposición es difícil de entender, ya que el TG podría comenzar a analizar el asunto con la entrega de la demanda o a más tardar con la entrega de la defensa, sobre todo debido al hecho de que, según el Reglamento de Procedimiento, los escritos de demanda y defensa deben contener todos los argumentos, así como los elementos de evidencia⁶⁴. Teniendo todo esto en cuenta, la fase 2 parece haber sido calculada muy generosamente.

3.4.2. Compensación por el daño material

Las sentencias no traen novedades en lo que respecta el daño material. Simplemente aplican los estrictos criterios de la jurisprudencia para verificar la existencia de un daño y de la causalidad. Sin embargo, existe una novedad en lo que concierne la distinción de los presentes asuntos respecto a las sentencias *Holcim*⁶⁵ y *Atlantic Container Line*⁶⁶ en cuanto al reembolso de los gastos del aval bancario. La argumentación del TG no es del todo convincente, pues en ambos casos es determinante

64 El artículo 76 del Reglamento de Procedimiento del TG dispone que “la demanda contendrá a) el nombre y domicilio del demandante; b) la indicación de la condición y de la dirección del representante del demandante; c) el nombre de la parte principal contra la que se interpone el recurso; d) la cuestión objeto del litigio, los motivos y alegaciones invocados y una exposición concisa de dichos motivos; e) las pretensiones del demandante; f) las pruebas y la proposición de prueba, si ha lugar”.

65 Sentencia del TG de 21 abril de 2005, T-28/03, *Holcim / Comisión*, T:2005:139.

66 Sentencia del TG de 30 septiembre 2003, T-191/98, *Atlantic Container Line / Comisión*, EU:T:2003:245.

para la creación de costos la decisión de la empresa de constituir un aval bancario en lugar de pagar la multa.

Las sentencias demuestran una vez más que es necesario formular cuidadosamente las pretensiones en los procedimientos ante los tribunales de la UE. Esto es particularmente cierto en procedimientos de indemnización. De haber formulado mejor sus solicitudes, las partes demandantes hubiesen obtenido indemnizaciones más altas por los gastos inherentes a la constitución del aval bancario durante el periodo de retraso del procedimiento ante el TG.

Respecto a futuras demandas, se puede afirmar con certeza que los gastos adicionales relacionados a la constitución del aval bancario por el periodo de tiempo desde el momento en que el TG hubiera tenido que dictaminar hasta el momento que lo hizo pueden ser considerados un daño. En cuanto a los costos adicionales por intereses, la parte demandante deberá demostrar que estos intereses eran más importantes que la ventaja obtenida por la parte demandante por el hecho de haber tenido a su disposición por un tiempo más prolongado el monto correspondiente a la multa impuesta. Sin embargo, aún de lograrlo, ha de suponerse que la compensación a atribuírsele no será demasiado alta.

El vínculo común de los asuntos *Gascogne II* y *Kendrion II* era que el TG y el TJUE habían rechazado las demandas contra la decisión inicial de la Comisión, confirmando la multa impuesta. En el asunto *Guardian II* actualmente pendiente⁶⁷, por lo contrario, se trata de un caso en el que el TJUE había anulado parcialmente la decisión de la Comisión y reducido la multa de inicialmente €148 millones a €103,6 millones. Además, la parte demandante había pagado €111 millones inmediatamente tras la adopción de la decisión de la Comisión y había constituido un aval bancario de €37 millones.

Con su demanda, la parte demandante exigió compensación por los gastos del aval bancario así como del beneficio perdido, basada en el argumento de que los intereses que la Comisión había pagado respecto al monto de la multa eran de cuantía menor al beneficio que la parte demandante hubiese podido obtener si hubiera tenido a su disposición el dinero durante el periodo en el que el TG estuvo en retraso de dictaminar.

3.4.3. Compensación por el daño inmaterial

El único aspecto interesante en las sentencias son las explicaciones respecto al daño inmaterial. El TG rechazó la idea de que la compensación del daño inmaterial cumpla una forma una función de satisfacción para

⁶⁷ Mientras tanto se dictó sentencia el 7 de junio de 2017, T-673/15, *Guardian / UE*, EU:T:2017:377. Sin embargo, se ha interpuesto recurso contra ella ante el TJUE, el cual figura en el registro como asunto C-479/17 P.

la parte demandante o que sea entendida como una sanción al TG. A tal fin, pudo basarse en la jurisprudencia del TJUE. Efectivamente, sería contradictorio rechazar una reducción de la multa debido a una duración excesiva del procedimiento con el argumento que ello podría poner en peligro el Derecho de la competencia, para luego atribuir compensación de daños y perjuicios en una cuantía significativa y además agregar intereses a la multa. Aceptar el método aplicado por la parte demandante en el asunto *Kendrion II* para calcular el daño inmaterial hubiera significado reducir la multa de la parte demandante y regresar así de manera indirecta a la jurisprudencia *Baustahlgewebe*. Sin embargo, el TJUE precisamente se había distanciado de esta jurisprudencia en los asuntos *Gascogne II* y *Kendrion II*. Además, el TJUE enfatizó que la inobservancia de un plazo adecuado en el marco del análisis de una acción dirigida contra una decisión de la Comisión en el área del Derecho de la competencia no puede llevar a que la multa impuesta con dicha decisión sea anulada completamente o parcialmente. El TG se refirió explícitamente a dicha jurisprudencia del TJUE cuando rechazó atribuir compensación por daños inmateriales por el monto exigido y conforme al método de cálculo utilizado por la parte demandante. De tal manera, el TG obligó al TJUE a explicar su propia jurisprudencia en el marco del procedimiento de casación.

CONCLUSIONES

Se puede concluir de lo anterior que la parte perjudicada por una violación del derecho a un procedimiento dentro de un plazo adecuado, protegido por el artículo 47 de la Carta, difícilmente podrá esperar una indemnización millonaria. Todo lo contrario: en general, la indemnización se limitará a los gastos inherentes a la constitución de los avales bancarios por el periodo entre la fecha en la que el TG hubiese tenido que decidir y aquella en la que decidió efectivamente. Por lo tanto, las sumas deberían ser más bien moderadas. Una acción destinada a exigir una indemnización por daño material, sobre todo una pérdida de ganancia, debería no tener éxito en la mayoría de los casos debido a los estrictos criterios por cumplir, sobre todo respecto a la prueba del daño y el nexo de causalidad. Por lo tanto, la indemnización por el daño inmaterial debería tener más que nada valor simbólico. Sin embargo, nada permite suponer que el artículo 47 de la Carta exija más que ello mientras que una duración excesiva del procedimiento no perjudique la posición legal y/o económica del afectado. Debido a que este derecho fundamental se encuentra en plena evolución y no se puede excluir el desarrollo de soluciones jurídicas a problemas específicos, conviene seguir de cerca la jurisprudencia de los tribunales europeos, tanto en Luxemburgo como en Estrasburgo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRAHM, Michael y MAYER, Alisa. “The legal importance and implementation of the Charter in Austria”. *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, p. 246-253.

HIRST, Nicholas. “Number of judges at EU court to double”. *Politico*, 22 de diciembre de 2014 <<https://www.politico.eu/article/number-of-judges-at-eu-court-to-double/>>

KÜHN, Werner Miguel. “The Draft Protocol on the Creation of the Court of Justice of Mercosur: A New Milestone in the Judicialisation of Regional Integration Law”. *European Law Reporter*, 2016, n° 3, p. 104-120.

KÜHN, Werner Miguel. “Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2018, vol 4, n° 8, p. 64-93.

KÜHN, Werner Miguel. “Ausservertragliche Haftung der Andengemeinschaft – Eine Urteilsbesprechung aus europarechtlicher Sicht”. *European Law Reporter*, 2008, n° 10, p. 356-362.

LENAERTS, Koen; MASELIS, Ignace; GUTMAN, Kathleen. *EU Procedural Law*. Oxford: sn, 2014.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Werner Miguel Kühn Baca es Senior Legal Officer en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex). Anteriormente Senior Officer en el Directorado de Asuntos de Mercado Interior de la Autoridad de Vigilancia de EFTA y Letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Especialista en los ordenamientos jurídicos de sistemas de integración en Europa, América Latina y Eurasia.

LEGISLACIÓN Y POLÍTICA PÚBLICA REGIONAL SOBRE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS COMO UN MEDIO DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA: UN PRIMER ACERCAMIENTO

LEGISLAÇÃO E POLÍTICA PÚBLICA REGIONAL SOBRE CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MEIO DE INTEGRAÇÃO CENTRO-AMERICANA: UMA PRIMEIRA ABORDAGEM

*Juan Bautista Arrién Somarriba**

Resumen: *El proceso de integración centroamericana se encuentra en desarrollo, con sus normativas constitutivas y reguladoras (Derecho Comunitario Centroamericano) del actuar de sus instituciones regionales, pero carece de una política concreta, no así de un tratado multilateral con terceros países (el DR - CAFTA), que permitiese, ejecutar los procedimientos de compras o adquisiciones con una visión regional, trascendiendo más allá de las fronteras y los procedimientos que cada entidad adquirente lleva a cabo en cada uno de los países centroamericanos, en pro del fomento de la participación del empresario y con ello de la inversión extranjera, en su actuación de oferta de bienes y servicios, así como en la construcción de obras públicas de índole regional. En este contexto se pretende, por medio de este trabajo, promover y analizar la vialidad de una normativa de Derecho Comunitario, así como de una política de gestión y ejecución de procedimientos de contrataciones, tramitados por instituciones regionales, con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas a nivel centroamericano.*

Resumo: *O processo de integração centro-americano está em desenvolvimento, com suas normas constitutivas e regulatórias (Direito Comunitário Centro-Americano) das ações de suas instituições regionais, mas falta uma política específica, não um tratado multilateral com países terceiros (DR - CAFTA), que permite, executar procedimentos de aquisição ou aquisições com visão regional, transcendendo além das fronteiras*

* Universidad Centroamericana, Nicaragua.
E-mail: doctoradoenderecho@uca.edu.ni
Recibido: 28/02/2018. Aceptado: 29/06/2018.

e os procedimentos que cada entidade adquirente realiza em cada um dos países da América Central, a favor da promoção da participação do empreendedor e com o investimento estrangeiro, no desempenho da oferta de bens e serviços, bem como na construção de obras públicas de natureza regional. Neste contexto, pretende-se, através deste trabalho, promover e analisar a viabilidade de um regulamento do Direito Comunitário, bem como uma política de gestão e execução de procedimentos de contratação, processados por instituições regionais, a fim de atender às necessidades coletivas no nível centro-americano.

Palabras clave: Contrataciones administrativas, Integración centroamericana, Instituciones regionales, Política pública, adquisiciones públicas

Palavras-chave: Contratação administrativa, Integração centro-americana, Instituições regionais, Políticas públicas, Contratos públicos

1. INTRODUCCIÓN

El hecho más significativo en el proceso de integración centroamericano ocurrió en 1951 con la suscripción, en San Salvador, de la Primera Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), la cual fue suscrita, por todos los gobiernos centroamericanos, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, excepto Panamá; país para el que la Carta, dejaba abierta la posibilidad para una futura adhesión. Esta carta fue modificada en 1962.

La ODECA, consistió en un esfuerzo político cuya conformación articulaba una institucionalidad muy amplia, que poco llegó a concretarse. Fue un intento de diálogo político en la región, llevada a cabo mediante la reunión de cancilleres, que prometía sustituir los fracasados viejos sueños de generar una Federación Centroamericana, por un proceso que se abría como nuevo paradigma, a partir de la constitución de la OEA. Esta organización, significó, al menos simbólicamente, que Centroamérica fuese vista como una sola región, cuestión que hasta el momento solo era del imaginario de unos cuantos¹.

Nos dice Diana Santana² que mediante un tránsito de ideas políticas de integración a otras de corte económico, se optó por un esquema gradual de integración económica. Con ello se dio lugar

¹ SUÁREZ ULLOA, Max y MARÍN CORRALES, Dúnnia. “La ODECA: intento de integración política centroamericana”. En: SOTO ACOSTA, Willy y SUÁREZ ULLOA, Max (Eds.), *Centroamérica: casa común e integración regional*. San José: Universidad de Costa Rica, 2014, p. 55.

² El marco conceptual desarrollado por Raúl Prebisch (1901-1986) en la CEPAL y las teorías del desarrollo económico que enfatizaban los cuellos de botella como problemas fundamentales formaron el sustento intelectual para la puesta en marcha del MCCA. SANTANA PAISANO, Diana. “La singularidad del marco jurídico e institucional del SICA. Características y desafíos actuales.” [Tesis de doctorado]. Universidad de Loyola Andalucía, España, 2018, p. 12.

al Tratado General de la Integración Económica Centroamericana (TGIE), suscrito en Managua el 13 de diciembre de 1960, el cual dio lugar a lo que se conoció como Mercado Común Centroamericano (MCCA), producto de diversas negociaciones que tendían a ajustar a la organización de Estados integrados en la ODECA, con las instituciones que posibilitaran los objetivos comerciales y de desarrollo.

Maza³, ha señalado que al entrar en vigor la nueva carta de la ODECA en 1965, la estructuración del MCCA, tomó nuevas bases, que significaría una subordinación de la estructura institucional del MCCA a la de la ODECA.

En los inicios de los 90s, nos dice Caldentey del Pozo⁴, comienza una etapa en la que los presidentes centroamericanos manifestaron su voluntad de avanzar en el proceso adecuándolo al planteamiento del nuevo regionalismo en un mundo globalizado a través del Protocolo de modificación a la segunda carta de la ODECA, conocido como Protocolo de Tegucigalpa (PT) que entra en vigencia en 1991, y el Protocolo de modificación al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, conocido como Protocolo de Guatemala (1993), los cuales como tratados originarios del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), renuevan las bases institucionales del actual proceso que conocemos.

Paralelo a este sistema de integración surge el Tratado de libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos suscrito el 5 de agosto de 2004 entre los países centroamericanos, República Dominicana y los Estados Unidos, siendo de aplicación bilateral entre los Estados Unidos y cada país. Además, en algunos aspectos actúa como normativa intrarregional centroamericana y también complementa al TLC entre centroamericanos y República Dominicana.

En este contexto de integración primero política, luego económica y finalmente de esta última en unión con aquella, así como de la suscripción del DR – CAFTA, aún no se logra dilucidar una integración basada en una política pública común que permitiese ejecutar procedimientos de adquisiciones públicas, a través de instituciones de índole regional, que facilitasen, la compra de bienes y servicios, así como la construcción de obras, que pudiesen promover el acercamiento de la región centroamericana, a sectores empresariales de índole mundial dispuestos a invertir a nivel regional, y no bajo una visión individual de oferta y demanda en cada país centroamericano, mediante la presentación de ofertas en procedimientos de licitación o concurso

3 MAZA, Emilio. *Sistema de derecho comunitario centroamericano. (Teoría general, fuentes e instituciones)*, p. 155.

4 CALDENTEY DEL POZO, Pedro. “Panorama de la integración centroamericana: dinámica, intereses y actores”. En: CALDENTEY DEL POZO y ROMERO RODRÍGUEZ (Eds.). *El SICA y la UE: La Integración regional en una perspectiva comparada*, p. 245.

aislados y de índole nacional.

Surgen aquí las siguientes interrogantes, ¿podría una política dirigida a la gestión y ejecución de adquisiciones públicas regionales, contribuir a la integración centroamericana?, pero, además, ¿tiene cabida una reforma institucional en el marco estructural, organizativo y funcional del SICA, en pro de la creación de instituciones de índole regional para llevar a cabo este tipo de adquisiciones aplicando una normativa común? ¿O basta con el DR - CAFTA como normativa regional en esta materia?

Se trataría de una especie de noción supranacional de las adquisiciones o compras públicas a nivel centroamericano, es decir, trascender más allá de las fronteras de cada país, tratando de armonizar sus legislaciones, a raíz de una política común, promoviendo la creación, organización y desarrollo de instituciones regionales encargadas de gestionar los procedimientos de adquisiciones de índole regional, en base a licitaciones y concursos para realizar compras a gran escala.

El debate se centraría no sólo en la estructuración de una política pública regional de compras o en implementar iniciativas comunes entre los países, a menor escala, sino también, en la creación de una normativa de carácter regional o en una armonización de las legislaciones, sin contar con un marco jurídico de referencia o base supranacional, lo que nos llevaría a pensar en instituciones regionales de compra o en la celebración de convenios entre entes públicos de los países, en pro de la celebración de adquisiciones conjuntas, procurando atraer las mejores ofertas de parte de los proveedores.

Siguiendo una metodología descriptiva - analítica de fuentes bibliográficas directas, legislaciones, políticas públicas, planes de desarrollo, así como a través de la sistematización de fuentes documentales, se pretende en este trabajo, analizar su contenido, marco institucional y jurídico en materia de adquisiciones públicas como una política regional centroamericana de desarrollo sostenible de cara al inversionista y a la posible satisfacción de necesidades colectivas de índole regional.

2. BREVE RESEÑA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Los órganos centrales que componen actualmente al SICA, de conformidad al Protocolo de Tegucigalpa (PT) en su artículo 12, son: a. La Reunión de Presidentes (RP); b. El Consejo de Ministros (CM); c. El Comité Ejecutivo (CE); d. La Secretaría General (SG SICA). Forman parte de esta institucionalidad, además, del Parlamento Centroamericano (PARLACEN); La Corte Centroamericana de Justicia (CCJ); y, El Comité Consultivo (CCSICA).

Señala Santana⁵, que los primeros órganos mencionados, se constituyen en un arreglo intergubernamental, por representantes de los Estados Miembros, cada uno de los integrantes, con su propio derecho a voto en los procesos de toma de decisiones. Los segundos son instituciones que tienen un carácter regional pero que poseen limitado contrapeso para las primeras en lo que concierne a la puesta en marcha de las decisiones.

La misma autora⁶ nos sigue diciendo que la evidencia de esta configuración institucional, se desprende del Considerando y los artículos 13, 14 y 15 del PT, que no dejan cabida a contradicción alguna sobre esta afirmación, ya que indican que la Reunión de Presidentes es el órgano supremo del SICA, al que todo el sistema institucional debe dar seguimiento en todas las decisiones adoptadas por este y coordinar su ejecución. Esto se hace aún más evidente de acuerdo a lo planteado por el PT que define a la RP como un órgano de deliberación política, cuya función principal es: Definir y dirigir la política centroamericana, estableciendo las directrices sobre la integración de la región, así como las disposiciones necesarias para garantizar la coordinación y armonización de las actividades de los órganos e instituciones del área y la verificación, control y seguimiento de sus mandatos y decisiones (artículo 15.a PT).

Llegados a este punto, es deber señalar que una novedad que plantea el SICA frente a sus predecesores (ODECA y MCCA) en el proceso de integración, es la figura de la Presidencia Pro Tempore (PPT)⁷ en las que se enmarcan las reuniones de la RP, la cual se encarga a uno de los Estados miembros ejerciéndose de manera consuetudinaria⁸. El Estado que ostenta la PPT se instaura como “vocero” de Centroamérica, como ente articulador político del sistema, durante el semestre posterior

5 SANTANA PAISANO, Diana. “Análisis sistemático y propuestas para la reforma institucional del SICA: Especial referencia al proceso de toma de decisiones y el reparto de competencias de sus órganos centrales”. *Encuentro*, n° 101, p. 15.

6 Ídem.

7 La Presidencia Pro-Tempore (PPT) es la función que ejerce un Estado Parte del SICA, de articulación entre los gobiernos y los órganos e instituciones del Sistema, para el desarrollo continuado de la Agenda de la Integración Regional, durante un período de seis meses según el orden de rotación establecido en este Reglamento. Esta función será ejercida en todos los órganos del SICA (Artículo 2 del Reglamento de la presidencia pro tempore del SICA, 2009) MIRANDA, Otilio. *Derecho de la Comunidad Centroamericana*.

8 Desde el funcionamiento de la RP como órgano del SICA, se ha venido utilizando en la práctica la figura de un presidente de dicho órgano, al que por costumbre se le ha denominado Presidencia *Pro Tempore*. Esta puede definirse como el cargo que ejerce un Estado o Gobierno que es miembro del SICA, durante un período de seis meses, en el tiempo que le corresponde, según el orden de alternancia geográfico de norte a sur, comenzando por Belice y terminando en Panamá, con el fin de hacer posible el funcionamiento de los órganos e instituciones del SICA; especialmente de aquellos en que su función es temporal u no permanente. SALAZAR GRANDE, César. “El poder de decisión en el SICA y la necesidad de una reingeniería de su sistema político”. En: CALDENTEY DEL POZO, Pedro y ROMERO RODRÍGUEZ, José Juan (eds.). *El SICA y la UE: La integración Regional en una perspectiva comparada*.

a la realización de la última reunión ordinaria de presidentes. Es esta institución la que se convino que daría seguimiento a todas las decisiones adoptadas en las cumbres de presidentes y que además coordinaría su ejecución dentro de los traspasos de un país a otro.

Con lo descrito en líneas anteriores, Santana⁹ afirma que, con el SICA, se plantea un modelo integracionista regional centroamericano que parte de la necesidad de instituciones que analicen, fiscalicen y presenten propuestas de acciones regionales conjuntas. Dadas las experiencias de fracaso de los proyectos integracionistas predecesores, en este ámbito, el SICA, se presentó como un nuevo marco institucional, no obstante, desde su inicio la propia institucionalidad mostraba muchas dificultades para ejecutar y administrar adecuadamente su agenda debido a la complejidad y dispersión de la estructura institucional lo que impedía un efectivo cumplimiento de los compromisos comunitarios adquiridos.

Se entiende así al SICA como un modelo de integración, con una estructura u organización, la cual funciona en base a grandes acciones de índole política – económica y social emitidas de su órgano rector, materializadas por una serie de órganos o instituciones regionales, a través de la asignación a las mismas de una serie de competencias o funciones, otorgadas en un protocolo constitutivo y en una serie de normativas o directrices secundarias.

Ese marco juicio – institucional de naturaleza supranacional, prevalece sobre el ordenamiento jurídico e institucional nacional, es una especie de cesión de soberanía en pro de un sistema macro de integración, que promovería el desarrollo sostenible a nivel regional, produciendo efectos individualizados para cada nación.

3. LAS ADQUISICIONES PÚBLICAS EN CENTROAMÉRICA

Todos los países centroamericanos cuentan con un marco legal¹⁰, bajo el cual se regulan sus adquisiciones de bienes y servicios para las

⁹ SANTANA PAISANO, Diana. “Antecedentes y desafíos actuales en la gobernanza de la integración centroamericana”, p. 15.

¹⁰ En El Salvador, se cuenta con la Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública (LACAP) del año 2000, y su reglamento. En Guatemala el Decreto 57 – 92, Ley de Contrataciones del Estado y su reforma por Decreto 46 – 2016. En Costa Rica la Ley de Contrataciones administrativas es la No. 7494 y su reglamento el No. 33411, los cuales pueden consultarse en sus últimas versiones en la web del Sistema Costarricense de Información Jurídica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=24284>. En Honduras, la Ley de Contrataciones del Estado es la estipulada por Decreto 74 – 2001, reglamentada mediante Acuerdo Ejecutivo No. 055 -2002, dichas normativas pueden consultarse en la web de Hondura compras <http://www.honducompras.gob.hn/ONCAE_DIAGRAMA/HTMLB/LCAE.pdf>. Finalmente, la normativa panameña, es la Ley 61 del 27 de septiembre del 2017 que reforma la Ley de Contrataciones Públicas, la cual se puede consultar en la web de Panamá compras <<http://www.panamacompra.gob.pa/Portal/Leyes.aspx>>.

dependencias del Estado, las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y gobiernos locales, algunos como es el caso de Nicaragua, incluso presentan una normativa para regular las compras de la Administración central¹¹ y otra para las locales¹².

Al respecto, Jaime Rodríguez Arana citando a José Antonio Moreno Molina¹³ nos dice que:

Pese a la estabilidad y previsibilidad que debieran caracterizar a este sector del ordenamiento jurídico-público esencial para el adecuado funcionamiento de las Administraciones Públicas así como para la eficaz prestación de servicios a los ciudadanos, la contratación pública ha sido sometida en los últimos años en todos los países de América Latina a un sinnúmero de reformas normativas, impulsadas y planteadas la mayoría de ellas por los legisladores y gobernantes nacionales con el objetivo de simplificar y hacer más eficaz el procedimiento jurídico administrativo de contratación.

Por su parte, Obregón, Villasuso y Herdocia¹⁴, citando a Arozamena y Weinschelbaum, señalan que:

El volumen de transacciones en las que el sector público participa como comprador en todos los países, obliga al buen desempeño de los sistemas de compras para el buen funcionamiento de la economía y el desarrollo, dado que representan porciones sustanciales del producto bruto de cualquier país, incluyendo una variedad de bienes y servicios y, los procesos de adquisición son complejos e incluyen múltiples etapas. El fortalecimiento institucional para gestionar las compras públicas con eficiencia, eficacia y transparencia desafía a los centroamericanos. Los mecanismos de compras públicas difieren, algunos países de la región tienen más tradición en la conducción de las compras públicas y asignan más recursos que otros. A la vez, los recursos financieros que se designan para las compras gubernamentales no son suficientes para cumplir con las demandas de la ciudadanía en inversión pública.

En este marco o visión legal y financiera común de las compras

11 Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público de la República de Nicaragua (Ley No. 737 en adelante), publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del lunes 8 y martes 9 de noviembre del 2010 y su Reglamento, Decreto 75 – 2010, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240 del 15 y 16 de diciembre del 2010. Ambos textos se pueden consultar en la web de Nicaragua compras <www.nicaraguacompra.gob.ni>

12 Ley No. 801 de Contrataciones administrativas Municipales de la República de Nicaragua, La Gaceta, Diario Oficial no. 192, del 9 de octubre del 2012 y su Reglamento, Decreto No. 08 – 2013, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 24, del 7 de febrero del 2013. Ambos textos se pueden consultar en la web de Nicaragua compras <www.nicaraguacompra.gob.ni>

13 RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, 2015, p. 315.

14 OBREGÓN, Doris; VILLASUSO, Ana Marcela; HERDOCIA, Mauricio. *Las regulaciones sobre compras públicas en los tratados de libre comercio de Centroamérica y las MIPYMES*. Red Latinoamericana de Política Comercial, LATN, 2011, p. 13.

públicas centroamericanas, hay que señalar que, aún con ciertas diferencias lógicas, se vive en la actualidad una *especie de armonización legislativa y administrativa*, sobre la base, y con carácter transversal de principios generales¹⁵, bastante comunes, basados, en la libre competencia, la igualdad, la publicidad, transparencia e integridad.

Así mismo, hay una *especie de regulación común en cuanto a los procedimientos a seguir para obtener las mejores ofertas* (tendencia legislativa común), basados en la licitación, compra menor, directa y el concurso¹⁶, con unas etapas y tramitología que los integran, muy parecidos, es decir, una etapa preparatoria, la apertura del procedimiento, la convocatoria, la presentación de ofertas, en base a un pliego de bases y condiciones (Documento de la licitación), la evaluación de las mismas, la adjudicación, formalización del contrato y su ejecución.

Las figuras contractuales¹⁷ no escapan de esa tendencia de armonización, en cuanto a regulaciones comunes, basadas en definiciones de los contratos de obras públicas, suministro de bienes, servicios generales y consultorías, con rasgos similares, cláusulas muy parecidas en su contenido, regulación y finalidad, haciendo énfasis en fenómenos internos o externos al contrato, como la entrada en vigencia del mismo, su finalización, la revisión de precios, su modificación por causales externas (subida de precios del combustible, materiales de construcción), la recepción del objeto contractual, la cesión y subcontratación, entre otras.

En cuanto al marco legal de derechos y obligaciones de las partes es también, con algunas variaciones, de índole muy común, así, en cuanto al contratista, por ejemplo, la ejecución del contrato y la recepción del pago, en cuanto al contratante, la recepción del objeto contractual en tiempo y forma y el pago. Sin olvidar que los sistemas legales centroamericanos, recalcan las prerrogativas estatales, en favor de la modificación unilateral del contrato (*ius variandi*, en porcentajes

15 Así por ejemplo, el art. 6 de la Ley No. 737, regula los principios de eficiencia, publicidad, transparencia, igualdad y libre competencia, integridad, entre otros. La Ley No. 7494, de Costa Rica, entre sus artículos 4 al 6, el de eficacia, eficiencia, igualdad, libre competencia, publicidad. La Ley hondureña, entre sus artículos 5 al 7, los de eficiencia, publicidad y transparencia, igualdad y libre competencia. Por su parte, en el art. 1 de la normativa salvadoreña se hace referencia a los de no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, transparencia, probidad, entre otros.

16 La Ley nicaragüense (No. 737), en su art. 27 estipula la licitación (pública y selectiva), el concurso y la contratación (simplificada y menor). En Costa Rica, su Ley No. 7494, también en su art. 27 regula la licitación pública, la abreviada, las contrataciones (menores y directas). En Honduras, el art. 33 de su Decreto 74 - 2001, estipula la licitación pública, privada, el concurso (público / privado) y la contratación directa. Por su parte, el art. 39 de la normativa salvadoreña, regula la licitación o concurso público, la libre gestión y la contratación directa. *En todas las legislaciones, se utilizan parámetros económicos, cantidad de proveedores u objetos contractuales, para determinar la utilización de uno u otro procedimiento.*

17 Basta consultar, para constatar este hecho, la normativa nicaragüense (Ley No. 737), entre sus artículos 79 al 94. En El Salvador, los artículos 104 al 147 de su Decreto 868. En Costa Rica, los artículos 55 al 79 de su Ley No. 7494.

pre establecidos), la suspensión, resolución o rescisión del contrato, imposición de multas, ejecución de garantías, sin dejar de lado, el ejercicio de un Derecho sancionador y disciplinario, aplicable tanto a los oferentes, contratistas como a los funcionarios públicos respectivamente.

Por su parte, el sistema de garantías y fianzas¹⁸, sigue caminos muy parecidos, al basarse en medios o mecanismos de garantías que acompañan a las ofertas, en pro del mantenimiento de la seriedad de la oferta y con ello evitar una posible huida de los mismos, vaciando de competidores al procedimiento de evaluación, así como medios para garantizar el cumplimiento del contrato y con esto la satisfacción de la necesidad que da origen al procedimiento en sí, en base a las reglas y bases de la contratación, así como al modelo contractual contenido en las mismas, sin olvidar garantías por adelantos y desembolsos previos.

A nivel centroamericano, también, se observa la utilización de métodos alternos de resolución de conflictos, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, como un medio más rápido y eficiente para llegar a arreglos amistosos, evitando así un posible control judicial, más largo, cansado y caro.

No se puede dejar pasar, el hecho de una innovadora regionalización de mecanismos o sistemas electrónicos¹⁹ para la tramitación de los procedimientos de las contrataciones administrativas, en cada uno de los países que integran la región centroamericana, hablamos de sistemas electrónicos, para la inscripción de proveedores, la renovación de sus registros, la actualización de sus datos, la obtención de información referente a los procedimientos (convocatorias, documentos bases de licitación, resoluciones de adjudicación) hasta la remisión de documentos por las partes entre sí (notificaciones electrónicas, solicitudes de aclaraciones, envío de ofertas) e incluso la celebración de trámites conjuntos, sin lugar a dudas, el futuro electrónico de las contrataciones (evaluaciones en línea o por videoconferencias).

En todos los países centroamericanos, las entidades del Poder

18 Al respecto, los artículos 33 y 34 de la Ley Costarricense de la materia (Ley No. 7494) estipula la garantía de participación y la de cumplimiento. En El Salvador, el art. 31 de su Decreto 868, estipula la garantía de mantenimiento de oferta, la de buena inversión de anticipo, la de cumplimiento de contrato. En Nicaragua, la Ley 737, en sus artículos 65 al 69, regula la garantía de seriedad de oferta, la de cumplimiento y la de anticipo.

19 En Nicaragua, por ejemplo, se utiliza el sistema electrónico de contrataciones administrativas (SISCAE), mediante la web de Nicaragua compra: www.nicaraguacompra.gob.ni. En Costa Rica, el COMPRARED, del Ministerio de Hacienda <www.hacienda.go.cr/comprared>. Incluyendo las plataformas de Mercado en Línea o “Merlink”- Proyecto del Programa del Gobierno Costarricense Digital, www.mer-link.go.cr, www.mer-link.co.cr. En Honduras, Sistema de Información de Contratación y Adquisiciones del Estado de Honduras, “HondusCompras” <www.honduscompras.gob.hn>. En El Salvador, el Portal del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones (SIAC), (www.comprasal.gob.sv). En Guatemala, Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (GUATECOMPRA), <www.guatecompras.gt>. Finalmente, en Panamá, el sistema electrónico de Panamá compras: <<http://www.panamacompra.gob.pa>>

Ejecutivo, además de ser las responsables de la administración del sistema de compras, tienen por ley asignado un rol supervisor. Las funciones de fiscalización la realizan las contralorías o cortes de cuenta, cumpliendo un papel de control externo e independiente²⁰.

Como se puede apreciar es indiscutible, una tendencia a la armonización de los sistemas legales de adquisiciones públicas en cada uno de los países centroamericanos, lo cual implica un acercamiento en las bases legales, pero no implica aún, ni la aprobación de una legislación centroamericana común de la materia, ni mucho menos la organización de una estructura ejecutora de los procedimientos de compras públicas, dentro del engranaje estructural del SICA, ni mucho menos, una política común de índole regional, la cual sirva de base a esa legislación, implicando una organización, el ejercicio de competencias y finalidades comunes.

Esa armonización legal, podría implicar un primer paso hacia una política y derecho comunitario en materia de adquisiciones públicas, podríamos ya contar con un primer movimiento, muy importante, por cierto, porque podría implicar un consenso inicial, en los componentes básicos de una legislación regional (principios, procedimientos, tramitología, estructura organizacional, etc.), en pro de solventar necesidades colectivas, con una visión regional, pero desde el punto de vista del Derecho Administrativo, en otras palabras no se está frente a un escenario árido, sino en un campo fértil para presentar propuestas al respecto.

3.1. Especial referencia al DR - CAFTA en materia de contrataciones públicas y su relación con el proceso de integración centroamericana

Como se señaló, al inicio de este artículo, el DR - CAFTA, surge de forma paralela al Sistema de integración centroamericana (SICA), como un tratado de libre comercio suscrito entre los países centroamericanos, República Dominicana y Estados Unidos.

Al respecto, Mauricio Herdocia²¹, nos dice que:

Al constituirse el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), se

²⁰ En materia de transparencia, la Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción del año 2006 estipula, a los países del SICA, implementar las normativas jurídicas en materia de compras públicas en los países que aún no lo han hecho, apoyadas en sistemas eficaces y eficientes, que optimicen y transparenten los procedimientos de las adquisiciones de bienes y servicios por parte del Estado. Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción. Numeral 5. COMISIÓN PARA LA TRANSPARENCIA Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN, "Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción". Disponible en: <<http://www.teg.gob.sv/phocadownload/portal/marconormativo/leyesprincipales/Declaracin%20de%20Guatemala%20para%20una%20Regin%20libre%20de%20Corrupcin.pdf>>

²¹ OBREGÓN, Doris; VILLASUSO, Ana Marcela; HERDOCIA, Mauricio, Op. cit, p. 18.

le dio un importante sesgo hacia el exterior. Se promovió su capacidad de entablar relaciones y vínculos con otros países y bloques de países. En este sentido ha sido práctica regional la suscripción de tratados de libre comercio (TLC), rigiéndose estos instrumentos internacionales por las normas vinculadas al Derecho de los Tratados fundamentalmente, en tanto que el Derecho Comunitario constituye un espacio normativo singular, con normas especiales que los Estados han ido construyendo gradual y progresivamente como parte del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Cuando los países centroamericanos suscriben un TLC, estos dos regímenes entran en convivencia y relación, tocando fronteras comunes como la creación de una zona de libre comercio y otros ámbitos donde preexiste una normativa centroamericana y acuerdos internacionales amplios y desarrollados.

El DR-CAFTA en su sistema de contrataciones públicas es novedoso con relación a otros TLC suscritos por los centroamericanos, al contemplar -en este campo- una triple relación entre las partes, lo que le permite desglosar un régimen de actuaciones inter partes. De esta forma, la pluralidad de partes se subdivide a su vez entre: 1. Normas que se aplican entre los Estados Unidos y cada una de las otras partes. 2. Normas que se aplican entre las partes centroamericanas y 3. Normas que se aplican entre cada parte centroamericana y la República Dominicana. Lo importante aquí es la existencia, posiblemente por primera vez, de un tramo normativo “intrarregional”, dentro de un tratado internacional. Es decir, un “corredor normativo” que rige las relaciones centroamericanas y que se suma a la legislación integracionista preexistente.

Amy Ángel²² señala que dado que el DR-CAFTA es de aplicación multilateral, esto implica que disciplinas que no estaban reguladas por los instrumentos de la integración, ahora forman parte de las relaciones comerciales entre los países centroamericanos, entre ellos el de contratación pública. Por su parte, Anabel González²³ apunta que, la coexistencia de regímenes se presenta por ejemplo, en materia de comercio de bienes; y, que la aplicación exclusiva del DR-CAFTA, ocurre sobre todo en las áreas de contratación pública, inversión, comercio de servicios, propiedad intelectual, laboral y ambiental.

El hecho que el DR-CAFTA contenga normas aplicables al interior de Centroamérica, no significa en modo alguno, ni la sustitución ni la derogación de un régimen por otro; simplemente se está en presencia de la generación de “normativa regional” dentro de un Tratado de libre comercio con un tercer Estado, lo que no afecta y más bien enriquece y

22 ÁNGEL, Amy y HERNÁNDEZ, Noé. *El impacto del DR-CAFTA sobre la integración económica regional*.

23 GONZÁLEZ, Anabel. “La aplicación multilateral del CAFTA y sus implicaciones para la profundización del MCCA”. *III Foro de la Red INTAL de Investigación en Integración (RedInt 2005)*. Washington D.C.: BID/INTAL.

amplía el contenido normativo de la integración.

Es decir, *el DR-CAFTA no constituye un impedimento para que Centroamérica continúe reforzando y ahondando su proceso integracionista*. Más aún, la norma debe entenderse como una puerta abierta a profundizar la integración. En este caso particular, debe tenerse presente que la normativa CAFTA sobre contratación pública ocurre en un espacio donde el proceso no ha generado normativa comunitaria sustantiva, razón por el cual el DR-CAFTA y cualquier otro instrumento internacional -en la medida en que los países centroamericanos lo acepten- pueden enriquecer el patrimonio regional.

Así, el capítulo 9 del Tratado, se refiere a la contratación pública, su objetivo es garantizar que las partes otorguen acceso a los proveedores, bienes y servicios de las otras partes en sus contrataciones públicas. Incluye compromisos sobre el ámbito de aplicación y cobertura, plazos para el proceso de presentación de ofertas, documentos de contratación, especificaciones técnicas, requisitos y condiciones para la participación de proveedores en las contrataciones, procedimientos de contratación, adjudicación de contratos, garantía de integridad en las prácticas de contratación, excepciones a la contratación, revisión nacional de impugnaciones de proveedores y modificaciones y rectificaciones a la cobertura. El capítulo aplica a todas las contrataciones públicas de las partes realizadas por cualquier medio, incluyendo contratos de concesión de obras públicas, y las normas se rigen por los principios de trato nacional y de nación más favorecida.

En dicho Tratado se acordó la obligación de publicar toda legislación que afecte las compras públicas; y poner toda la información a disposición del público. Se convino que no se establecerán especificaciones técnicas que puedan crear obstáculos innecesarios al comercio; por lo que, deben diseñarse en términos de desempeño y basarse en normas internacionales o estándares nacionales reconocidos. Asimismo, se pactó que los contratos deben adjudicarse mediante procedimientos de licitación abiertos. Sin embargo, en ciertos casos las entidades contratantes podrán adjudicar contratos por otros medios distintos, siempre que estos no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales.

En el DR-CAFTA, las partes se comprometen a respetar la libertad de cada uno para desarrollar una nueva política de contratación, siempre y cuando no quebrante lo dispuesto en el capítulo sobre la materia de contratación pública.

Es lógico pensar, que estamos frente a sistemas complementarios, el DR - CAFTA propio del Derecho Internacional, frente al sistema de Derecho Comunitario propio del SICA, que en materia de contrataciones públicas no posee una legislación común, es decir que aquel regula una materia, entre los países centroamericanos y terceros (en este caso

Estados Unidos y República Dominicana), pero en ningún momento constituye un obstáculo, para que los países centroamericanos, *pudiesen crear sus propias normas y políticas o una legislación comunitaria en contrataciones públicas, aplicable entre los países centroamericanos y otros países, en tanto en cuanto, lógicamente no hubiese contradicción con las normativas de un tratado preexistente como sería el DR - CAFTA.*

3.2. Propuesta de una legislación y una política pública regional sobre contrataciones administrativas como un medio de integración centroamericana

Como vimos anteriormente, el art. 15 del Protocolo de Tegucigalpa²⁴ nos dice que: Corresponde particularmente a la Reunión de Presidentes: a) Definir y dirigir la política centroamericana, estableciendo las directrices sobre la integración de la región, así como las disposiciones necesarias para garantizar la coordinación y armonización de las actividades de los órganos e instituciones del área y la verificación, control y seguimiento de sus mandatos y decisiones.

Por su parte, Santos Carrillo²⁵, nos dice que de acuerdo a los patrones institucionales del SICA, corresponde a los distintos Consejos de Ministros sectoriales la materialización de las políticas, que se gestan en el marco de sus secretarías respectivas. Una vez definidas, con la mediación del Comité Ejecutivo, se elevan a la aprobación de la Reunión de Presidentes, que lo hace por consenso. Sin embargo, esta decisión presidencial no conlleva obligatoriedad ni juridicidad subsidiaria. Esta última sólo se establece mediante la aprobación de un reglamento en el seno del Consejo de Ministros sectorial correspondiente, firmada por los Ministros representantes de cada país que esté dispuesto a implementar la política.

En este caso, la publicación en el diario oficial nacional incorpora la política a los marcos jurídicos nacionales. Sin embargo, el SICA no tiene definidas competencias específicas en materia de política, que quedan bajo el control y seguimiento de los gobiernos respectivos una vez han sido incorporados a su sistema político y jurídico. Tampoco dispone de instrumentos financieros que permitan su financiación directa. Hasta entonces, las acciones de políticas aprobadas pueden ser implementadas por iniciativa de las distintas secretarías de los Consejos de Ministros sectoriales del SICA, con la colaboración y el compromiso de los gobiernos, pero no de forma vinculante.

24 SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SIECA). *Protocolo de Tegucigalpa*. Disponible en: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>>

25 SANTOS CARRILLO, Francisco. "El dilema de cumbres de presidentes centroamericanos como artífice del nuevo modelo de integración regional". En: CALDENTHEY DEL POZO, Pedro y ROMERO RODRÍGUEZ, José Juan (Eds.). *El SICA y la UE: La Integración regional en una perspectiva comparada*, p. 37.

Nos sigue diciendo Santos²⁶ que, tras los distintos intentos fallidos de reforma, el “Relanzamiento de la Integración Centroamericana”, un programa impulsado a finales de 2010, consiguió ordenar la agenda y retomar la dinámica de formulación de políticas en torno a cinco ejes, confirmando de esta manera la apuesta por la multidimensionalidad y por los objetivos de desarrollo. Estos ejes fueron el de seguridad democrática, integración económica, integración social, prevención y mitigación de desastres naturales y de efectos del cambio climático y fortalecimiento institucional. En este marco se han conseguido poner en marcha un conjunto de iniciativas de política pública regional, algunas de gran relevancia internacional como la Estrategia de Seguridad de Centroamérica, y de impacto, como la compra conjunta de medicamentos.

Como se puede apreciar *entre esos ejes integradores, lógicamente, no se hace referencia a la posibilidad de la integración normativa en materias propias de Derecho Administrativo, como mecanismos de adquisiciones públicas regionales, tanto a nivel legal como administrativa*, porque se entiende que dichos ejes, son referencias generales de los cuales podrían nacer esas legislaciones comunes e incluso esas políticas regionales, entre las cuales habrá que afirmar no se ha encontrado, entre las diversas que ha puesto en marcha el SICA, una referente a la implementación de un sistema regional de compras públicas, sino que como se ha señalado valiosos, pero particulares intentos, como el de la iniciativa de compra conjunta de medicamentos.

Sobre esta última iniciativa, José Gabriel Villegas y Milagros Cruz²⁷ nos dicen que, en el sector de la salud, el SICA ha adoptado, a partir del mandato presidencial de 2009, procesos de negociación conjunta de precios y compra de medicamentos por medio de la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica (SE-COMISCA). Mediante el proceso de negociación conjunta se ha alcanzado, entre 2012 y 2013, un ahorro de US\$ 20 millones para los servicios públicos de salud de los países participantes, lo cual representa una disminución de 40% en los precios de compra de medicamentos para el conjunto de la región. En 2014, se logró un ahorro aproximado de US\$ 2.9 millones en la negociación de 22 medicamentos, de los que se adjudicaron 13. Como se podrá apreciar esta iniciativa se trató de una especie de acción conjunta entre los países, pero no en base a una legislación común, ni constituye, tampoco una política ya estructurada para regular compras públicas regionales en otras áreas.

Al respecto, hay que señalar que la Estrategia Centroamericana de

26 Ídem.

27 VILLEGAS, José Gabriel y CRUZ, Milagros. “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”. *Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe*. Quito, Ecuador, 15 y 16 de julio de 2015, p. 30.

Compras Públicas 2011-2015, instrumentada por el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP)²⁸, tiene por objetivo: i) la generación de conocimiento de las compras públicas en la región centroamericana; ii) la incorporación de la nueva gestión pública en la actividad de compras del Estado en los países de la región; y iii) la estandarización de normas y procedimientos de compras públicas en la región.

En este contexto de organización y funcionamiento del SICA, y teniendo en cuenta esas experiencias, se puede apreciar, que *la aprobación de una legislación regional, es decir una regulación de Derecho Comunitario en materia de compras públicas, debería de nacer de una decisión de la Reunión de Presidentes, mientras que la política pública, en pro de la ejecución de la misma, podría nacer del Consejo de Ministros, como una propuesta a ser aprobada por la misma Reunión de Presidentes, la cual podría también promover una reforma a la estructura u organización institucional del SICA*, para la ejecución de dicha legislación, de una política regional, en base a la posible creación de órganos ejecutores de índole administrativa por así decirlo, que pudiesen llevar a cabo procedimientos comunes de adquisición a nivel regional, lo cual lógicamente dependería no sólo de la publicación en Diarios o Gacetas nacionales o regionales, sino de una política con partidas presupuestarias y financieras comunes, para la implementación, ejecución y desarrollo de una iniciativa de este tipo a nivel centroamericano.

Esa iniciativa, *implicaría proponer la regionalización de ese primer intento de armonización que están viviendo las legislaciones de cada país centroamericano, en adquisiciones públicas, mediante la aprobación de una posible legislación común, es decir verdadero Derecho Comunitario centroamericano en materia de compras públicas*, con los siguientes lineamientos generales:

- *Objetos y materias excluidas comunes*, es decir las materias que estarán reguladas y excluidas de esta regulación a nivel regional.
- *Principios reguladores básicos y comunes*²⁹, que sirvan de base a un posible sistema centroamericano de compras públicas, por

28 Ídem.

29 Tal y como lo afirman los profesores Rodríguez Arana, Moreno Molina, Jinesta Lobo y Karlos Navarro, si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido los que han hecho posible la elaboración de las normas relativas a las compras públicas para instaurar un verdadero Derecho Administrativo global de la contratación pública. NAVARRO, Karlos; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime; MORENO MOLINA, José Antonio y JINESTA LOBO, Ernesto. *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*, 2011, p. 17. Asimismo, RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. "Los principios del Derecho global de la contratación pública" *Revista de Derecho*, 2016, vol 12, n° 13, p. 201-202.

ejemplo: la transparencia, la igualdad, la libre competencia, la implementación de incentivos, la publicidad, el acceso a información, la integridad, entre otros.

- Órganos regionales adscritos al SICA, con una finalidad normativa e incluso de ejecución de procedimientos de adquisición a nivel administrativo.

- La regulación de un conjunto de derechos y obligaciones de los sujetos contractuales, así como de las prerrogativas exorbitantes³⁰ propias de los entes contractuales o de los regionales en pro del interés público común centroamericano, es decir reglas de resolución, rescisión, modificación, suspensión contractual, entre otras.

- *Procedimientos de licitación y concurso, con una tramitología común*, la cual implique reglas y trámites claros, ordenados y preestablecidos, para promover la libre competencia en pro de la obtención de las mejores ofertas.

- Lo anterior implica una etapa preparatoria (organización de documentos, aspectos presupuestarios, planificación, etc.), una etapa de apertura del procedimiento y convocatoria a los proveedores, una tercera etapa de entrega, apertura y evaluación de ofertas, para finalmente pensar en una etapa de adjudicación y formalización contractual.

- El desarrollo e implementación de *mecanismos comunes de ejecución*³¹, *supervisión y recepción de objetos contractuales*, posteriores a las etapas constitutivas de esos procedimientos.

- La regulación de definiciones y clausulados básicos propios del contenido de contratos administrativos, no digamos a nivel estándar, pero si al menos como un conjunto de reglas comunes para las partes contractuales de índole regional, para evitar interpretaciones antojadizas en la medida de lo posible. Esto nos podría llevar a la creación de documentos básicos o estándar a utilizar e implementar en la formalización contractual.

- Lo anterior podría servir también para pensar en documentos

30 José Luis Meilán Gil sostiene que se predicen en la ejecución de los contratos — sustancialmente, interpretación, modificación, extinción— una vez superada la fase «precontractual» dirigida a la selección del contratista y a la «adjudicación» del contrato. MEILÁN GIL, José Luis. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: Propuesta de revisión”. *Revista de Administración Pública*, 2013, n° 191, p. 12.

31 Gonzalo Rivera nos recuerda que: “La ejecución del contrato administrativo se rige primeramente por las reglas generales aplicables a todo contrato, luego por las reglas específicas propias de la contratación administrativa, así como por las reglas especiales aplicables a determinadas especies de contrato administrativo, y finalmente por las reglas particulares dadas en cada caso por el pliego de condiciones y por el propio contrato celebrado entre la Administración y el co – contratante.” RIVERA, Gonzalo: “La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa”. *Revista de Derecho*, 2016, vol 10, n° 14, p. 106.

estándar de notificación, de presentación de ofertas, de certificados comunes para corroborar la inscripción e incluso la capacidad jurídica y financiera de los proveedores, resoluciones de adjudicación con contenidos al menos formales de índole común, entre otros.

- La implementación de un *sistema electrónico centroamericano de contrataciones administrativas*, que permitiese la inscripción en línea de proveedores regionales, el desarrollo de un sistema de notificaciones electrónicas regional, la formalización mediante firma electrónica regional, entre otros aspectos propios de otra investigación con rasgos administrativo – informáticos.

- Analizar la posibilidad de ejecutar un *sistema de garantías y fianzas*, que permitiesen la utilización de garantías regionales ya sea de índole pecuniario o notarial, tanto para el mantenimiento de la seriedad de las ofertas, como para el cumplimiento de los contratos y la recepción de anticipos, lo cual trasciende de los alcances de este estudio y se convierte en una materia de índole especializado en el ámbito financiero y mercantil.

- Hablar de un posible Derecho Administrativo sancionador o disciplinario regional en el ámbito de las compras públicas.

Esa posible legislación común, sería la base para la organización y ejecución de una *política pública de compras regionales a nivel centroamericano*, la cual podría implicar el mecanismo de ejecución del consenso legislativo ya alcanzado, a través de esa decisión de la Reunión de Presidentes, involucrando una posible reforma de la estructura institucional del SICA, que implicase la creación de una institución regional en materia de compras públicas, con dos competencias principales, la primera de índole normativo, la segunda de carácter ejecutivo, es decir una especie de Unidad normativa de adquisiciones centroamericana y un Área de adquisiciones centroamericana.

Así, la competencia normativa, significaría *la emisión de directrices regionales en pro del acercamiento de las legislaciones internas a lo regulado en la de carácter comunitario*, así como el mantenimiento de esa armonía entre ambos tipos de normas, con la finalidad de conseguir los aspectos propuestos de forma previa.

Mientras que la segunda, poder *ejecutar procedimientos de licitación o concurso con implicancias regionales*, por ejemplo, la construcción de una carretera, de un puente transfronterizo, la adquisición de medicamentos, el suministro de servicios regionales, entre otros más, dejando claro está. la tramitación de procedimientos de adquisición de menor escala en manos de las entidades ejecutoras nacionales de cada país.

En otras, palabras, la construcción de un puente transfronterizo,

como lo fue el puente Santa fe entre Nicaragua y Costa Rica³², se podría realizar mediante la ejecución de un procedimiento regional de licitación pública, el cual implicase, no sólo la construcción del puente, sino también de los acceso fronterizos, para su adecuada utilización, a través de la suscripción previa de un contrato de obra pública regional, lo cual facilitaría la utilización inmediata del puente, y no como sucedió en la realidad, que el mismo no pudo utilizarse, por la falta de construcción del acceso fronterizo por uno de los países. Pensemos, en otros ejemplos, el mantenimiento regional de la carretera panamericana que une a los países centroamericanos o la construcción de mecanismos de conexión eléctrica o de telecomunicaciones, entre otras grandes obras de índole regional.

Otro punto importante, de esa política regional, sería el impulso de *partidas presupuestarias y de financiamiento*, tanto para el funcionamiento de esa posible nueva institución regional, como para el desarrollo de ambas competencias, con la finalidad de implementar las bases para la futura creación de algunas de las propuestas que se han presentado en esta oportunidad, por ejemplo, *el sistema electrónico centroamericano de contrataciones administrativas*³³.

Ese financiamiento, podría, como en toda contratación, someterse a criterios de planificación coherentes con la planificación estratégica de la propia entidad normativa – ejecutora regional, con la finalidad de responder a los objetivos estratégicos, misión y visión de la región en función de los cuales se programarían y efectuarían las adquisiciones y contrataciones centroamericanas, implicando un pensamiento, una labor, una planificación regional, para la obtención de resultados que

32 VÁZQUEZ, Vladimir: “Nicaragua y Costa Rica conectadas por el puente Santa Fe”. *LA PRENSA*. 21 de diciembre de 2013. Disponible en: <<https://www.laprensa.com.ni/2013/12/20/portada/175179-nicaragua-y-costa-rica-conectadas-por-el-puente-santa-fe>>

El periodista Pedro Ortega Ramírez señalaba que “A la par de la construcción del puente el Gobierno de Nicaragua también invirtió en la construcción de un edificio de migración, el que ya está dando atención a los nicaragüenses que viajan hacia o vienen de Costa Rica, incluso a ciudadanos de esa nación. Las modernas oficinas de migración cuentan con áreas de atención, de registro de maletas, entre otras. Estas oficinas son resguardadas por agentes policiales de Nicaragua y del Ejército. Ahora se espera que las autoridades de Costa Rica mejoren las condiciones de infraestructura en su lado, pues solamente existe un puesto de la policía, que funciona principalmente como de vigilancia y no precisamente como oficinas migratorias.” “Puente Santa Fe viene a promover el desarrollo y la integración de Centroamérica”, (en línea) *Diario Digital el 19*, 31 de agosto de 2014. Disponible en: <<https://www.el19digital.com/articulos/ver/titulo:21977-puente-santa-fe-viene-a-promover-el-desarrollo-y-la-integracion-de-centroamerica>>

33 Francisco Uría Fernández, ha sostenido “que si la introducción de las nuevas tecnologías no se limita a aprovechar sus ventajas de intercomunicación (correo electrónico), almacenamiento de información (bases de datos como, por ejemplo, los registros electrónicos de licitadores) y capacidad de difusión de información, sino que, además, provoca una auténtica «reingeniería de procesos» de modo que los procedimientos administrativos de contratación pasen a tramitarse «en la red», de suerte que sus hitos fundamentales sean «visibles» para los interesados, que podrían conocer así, en tiempo real, las decisiones de los órganos competentes, las actuaciones de sus competidores..., se produciría un avance sustancial en materia de transparencia.” URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*, 2004, nº 165, p. 307.

facilitasen el desarrollo sostenible en diversas materias de interés en Centroamérica, como el transporte terrestre y acuático, comercio, vías de acceso, salud y educación, acceso a servicios públicos.

Finalmente, entre diversos aspectos que podría contener esta política, sería fundamental organizar una estrategia de acercamiento tanto a entidades financieras internacionales, como a grandes inversores, con un conjunto de proyectos de índole regional, que pudiesen resultar atractivos, tanto para la obtención del financiamiento como para su ejecución, pero sobre todo para su desarrollo, gestión y mantenimiento a largo plazo, con una visión sustentable³⁴ y de auto sostenibilidad tanto económica, social como ambiental³⁵, lo cual podría implicar la elaboración de una labor investigativa que, también, trasciende los objetivos de este trabajo, es decir una propuesta, abierta al debate, de una legislación y una política pública regional de contrataciones administrativas, como un medio de integración en la región centroamericana.

CONCLUSIONES

La integración centroamericana, como una intención política, económica y social de unir a los pueblos centroamericanos, se convierte en un interesante contexto para la organización de un conjunto de directrices y políticas públicas en diversas materias, que sirvan de horizonte a seguir para el desarrollo sostenible de dicho proceso, *entre las que actualmente no sobresale la de adquisiciones públicas, más que como intentos de convenios entre países o entidades (compra conjunta de medicamentos), para la adquisición de bienes o servicios de forma parcial, pero no como una política conjunta, como un esfuerzo unificador de acciones y gestiones, bajo un sistema de consenso, para lograr mayores niveles de eficiencia y eficacia en la satisfacción de necesidades colectivas comunes más allá de las fronteras que nos dividen.*

En este contexto se pudo encontrar que figuras propias del Derecho Internacional, como el Tratado (DR - CAFTA), el cual contiene reglas que regulan las compras públicas entre los países centroamericanos y

34 Victoria Belástegui nos dice que: “Las compras públicas sustentables se definen como “el proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, obras y servicios públicos obteniendo el ‘mejor valor por el dinero gastado’ en términos de generación de beneficios no sólo para la organización sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimizan los daños al ambiente. (Definición adoptada por el Grupo de Trabajo Internacional en Compras Públicas Sustentables en base a la política de SPP del Reino Unido, 2006)”, BELAUSTEGUI, Verónica, *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo*, Red Interamericana de compras gubernamentales No. 3, BID – Universidad de San Martín, 2011, p. 10.

35 Así, se ha definido la necesidad de desarrollar un plan de acción a nivel regional que incluya específicamente las compras públicas con criterios ambientales (compras “verdes” o *Green procurement*) y promueva criterios y metas de desempeño ambiental. Ver: European Council. Brussels European Council – Presidency Conclusions, 23-24 March 2006, <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/89013.pdf>

terceros (Estados Unidos), *forma un sistema paralelo y complementario al Derecho Comunitario centroamericano, sin impedir el desarrollo de una legislación y política común en materia de contrataciones públicas a nivel regional*, en relación con otros países, sin que lógicamente, contradigan las normas contenidas en dicho tratado.

Se puede apreciar, de la simple consulta de las legislaciones de adquisiciones o compras públicas de cada país centroamericano, *una tendencia de armonización legislativa*, en cuanto a unificación de objetos y materias excluidas, así como en los principios inspiradores (Transparencia, publicidad, competitividad, entre otros), en los órganos administrativos que emiten normativas o gestionan las adquisiciones, sin olvidar la regulación de los trámites (convocatorias, elaboración de pliegos, presentación de ofertas, evaluación de las mismas, adjudicación) más o menos unificados, que integran los procedimientos de compra (licitaciones y concursos), así como el contenido y cláusulas generales de algunos contratos (obra pública, suministro de bienes, servicios, consultorías).

Lo anterior implica un significativo esfuerzo, un gran avance, hacia *sistemas homogéneos y estándares de adquisiciones públicas regionales*, con el ánimo de adaptarnos a iniciativas de gestión de buenas prácticas, procurando elevar los niveles de transparencia, eficiencia y confianza, los cuales podrían ser el punto de partida, el origen, de una política pública común, de los tomadores de decisiones a nivel centroamericano, tanto desde el punto de vista administrativo, técnico como comunitario, *para la formulación de una directriz o política pública regional en adquisiciones públicas*, la cual implique un paso más allá de la armonización legislativa.

Esa política pública podría implicar la aprobación de una *normativa o legislación común en adquisiciones públicas, es decir Derecho Comunitario de compras públicas*, para regular entidades administrativas, propias de la estructura organizacional del SICA (Unidad normativa de adquisiciones centroamericana, Área de adquisiciones centroamericana), las cuales se encarguen, de regular, gestionar y ejecutar procedimientos de compra, en un primer momento de ciertos bienes y servicios de interés común (medicamentos, servicios aduaneros) o la construcción de obras generales (carreteras, interconectado energético, puestos fronterizos), para luego en un segundo gran momento y con una visión de futuro, crear un *sistema común de compras públicas de índole regional e incluso supranacional*, partiendo de una norma común, a la cual se adapten las normas internas, una organización propia del SICA como la señalada, sin olvidar procedimientos y documentos estándar (contratos, trámites) de índole regional.

Se trata de una propuesta que trasciende la armonización de normas, principios, órganos y procedimientos, que se podría estar viviendo actualmente en Centroamérica, *para llegar a un sistema*

centroamericano de compras públicos general, sin lugar a dudas, se visualiza como una propuesta de futuro, con un contexto ya existente, con esfuerzos iniciales, el cual tendría que ser sometido a estudios de factibilidad, de índole presupuestario, técnico – administrativo, partiendo de la definición de una política común, producto del consenso originado en la convicción general de que sería el mecanismo regional para enfrentar necesidades colectivas propias de todos los países que integran el SICA (combatir enfermedades, adquirir servicios informáticos educativos, la falta de caminos y carreteras para sacar la producción, mejorar las telecomunicaciones).

Se ha tratado en esta oportunidad de brindar un acercamiento al contexto de la integración centroamericana, respecto a la temática de las adquisiciones públicas, aportando una propuesta de política pública, basada en una normativa común, con una organización administrativa y procedimental, dentro de la estructura del SICA, con una visión constructiva y de futuro, lógicamente sometida a los aportes y señalamientos correspondientes, los cuales desde ya son bienvenidos, en pro de una integración profunda en un campo de interés propio del Derecho Administrativo, como son las adquisiciones públicas.

Al respecto, Rocío Pérez³⁶ nos recuerda los versos de Rubén Darío, en “Salutación del optimista”, los cuales podrían ser de inspiración para esta o cualquier otra propuesta que nos lleve a profundizar cada vez más la unión de nuestros pueblos centroamericanos, en una sola región:

Únanse, brillen, secúndense tantos vigores dispersos;
formen todos un solo haz de energía ecuménica.
Sangre de Hispania fecunda, sólidas, ínclitas razas,
muestren los dones pretéritos que fueron antaño su triunfo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL, Amy y HERNÁNDEZ, Noé. *El impacto del DR-CAFTA sobre la integración económica regional*. El Salvador: Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas, 2004.

BELAUSTEGUI, Verónica. *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo*, Red Interamericana de compras gubernamentales. Universidad de San Martín, 2011, n° 3.

CALDENTÉY DEL POZO, Pedro. “Panorama de la integración centroamericana: dinámica, intereses y actores”. En: CALDENTÉY DEL POZO y ROMERO RODRÍGUEZ (Eds.). *El SICA y la UE: La Integración regional en una perspectiva comparada*. Córdoba, España: Fundación

36 PÉREZ DE TULEDA, Rocío Oviedo. El difícil camino de la paz: el pensamiento político de Rubén Darío. “Zama: Extraordinario Rubén Darío”, p. 218.

ETEA, 2010, p. 223-258. Disponible en: <<http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2010/04595.pdf>>

COMISIÓN PARA LA TRANSPARENCIA Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN. *Declaración de Guatemala para una región libre de corrupción*. Disponible en: <<http://www.teg.gob.sv/phocadownload/portal/marconormativo/leyesprincipales/Declaracin%20de%20Guatemala%20para%20una%20Regin%20libre%20de%20Corrupcin.pdf>>

COSTA RICA. Ley 7494, Ley de contratación administrativa, del 2 de mayo de 1995, reformada parcialmente por la Ley N° 8511 de 16 de mayo de 2006. *La Gaceta* N° 128 de 4 de julio del 2006.

EUROPEAN COUNCIL. Brussels European Council – Presidency Conclusions. Brussels, 2006. Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/89013.pdf>

EL SALVADOR. Decreto No. 868, Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública (LACAP), 15 de mayo del año 2000, Diario Oficial n° 88.

GONZÁLEZ, Anabel. “La aplicación multilateral del CAFTA y sus implicaciones para la profundización del MCCA”. *III Foro de la Red INTAL de Investigación en Integración (RedInt 2005)*. Washington D.C.: BID/INTAL.

GUATEMALA. Decreto No. 57 – 92, Ley de Contrataciones del Estado, reformada por el Decreto 46 – 2016. Disponible en: <<https://www.guatecompras.gt/info/legislacion.aspx>>

GUATE COMPRAS. “Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (GUATECOMPRA)”, Disponible en: <www.guatecompras.gt>

HONDURAS. Decreto 74 – 2001, Ley de Contratación del Estado. *Gaceta* No. 29, 583 del 17 de septiembre de 2001.

HONDU COMPRAS. “Ley de Contrataciones del Estado”. Disponible en: <http://www.honducompras.gob.hn/ONCAE_DIAGRAMA/HTMLB/LCAE.pdf>

MAZA, Emilio. *Sistema de derecho comunitario centroamericano. (Teoría general, fuentes e instituciones)*. Guatemala: Lito proa-Guatemala. Cultural centroamericana, 1970.

MEILÁN GIL, José Luis. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: Propuesta de revisión”. *Revista de*

Administración Pública, 2013, n° 191, p. 11-41.

MIRANDA, Otilio. *Derecho de la Comunidad Centroamericana*. Ciudad de Guatemala: Editorial Cara Parens de la Universidad Rafael Landívar, 2013.

NAVARRO, Karlos; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime; MORENO MOLINA, José Antonio y JINESTA LOBO, Ernesto. *Derecho Internacional de las contrataciones administrativas*, San José: Ediciones Guayacán, Konrad Adenauer Stiftug, 2011.

NICARAGUA. Ley No. 737, Ley de contrataciones administrativas del Sector Público. La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del lunes 8 y martes 9 de noviembre del 2010.

NICARAGUA COMPRAS. *Sistema electrónico de contrataciones administrativas del Sector Público (SISCAE)*. Disponible en: <www.nicaraguacompra.gob.ni>

OBREGÓN, Doris; VILLASUSO, Ana Marcela; HERDOCIA, Mauricio (2011) *Las regulaciones sobre compras públicas en los tratados de libre comercio de Centroamérica y las MIPYMES*. Red Latinoamericana de Política Comercial, LATN. Disponible en: <<https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/handle/10625/48705>>

PÉREZ DE TULEDA, Rocío Oviedo. “El difícil camino de la paz: el pensamiento político de Rubén Darío”. *Zama: Extraordinario Rubén Darío*, p. 217–226. Disponible en: <<http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/zama/article/viewFile/3421/3146>>

“Puente Santa Fe viene a promover el desarrollo y la integración de Centroamérica”. *Diario Digital el 19*, 31 de agosto de 2014. Disponible en: <<https://www.el19digital.com/articulos/ver/titulo:21977-puente-santa-fe-viene-a-promover-el-desarrollo-y-la-integracion-de-centroamerica>>

RIVERA, Gonzalo: “La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa”. *Revista de Derecho*, 2016, vol 10, n° 14, p. 65-110.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “Los principios del Derecho global de la contratación pública”. *Revista de Derecho*, 2016, vol 12, n° 13, p. 189 – 217.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Madrid, España: Editorial Comares, INAP, 2015.

SALAZAR GRANDE, César. “El poder de decisión en el SICA y la necesidad de una reingeniería de su sistema político”. En: CALDENTY

DEL POZO, Pedro y ROMERO RODRÍGUEZ, José Juan (Eds.). *El SICA y la UE: La integración Regional en una perspectiva comparada*. Córdoba, España: Fundación ETEA, 2010. p. 223-258. Disponible en: <<http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2010/04595.pdf>>

SANTANA PAISANO, Diana. “Análisis sistemático y propuestas para la reforma institucional del SICA: Especial referencia al proceso de toma de decisiones y el reparto de competencias de sus órganos centrales”. *Encuentro*, n° 101, p. 17-38. Disponible en: <<http://www.revistasnicaragua.net.ni/index.php/encuentro/article/view/2806>>

SANTANA PAISANO, Diana. “La singularidad del marco jurídico e institucional del SICA. Características y desafíos actuales.” [Tesis de doctorado]. Universidad de Loyola Andalucía, España, 2018.

SANTANA PAISANO, Diana. “Antecedentes y desafíos actuales en la gobernanza de la integración centroamericana”. [Tesis de doctorado]. Universidad de Loyola Andalucía, España, 2018.

SANTOS CARRILLO, Francisco. “Los modos de las políticas de la integración centroamericana”. *Revista de Derecho*, 2016, n° 20, p. 31-46.

SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SIECA). *Protocolo de Tegucigalpa*. Disponible en: <<http://www.sice.oas.org/trade/sica/SG121391.asp>>

SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley de contratación administrativa. Disponible en: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=24284>

SUÁREZ ULLOA, Max y MARÍN CORRALES, Dúnnia. “La ODECA: intento de integración política centroamericana”. En: SOTO ACOSTA, Willy y SUÁREZ ULLOA, Max (Eds.). *Centroamérica: casa común e integración regional*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2014, p. 47-59. Disponible en: <http://eeas.europa.eu/archives/delegations/nicaragua/documents/press_corner/publications/20150407_01_es.pdf>

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*, 2004, n° 165, p. 297-325.

VÁZQUEZ, Vladimir. “Nicaragua y Costa Rica conectadas por el puente Santa Fe”. *La Prensa*. 21 de diciembre de 2013. Disponible en: <<https://www.laprensa.com.ni/2013/12/20/portada/175179-nicaragua-y-costarica-conectadas-por-el-puente-santa-fe>>

VILLEGAS, José Gabriel y CRUZ, Milagros. “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”. *Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe*. Quito, Ecuador, 15 y 16 de julio de 2015.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Juan Bautista Arrién Somarriba es Doctor en Derecho Público, con especialidad en Derecho Administrativo, por la Universidad San Pablo, CEU, Madrid, España. Licenciado en Derecho (Universidad Centroamericana UCA - Nicaragua). Profesor titular de Derecho Administrativo. Coordinador de la Maestría en Derecho de las Contrataciones y del Doctorado en Cuestiones actuales del Derecho (UCA - Nicaragua). Profesor en la Maestría de Derecho Empresarial (UCA Nicaragua y El Salvador).

A BOA ADMINISTRAÇÃO MORREU, VIVA A BOA ADMINISTRAÇÃO! A INUSITADA VINCULAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS AO PADRÃO DE BOA ADMINISTRAÇÃO DECORRENTE DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: UM COMENTÁRIO AO CASO ISPAS

¡LA BUENA ADMINISTRACIÓN MURIÓ, VIVA LA BUENA ADMINISTRACIÓN! LA HERMÉTICA VINCULACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL ESTÁNDAR DE BUENA ADMINISTRACIÓN DERIVADO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN COMENTARIO AL CASO ISPAS

*Sophie Perez Fernandes**

Resumo: Desde a consagração do “direito a uma boa administração” na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) que o interesse pela temática da boa administração na ordem jurídica da União Europeia tem recebido alento renovado. Isto, pese embora as dificuldades trazidas à luz do dia pelos contornos específicos da disposição normativa em causa – o artigo 41º CDFUE. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o debate conheceu discreto, mas, porventura, terminante desenvolvimento no acórdão Ispas. Através de uma leitura conjunta do acórdão com as Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Michal Bobek no quadro do mesmo processo, o presente texto procura contextualizar o caso Ispas à luz do enquadramento do exercício da função administrativa da União pelas autoridades administrativas dos Estados-Membros e, em particular, da problemática resultante da não inclusão dos Estados-Membros no âmbito de aplicação do artigo 41º CDFUE relativo ao “direito a uma boa administração”.

Resumen: Desde la consagración del “derecho a una buena administración” en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el

* Universidade do Minho, Portugal.
E-mail: sophiep@direito.uminho.pt
Recibido: 28/02/20168. Aceptado: 05/06/2018.

interés por la temática de la buena administración en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ha recibido un aliento renovado. Esto, sin perjuicio de las dificultades planteadas a la luz del día por los contornos específicos de la disposición normativa de que se trata, el artículo 41 CDFUE. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el debate ha conocido discreto, pero, quizá, terminante desarrollo en la sentencia Ispas. A través de una lectura conjunta de la sentencia con las Conclusiones presentadas por el Abogado General Michal Bobek en el marco del mismo proceso, el presente texto pretende contextualizar el caso Ispas a la luz del encuadramiento del ejercicio de la función administrativa de la Unión por las autoridades administrativas de los Estados miembros y, en particular, de la problemática resultante de la no inclusión de los Estados miembros en el ámbito de aplicación del artículo 41 CDFUE relativo al “derecho a una buena administración”.

Palavras-chave: Direito da União Europeia, Boa administração, Direitos de defesa, Direitos fundamentais, Autonomia administrativa

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, Buena administración, Derechos de defensa, Derechos fundamentales, Autonomía administrativa

1. INTRODUÇÃO. A SUBTILEZA DE UM SILÊNCIO EXPRESSIVO

Em trabalho anterior, a lição pessoaana serviu de inspiração para um esforço de hermenêutica jurídica europeia a propósito da boa administração¹. O objetivo do trabalho havia sido o de proceder a um exercício prático de interpretação jurídica num contexto de interconstitucionalidade – um exercício de intersemioticidade² – tendo por objeto as diferentes expressões normativas em matéria de boa administração decorrentes da ordem jurídica da União e da ordem jurídico-constitucional portuguesa – que, na ocasião do escrito, celebravam três décadas de entrelaçamento –, promovendo um diálogo interativo e construtivo de ordens jurídicas tendente à articulação reflexiva de uma unidade de sentido que não desvirtuasse, contudo, a autonomia constitucional de nenhuma das ordens jurídicas integrantes do todo.

Não será aqui repetido semelhante exercício. Mas um recente pronunciamento do Tribunal de Justiça³ relevante em sede de boa

1 PEREZ FERNANDES, Sophie. “A boa administração nas ‘calhas de roda’ dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – ‘Gira, a entreter a razão’...?”. *UNIO – EU Law Journal*, 2017, vol 3, nº 1, p. 95-113 [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/46588>>

2 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 277-279.

3 Desde setembro de 2016, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), uma das instituições da União (artigo 13º TUE), integra duas jurisdições (artigo 19º, nº 1, TUE): o Tribunal de Justiça (TJ) e o Tribunal Geral (TG), antigo Tribunal de Primeira Instância (TPI) – o texto refere-se à primeira destas jurisdições. No quadro da reforma da arquitetura jurisdicional

administração evocam as inspiradoras palavras de Álvaro de Campos também destacadas naquele trabalho:

Há duas formas de dizer – falar e estar calado. As artes que não são a literatura são as projeções de um silêncio expressivo. Há que procurar em toda a arte que não é a literatura a frase silenciosa que ela contém (...)⁴.

O acórdão *Ispas* prolatado pelo Tribunal de Justiça em novembro de 2017⁵ confirma a boa administração como caso paradigmático de silêncio expressivo na ordem jurídica da União Europeia. O acórdão é, em si mesmo, relativamente linear. É da sua leitura conjunta com as Conclusões do Advogado-Geral Michal Bobek⁶ que se revela tudo o que ficou por dizer em matéria de boa administração.

O processo (principal) na origem no pedido de decisão prejudicial⁷ formulado pela *Curtea de Apel Cluj*, Tribunal de Recurso de Cluj, Roménia, respeitava à situação fiscal dos cônjuges Ispas: uma inspeção fiscal revelou que não haviam cumprido no período 2007-2011 as suas obrigações de declaração em matéria de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) – domínio da fiscalidade abrangido pelo âmbito de aplicação do direito da União⁸. Em consequência, a Direção-Geral das Finanças Públicas de *Cluj* notificou os cônjuges Ispas dos montantes a pagar. Inconformados, estes impugnam os atos de liquidação de que foram destinatários perante o órgão jurisdicional nacional de reenvio, alegando a violação dos seus direitos de defesa – em particular, do direito de acesso ao processo – durante o procedimento (administrativo) de inspeção fiscal. Instado pelos recorrentes, a *Curtea de Apel Cluj* questionou o Tribunal de Justiça a respeito da compatibilidade da prática nacional em causa com os direitos de defesa tal como protegidos pelo direito da União⁹.

No acórdão, o Tribunal de Justiça confirma, num primeiro momento, que a situação em causa, na medida em que está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deve ser apreciada à luz do respeito dos direitos de defesa enquanto princípio geral do direito da União. Assim, quando um Estado-Membro sujeita os contribuintes

da União, o Tribunal da Função Pública, criado em 2004, cessou as suas atividades em 1 de setembro de 2016, tendo as suas competências sido transferidas para o Tribunal Geral.

4 PESSOA, Fernando (Álvaro de Campos). “Outra Nota ao Acaso”. *Presença*, 1936, nº 48.

5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 9 de novembro de 2017, *Ispas*, Processo C-298/16, EU:C:2017:843. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-298/16&td=ALL>>

6 BOBEK, Michal. Conclusões de 7 de setembro de 2017. *Ispas*, Processo C-298/16, EU:C:2017:650. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-298/16&td=ALL>>

7 Cfr. artigo 267º TFUE.

8 Cfr., em especial, a Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, JO L 347 de 11.12.2006, p. 1-118.

9 Cfr. acórdão *Ispas*. Op. cit., considerando 9-19.

a um procedimento de inspeção fiscal para garantir a cobrança da totalidade do IVA devido no seu território e de lutar contra a fraude, deve igualmente garantir o respeito dos direitos de defesa tal como protegidos pelo direito da União¹⁰. Depois, recorda que, na falta de regulamentação da União na matéria, a situação está igualmente abrangida pelo princípio da autonomia (administrativa) dos Estados-Membros¹¹, cabendo por isso à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar os órgãos (administrativos) competentes e definir as regras (procedimentais) aplicáveis à execução do direito da União a nível interno. A aplicação do direito nacional às situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União ao abrigo deste princípio da autonomia está, contudo, duplamente condicionada ao respeito pelos princípios da equivalência e da efetividade, não podendo as regras de direito nacional aplicáveis ser menos favoráveis do que as previstas para pretensões semelhantes de natureza interna, nem tornar na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União¹². É à luz deste princípio da efetividade que o Tribunal de Justiça conclui que o princípio geral do direito da União do respeito dos direitos de defesa exige que, nos procedimentos administrativos relativos à inspeção e à determinação da matéria coletável do IVA, os particulares devem ter a possibilidade de obter a comunicação, a seu pedido, das informações e dos documentos que integram o processo administrativo e que a autoridade pública tomou em consideração quando adotou a sua decisão. Mas, esclarece ainda, não impõe uma obrigação geral de i) facultar o acesso integral ao processo, pois objetivos de interesse geral, como proteger as exigências de confidencialidade ou de segredo profissional, podem justificar restrições ao acesso a certas informações e documentos, ii) nem de comunicar oficiosamente os documentos e as informações em que se baseia a decisão prevista¹³ – o que era *in casu* pretendido pelos recorrentes.

Considerando a princiologia desenvolvida pelo Tribunal de Justiça sob a alçada do princípio da cooperação leal¹⁴ que enquadra a atuação das administrações públicas dos Estados-Membros na sua qualidade de administração da União de direito comum¹⁵, o *iter*

10 Cfr. acórdão *Ispas*. Op. cit., considerandos 26-27.

11 Entre nós, e com especial enfoque na dimensão administrativa do princípio e das suas condições, cfr., PRATA ROQUE, Miguel. *Direito Processual Administrativo Europeu: a convergência dinâmica no Espaço Europeu de Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 66-88; QUÁDROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 648-652; e PEREZ FERNANDES, Sophie. “Administração Pública”. Em: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, e MADEIRA FROUFE, Pedro (Eds.). *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 106-113.

12 Cfr. acórdão *Ispas*. Op. cit., considerandos 28-29.

13 Cfr. acórdão *Ispas*. Op. cit., considerandos 31-39.

14 Cfr. artigo 4º, nº 3, TUE.

15 Aproveitando a expressão utilizada pelo então TPI referindo-se, contudo, ao juiz nacional

cognoscitivo seguido no acórdão *Ispas* é relativamente simples e direto, diríamos até clássico – sem prejuízo de um q.b. atualista minimalista como se verá adiante. A asserção é, em especial, suportada pelo facto de a expressão “boa administração” sequer figurar do texto do acórdão. Apenas consta do elenco das palavras/expressões chave que introduzem o acórdão – “Direito a uma boa administração e direitos de defesa”. Outra omissão significativa é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Se o Tribunal de Justiça esclarece de entrada que a situação em causa no processo principal está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, não refere, contudo, a consequência daí decorrente – qual seja: a aplicação da CDFUE nos termos do seu artigo 51º, nº 1¹⁶, em conformidade com a interpretação jurisprudencial que tem vindo a ser desenvolvida a respeito desta disposição¹⁷ – nomeadamente aquela inaugurada no acórdão *Fransson*¹⁸. Este apenas é mencionado a propósito do domínio material específico do direito da União em causa no processo principal (IVA)¹⁹, e não a respeito da construção jurisprudencial em torno da aplicabilidade do direito da União para efeitos de aplicação da CDFUE aos Estados-Membros no quadro do qual o acórdão *Fransson* reveste contornos de cunho quase doutrinário²⁰. Destaca-se, para os propósitos do argumento aqui tecido, a fórmula expeditiva aí estreada: “A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos

– cfr. TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak*, Processo T-51/89, EU:T:1990:41, considerando 42. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-51/89&td=ALL>>. Também qualificando as administrações públicas nacionais como “administrations communes du système européen” ou “sujets européens communs”, CHITI, Mario. “Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible”. Em: AUBY, Jean-Bernard, e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Traité de droit administratif européen*. 2ª ed. Bruxelas: Bruylant, 2015, p. 870 e 871.

16 Assim dispõe o artigo 51º, nº 1, CDFUE a respeito do âmbito de aplicação da CDFUE: “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União”.

17 Na doutrina, cfr., entre outros, WARD, Angela. “Article 51”; e LENAERTS, Koen, e GUTIÉRREZ-FONS, José António. “The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”. Em: PEERS, Steve, *et al.* (Eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 1413-1454 e p. 1566-1568, respetivamente; SARMIENTO, Daniel. “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”. *Common Market Law Review*, 2013, vol 50, p. 1267-1304; e, entre nós, SILVEIRA, Alessandra, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”. Em: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, e MADEIRA FROUFE, Pedro (Eds.). *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 51-67.

18 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Fransson*, Processo C-617/10, EU:C:2013:105, considerando 17-23 e 29. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-617/10&td=ALL>>

19 Cfr. acórdão *Ispas*. Op. cit., considerando 27.

20 PEREZ FERNANDES, Sophie. *A proteção dos Direitos Fundamentais pelo Direito da União Europeia - da Carta aos Estados, o enigma da Esfinge*. S.l.: CIEJD, 2017, p. 57-160. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/53241>>

fundamentais garantidos pela Carta”²¹.

Em contrapartida, nas suas Conclusões, o Advogado-Geral Michal Bobek identifica de entrada o “verdadeiro problema” suscitado no caso concreto, o qual, se bem que tratado em primeiro lugar no acórdão que viria a ser prolatado pelo Tribunal de Justiça, não o foi até às últimas consequências – qual seja: “saber se o potencial (não) acesso a um processo administrativo e/ou aos documentos nele contidos no âmbito dos procedimentos nacionais de cobrança do IVA está abrangido pelo âmbito do direito da União, desencadeando assim a aplicabilidade da Carta?”²². É assim que Michal Bobek não se limita a considerar o respeito pelos direitos de defesa enquanto princípio geral do direito da União – como viria a “dizer” o Tribunal de Justiça –, mas também enquanto componente integrante do direito a uma boa administração consagrado no artigo 41º CDFUE – como viria a “calar” o Tribunal de Justiça. A leitura do acórdão *Ispas* conjugada com as Conclusões apresentadas por Michal Bobek revelam, continuando com as palavras de Álvaro de Campos, a “frase silenciosa” do acórdão em matéria de boa administração, um “silêncio expressivo” carregado de sentido pois sintomático da hermética vinculação dos Estados-Membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União – é o que o presente texto procurará desvendar.

2. A CDFUE E AS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS DOS ESTADOS-MEMBROS. UM MODELO DE INTEGRAÇÃO ADMINISTRATIVA POR VIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. A CDFUE como integrante do bloco de juridicidade que vincula as administrações públicas dos Estados-Membros

Da mesma forma que Cunha Rodrigues afirmou a respeito da ordem jurídica da União, em geral, e, em especial, da justiça da União, também a administração da União não reside em Bruxelas ou no Luxemburgo, antes “[habita] em cada um dos Estados-membros”²³. É, a propósito, amplamente destacada a natureza intersistemática, compósita ou multinível característica do exercício da função administrativa da União, função assegurada quer pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União, como pelas autoridades administrativas dos Estados-Membros – assim concebidos como organismos codependentes²⁴ da autoridade administrativa da União considerada no seu todo²⁵. Mas é

21 Cfr. acórdão *Fransson*. Op. cit., considerando 21.

22 BOBEK, Michal, Conclusões *Ispas*. Op. cit., considerando 4.

23 CUNHA RODRIGUES, José Narciso. *As novas fronteiras do Direito*. Porto: Instituto da Conferência – Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2006, p. 53.

24 SCHWARZE, Jürgen. *Droit Administratif Européen*. 2ª ed. Bruxelas: Bruylant, 2009, p. I-67.

25 ZILLER, Jacques. “L'autorité administrative dans l'Union européenne”. Em: AZOULAI, Loïc e BURGORGUE-LARSEN, Laurence (Eds.). *L'autorité de l'Union européenne*. Bruxelas:

igualmente inegável o protagonismo dos Estados-Membros na aplicação (administrativa) do direito e das políticas da União: esta opera, por via de regra, “com e através das administrações dos Estados-Membros”²⁶, uma “opção pelo realismo”²⁷ inscrita no código genético do processo de integração europeia²⁸.

As administrações públicas dos Estados-Membros são, assim, o “braço armado”²⁹ da União e a “espinha dorsal”³⁰ do respetivo sistema administrativo compósito ou multinível. Do direito da União decorrem para estas, nos mais variados domínios, títulos atributivos de competências, critérios vinculativos de decisão, princípios orientadores de ação e de decisão no exercício de competências discricionárias, formalidades procedimentais a seguir, mecanismos e fundamentos de controlo da sua atuação – isto para além das modificações operadas em sede de organização administrativa³¹. Nestas vestes de administração funcionalmente europeia, as autoridades administrativas dos Estados-Membros devem (i) aplicar as disposições do direito da União diretamente aplicáveis, (ii) aplicar as disposições do direito nacional que asseguram a transposição do direito da União para o ordenamento jurídico interno e, em qualquer caso, mesmo fora destas duas constelações, (iii) aplicar as disposições do direito nacional em conformidade com o direito da União pertinente quando a situação em mãos integre o âmbito de aplicação do direito da União³². O direito da União integra deste modo o bloco de juridicidade que vincula as administrações públicas dos Estados-Membros, “penetra[ndo] no interior dos Direitos Administrativos nacionais”³³, alterando-os, condicionando a sua criação, orientando a sua interpretação, ajustando a sua aplicação, obrigando, inclusivamente, as autoridades administrativas nacionais a ter um “olhar crítico”³⁴ sobre

Bruylant, 2006, p. 122.

26 CRAIG, Paul. *EU Administrative Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 4.

27 MEHDI, Rostane. “L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif”. Em: AUBY, Jean-Bernard e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Droit Administratif Européen*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 693.

28 MONNET, Jean. *Mémoires*. Paris: Fayard, 1976, p. 436.

29 HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. “Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit: mécanismes de droit administratif (contrôles, sanctions)”. Em: AUBY, Jean-Bernard, e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Droit Administratif Européen*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 775.

30 PRATA ROQUE, Miguel. Op. cit., p. 102.

31 Cfr., entre nós, OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457-487 e 743-748.

32 Distinguindo estas “três constelações” de “implementação” do direito da União pelas administrações dos Estados-Membros, HOFMANN, Herwig; ROWE, Gerard e TÜRK, Alexander. *Administrative Law and Policy of the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 643-644.

33 QUADRÓS, Fausto de. Op. cit., p. 633.

34 LÉGER, Philippe. Conclusões de 8 de abril de 2003, Köbler, Processo C-224/01, EU:C:2003:207, considerando 59 (referindo-se ao juiz nacional). [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-224/01&td=ALL>>

as soluções de direito interno a fim de assegurar, antes da sua concreta aplicação, a sua conformidade com o direito da União.

Nessa medida, as administrações públicas dos Estados-Membros atuam como a *administração da União de direito comum*. A valia da expressão é primeiramente descritiva – deste protagonismo das administrações públicas dos Estados-Membros enquanto “executivos naturais”³⁵ das políticas e do direito da União, sendo-lhes confiada, em primeira linha (artigo 291º TFUE³⁶), a execução do direito da União enquanto missão “essencial para o bom funcionamento da União” e “matéria de interesse comum” (artigo 197º TFUE³⁷). Mas é principalmente explicativa – da posição jurídica das administrações públicas dos Estados-Membros no sistema administrativo integrado da União: sem deixarem de integrar o respetivo sistema administrativo nacional, a sua atuação nas vestes de administração da União de direito comum é regida pelo direito da União e, na falta deste, pelo direito nacional no respeito pelo direito da União, o que implica atender aos critérios próprios ditados por este³⁸. Assim é porque, numa União de Direito³⁹, importa que o exercício da função administrativa – e a proteção do administrado que lhe está subjacente – se subordine ao “*mesmo direito*”⁴⁰, não podendo variar em função do nível, da União ou dos Estados-Membros, de aplicação do direito da União, nem variar de Estado-Membro para Estado-Membro, sem comprometer o funcionamento e a unidade do sistema jurídico da União e a realização dos objetivos fixados pela União.

É esta, entre outros, a teleologia subjacente ao artigo 51º, nº 1, CDFUE. Nos termos deste preceito, as disposições da CDFUE “têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-

35 FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “El poder ejecutivo europeo”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, nº 18, p. 124.

36 A redação dada ao artigo 291º do TFUE pelo Tratado de Lisboa propicia esta leitura. Nos termos do preceito, a execução dos atos juridicamente vinculativos da União cabe, em primeira linha, aos Estados-Membros (nº 1) e só quando “sejam necessárias condições uniformes de execução” à Comissão (sob controlo dos Estados-Membros, nos termos do nº 3) e “em casos específicos devidamente justificados” ao Conselho (nº 2).

37 Artigo único de um capítulo introduzido pelo Tratado de Lisboa em matéria de *cooperação administrativa*. Sobre esta disposição, cfr. SCHWARZE, Jürgen. “European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon”. *European Public Law*, 2012, vol 18, nº 2, p. 285-304; e CHITI, Mario. Op. cit., p. 874-875.

38 QUADROS, Fausto de. Op. cit., p. 641 e 643.

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 23 de abril de 1986, *Os Verdes*, Processo 294/83, EU:C:1986:166, considerando 23. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=294/83&td=ALL>>. O princípio da União de Direito implica que nem as instituições, os órgãos e os organismos da União, nem as autoridades dos Estados-Membros, “*estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos com a carta constitucional de base que é o Tratado*”.

40 TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direito Administrativo Europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 21.

Membros, apenas quando apliquem o direito da União”. O propósito é o de salvaguardar a “*estrutura constitucional da União*” refletida no princípio da atribuição de competências⁴¹. Assim o confirmam a 2ª parte do preceito, bem como o seu nº 2, que, juntamente com o artigo 6º, nº 1, 2º parágrafo, TUE, consagram um princípio de não expansão de competências da União através da CDFUE⁴². Limitar a vinculação dos Estados-Membros às disposições da CDFUE “apenas quando apliquem direito da União” visa, pois, deixar imperturbada a alocação vertical de competências entre a União e os Estados-Membros no respeito pelo princípio da atribuição de competências⁴³. Em outros termos, a CDFUE não atribui competências à União, apenas limita o exercício de competências atribuídas. Mas o propósito é igualmente o de assegurar o respeito pelo princípio da União de Direito no domínio da proteção dos direitos fundamentais, ou seja, assegurar que, nos domínios abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União, a proteção dos direitos fundamentais se pautar pelos critérios fixados pelo direito da União através da CDFUE. Nas palavras do Tribunal de Justiça, o “*objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União*” consiste em “*zelar por que esses direitos não sejam violados nos domínios de atividade da União, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados-Membros*”, objetivo justificado pela “*necessidade de evitar que uma proteção dos direitos fundamentais suscetível de variar consoante o direito nacional em causa prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União*”⁴⁴.

Sob este prisma, e no contexto específico do exercício da função administrativa da União, ao designar como destinatários das disposições da CDFUE as instituições, os órgãos e os organismos da União, bem como os Estados-Membros quando apliquem, (não só, mas também) *por via administrativa*, o direito da União, o artigo 51º, nº 1, CDFUE distingue implicitamente e vincula simultaneamente tanto a administração organicamente europeia como a administração funcionalmente europeia ao padrão de jusfundamentalidade que decorre da aplicação das regras e dos princípios inscritos na CDFUE. Não são, nos termos do artigo 51º, nº 1, CDFUE, destinatárias da CDFUE

41 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), Parecer de 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, EU:C:2014:2454, considerando 165 e 171. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-2/13&td=ALL>>

42 LADENBURGER, Clemens. “Institutional Report” [online]. Em: LAFFRANQUE, Julia (Ed.). *Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions – Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012. Volume 1*. Tallinn: Tartu University Press, 2012, p. 17. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88>
43 Cfr. artigos 4º, nº 1, e 5º, nº 1 e 2, TUE.

44 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão TJ de 6 de março de 2014, *Siragusa*, Processo C-206/13, EU:C:2014:126, considerando 31 e 32. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-206/13&td=ALL>>

as administrações públicas dos Estados-Membros enquanto tais, mas “apenas quando apliquem o direito da União”, ou seja, no exercício da (parcela significativa da) função administrativa da União que lhes é confiada – princípio da atribuição de competências. Mas decorre igualmente do artigo 51º, nº 1, CDFUE que a autoridade administrativa da União no seu todo encontra-se subordinada ao mesmo direito em sede de proteção dos direitos fundamentais ou, por outras palavras, que as administrações da União e dos Estados-Membros devem, no exercício da função administrativa da União, respeitar princípios e regras *comuns* em matéria de direitos fundamentais, aqueles fixados na CDFUE – princípio da União de Direito.

Nessa medida, enquanto instrumento vinculativo de direito primário da União, a CDFUE é padrão de conformação da atuação das entidades administrativas dos Estados-Membros na sua qualidade de administração funcionalmente europeia, assumindo papel central na definição do padrão de jusfundamentalidade aplicável nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União. Da perspectiva do administrado, a CDFUE converte-se desta forma no instrumento de proteção dos seus direitos fundamentais de referência nas suas relações com as autoridades administrativas dos Estados-Membros que relevam do âmbito de aplicação do direito da União. Consequentemente, a CDFUE constitui padrão de controlo de toda a atividade administrativa, seja por ação, seja por omissão, que afete alguma posição jurídica fundada no direito da União, o que robustece, especificamente, a competência dos tribunais funcionalmente europeus (os tribunais nacionais) no controlo da atividade da administração funcionalmente europeia – e, indiretamente, o controlo exercido pelo Tribunal de Justiça através do processo das questões prejudiciais⁴⁵.

Nesse sentido, a CDFUE providencia aos seus destinatários proteção específica nas suas relações com as autoridades incumbidas do exercício da função administrativa da União. São três as principais disposições da CDFUE relevantes: o artigo 41º relativo ao “direito a uma boa administração”; o artigo 42º que consagra o “direito de acesso aos documentos”; e o artigo 43º respeitante ao direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça Europeu – todos eles consagrados no Título V dedicado à “Cidadania”⁴⁶. Adicionalmente, são ainda de apontar as disposições relativas ao direito de petição ao Parlamento Europeu

45 DELGADO, Isaac Martín. “La Carta ante las Administraciones Nacionales: Hacia la europeización de los derechos fundamentales”. Em: NIETO GARRIDO, Eva e DELGADO, Isaac Martín (Ed.). *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 115.

46 Para mais desenvolvimentos, PEREZ FERNANDES, Sophie. “Os atributos de uma cidadania administrativa na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” [online]. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *UNIO E-book Volume I - Workshops CEDU 2016*. Braga: CEDU, 2017, p. 13-34. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/54837>>

(artigo 44º), à proteção de dados pessoais (artigo 8º), à igualdade e não discriminação (artigos 20º, 21º e 23º), à diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22º), ao acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36º) e à tutela jurisdicional efetiva (artigo 47º). Atenção especial merecerá de seguida a primeira disposição elencada relativa ao “mais administrativo” dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE, no sentido de ser o “mais significativo na relação entre a Administração e o cidadão e o mais procedimental dos direitos fundamentais”⁴⁷ consagrados na CDFUE.

2.2. O artigo 41º CDFUE e a hermética vinculação dos Estados-Membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União

Sob a epígrafe “Direito a uma boa administração”, assim dispõe o artigo 41º CDFUE:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

No estado atual do direito da União, a boa administração pode simultaneamente ser perspectivada como *princípio geral e direito fundamental*. Em bom rigor, a dupla natureza jurídica que hoje caracteriza a promoção da boa administração na ordem jurídica União Europeia radica do próprio artigo 41º CDFUE⁴⁸. Com efeito, se bem que as respetivas Anotações se refiram à “jurisprudência [do TJUE] que consagrou a boa administração como princípio geral de direito”, a verdade é que só após a

47 DELGADO, Isaac Martín. Op. cit., p. 118.

48 HOFMANN, Herwig; ROWE, Gerard e TÜRK, Alexander. Op. cit., p. 191.

proclamação da CDFUE (2000) veio esta qualificação conhecer expressão jurisprudencial. Só em 2002 viria o atual Tribunal Geral, no acórdão *max. mobil*, referir-se expressamente à boa administração como fazendo parte dos “*princípios gerais do Estado de direito comuns às tradições constitucionais dos Estados-Membros*”⁴⁹, em certa medida espelhando aquela afirmação plasmada nas Anotações ao artigo 41º CDFUE. Por outro lado, contudo, até à proclamação e posterior entrada em vigor da CDFUE⁵⁰ nunca a boa administração havia sido afirmada enquanto direito fundamental.

A qualidade de princípio geral reconhecido à boa administração confirma a sua importância na ordem jurídica da União e, em especial, o seu papel no enquadramento da aplicação administrativa do direito da União pelas autoridades (da União e dos Estados-Membros) competentes. Apesar de radicar na CDFUE, ela resulta assente de uma construção jurisprudencial, iniciada nos primeiros tempos do processo de integração europeia, que progressivamente acolheu a boa administração como “parte integrante das regras não escritas da legalidade comunitária”⁵¹. A sua qualidade de direito (subjeto) fundamental é, pelo contrário, mais recente. A subjetivização do discurso em torno da boa administração, no sentido da consideração crescente do indivíduo e da proteção dos seus direitos nas suas relações com a Administração, ainda não havia avançado no sentido do reconhecimento de um direito subjeto a uma boa administração. O disposto no artigo 41º CDFUE sugere, se não a consagração de um tal direito⁵², pelo menos o reconhecimento de um conjunto de direitos para uma boa administração, assim como a natureza jusfundamental desses mesmos direitos.

Juntando-se a um conjunto de iniciativas de âmbito nacional⁵³,

49 TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 30 de janeiro de 2002, *max.mobil*, Processo T-54/99, EU:T:2002:20, considerando 48. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-54/99&td=ALL>>

50 Ocorrida a 1 de dezembro de 2009, data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa; cfr. artigo 6º, nº 1, TUE, na redação dada pelo Tratado de Lisboa.

51 BOT, Yves. Conclusões de 11 de setembro de 2007, *Salzgitter*, Processo C-408/04 P, EU:C:2007:491, considerando 264. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-408/04%20P&td=ALL>>

52 Contra, BOUSTA, Rhita. “Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *European Public Law*, 2013, vol 19, nº 3, p. 481-488.

53 Sobre a consagração da boa administração em diversos Estados-Membros da União Europeia, cfr. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 134-143; e CHEVALIER, Emilie. *Bonne administration et Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2014, p. 145-154.

européu⁵⁴ e internacional⁵⁵ que, com diferentes graus de reconhecimento e de desenvolvimento, procuram delinear os principais elementos constitutivos de uma boa administração, a inscrição de um “direito a uma boa administração” na CDFUE obedeceu a um intuito primordialmente consolidativo⁵⁶. Nessa medida, é resultado do exercício de visibilidade⁵⁷ que presidiu a redação da própria CDFUE, procurando reforçar a acessibilidade dos direitos aí contemplados em benefício dos cidadãos-administrados⁵⁸. Assim, o artigo 41º CDFUE não é, do ponto de vista do seu conteúdo, especialmente inovador, pois acolhe dimensões que já integravam o *acquis* normativo e jurisprudencial da União. Várias dimensões concretizadoras do “direito a uma boa administração” aí individualizadas encontram expressão em preceitos de direito primário preexistentes à CDFUE e ao Tratado de Lisboa⁵⁹. Estas e outras manifestações da boa administração encontram também amplo desenvolvimento em jurisprudência assente do TJUE⁶⁰.

Sublinhou, a propósito, Jacqueline Dutheil de la Rochère que a novidade trazida pelo preceito não reside apenas na consagração de um “direito a uma boa administração” num texto de direitos fundamentais, mas também no facto de os princípios e as regras de direito administrativo inscritos no artigo 41º CDFUE o serem, não em termos de legalidade objetiva de interesse público, mas na linguagem de direitos subjetivos públicos⁶¹. Em

54 O trabalho desenvolvido no seio do Conselho da Europa desde a Resolução (77) 31 do Conselho de Ministros sobre a proteção do indivíduo em relação aos atos das autoridades administrativas, de 28 de setembro de 1977, culminou em 2007, com a adoção de um Código de Boa Administração em anexo à Recomendação CM/Rec(2007)7 do Conselho de Ministros para os Estados-Membros relativo a uma boa administração, de 20 de junho de 2007.

No seio da União Europeia, destaca-se o contributo do Provedor de Justiça Europeu que, na apreciação de queixas de “má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União” (artigos 20º, nº 2, d), 24º, 3º parágrafo, e 228º TFUE, e artigo 43º CDFUE), contribuiu para a identificação casuística e ulterior codificação de princípios de boa administração no Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado em 2001 e republicado em 2013. O Provedor de Justiça Europeu ainda publicou em 2012 uma síntese dos Princípios de Serviço Público para a Função Pública da União Europeia. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/publicserviceprinciples.faces>>

55 A promoção da boa administração no cenário internacional desenvolve-se de forma mais implícita, decorrendo dos esforços tendentes ao desenvolvimento do conceito de *good governance* – CHEVALIER, Emilie. Op. cit., p. 112-126.

56 COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 13/09/2000. COM(2000) 559 final, p. 3-4.

57 BÜRCA, Gráinne de. “The drafting of the European Union Charter of fundamental rights”. *European Law Review*, 2001, vol 26, nº 2, p. 130.

58 CHEVALIER, Emilie. Op. cit., p. 292.

59 É o caso dos (atuais) artigos. 296º, 340º, 20º, nº 2, d), e 24º, 4º parágrafo, TFUE relativos, respetivamente, *i*) à obrigação de fundamentação, *ii*) à responsabilidade da União e *iii*) ao direito de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais da União e de obter resposta nessa mesma língua.

60 Assim o confirmam as Anotações ao artigo 41º CDFUE.

61 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. “The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration”. Em: ARNULL, Anthony; ECKHOUT, Piet e TRIDIMAS, Takis (Eds.). *Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 168; no mesmo

particular, o artigo 41º CDFUE constitui indício determinante para concluir pela natureza jusfundamental de cada um dos direitos que enuncia. Não se pode deixar de conceber o artigo 41º CDFUE como expressão de um certo consenso alcançado na Convenção que elaborou a CDFUE no sentido de incorporar, sob a alçada de um “direito a uma boa administração”, um conjunto de direitos subjetivos públicos elevados à categoria de direitos fundamentais. A natureza jusfundamental destes direitos não é meramente formal, porque positivados num catálogo de direitos fundamentais com força jurídica vinculativa, mas também porque, na CDFUE, ocupam “o mais alto nível dos valores de referência no conjunto dos Estados-Membros reunidos”, sendo por isso “inexplicável não retirar dela os elementos que permitem distinguir os direitos fundamentais dos outros direitos”⁶².

Desta forma, a promoção da boa administração na ordem jurídica da União Europeia é, com o artigo 41º CDFUE, colocada sob a égide dos direitos fundamentais. Seria, em consequência, expectável que a proteção destes direitos fundamentais beneficiasse das características específicas do sistema jusfundamental da União. Sucede que o artigo 41º CDFUE delimita expressamente o seu âmbito subjetivo passivo de aplicação em termos que escapam do âmbito de aplicação da disposição geral do artigo 51º, nº 1, CDFUE. Da letra do artigo 41º CDFUE resulta que a boa administração dele procedente obriga apenas as instituições, os órgãos e os organismos da União e já não os Estados-Membros, mesmo “apenas quando apliquem o direito da União” no sentido do artigo 51º, nº 1, CDFUE.

Daqui resulta não estarem os Estados-Membros vinculados ao mais administrativo dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE, então que, como se viu, são os Estados-Membros o principal aparato responsável pela aplicação administrativa do direito da União. Como explica Jacqueline Dutheil de la Rochère, a intenção foi a de tranquilizar os Estados-Membros de que não teriam que ter em conta o “direito a uma boa administração” em procedimentos administrativos nacionais, incluindo aqueles que envolvem a aplicação do direito da União⁶³. A autonomia administrativa dos Estados-Membros resulta preservada ao ponto de dispensar as autoridades administrativas dos Estados-Membros do padrão de boa administração procedente do artigo 41º CDFUE, não só nas situações puramente internas – o que já resultaria salvaguardado pelo artigo 51º, nº 1, CDFUE –, mas igualmente nas situações que relevam do âmbito de aplicação do direito da União – mesmo na aceção mais estrita do conceito de “aplicação” vertido no artigo 51º, nº 1, CDFUE –, ou seja, quando atuam como administração

sentido, KAŇSKA, Klara. “Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights”. *European Law Journal*, 2004, vol 10, nº 3, p. 300.

62 A propósito do direito de acesso aos documentos (artigo 42º CDFUE), LÉGER, Philippe. Conclusões de 10 de julho de 2001, *Hautala*, Processo C-353/99 P, EU:C:2001:392, considerando 80-81. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-353/99%20P&td=ALL>>

63 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit., p. 169-170.

da União de direito comum.

Esta leitura é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Apenas em uma ocasião considerou o artigo 41º CDFUE aplicável no quadro de um procedimento administrativo interno. Afirmando que o “direito a uma boa administração” consagrado no artigo 41º CDFUE “reflete um princípio geral do direito da União”, o Tribunal de Justiça retirou a seguinte consequência no acórdão *H. N.*: “*uma vez que, no processo principal, um Estado-Membro aplica o direito da União, as exigências que decorrem do direito a uma boa administração, designadamente o direito que assiste a qualquer pessoa de ver os seus processos serem tratados com imparcialidade num prazo razoável, aplicam-se no quadro de um processo de concessão da proteção subsidiária, (...), conduzido pela autoridade nacional competente*”⁶⁴. Contudo, na jurisprudência que se seguiu, o Tribunal de Justiça tem vindo a seguir orientação oposta, afirmando que “*resulta claramente da letra do artigo 41º da Carta que este não se dirige aos Estados-Membros mas unicamente às instituições, órgãos e organismos da União*”, de modo que os particulares não podem dele retirar direitos oponíveis aos Estados-Membros, mesmo quando estes atuam no âmbito de aplicação do direito da União⁶⁵.

Mas a jurisprudência do Tribunal de Justiça não ignora a natureza dual da boa administração na ordem jurídica da União, antes procura dela tirar partido para ultrapassar os limites da interpretação literal do artigo 41º CDFUE. A jurisprudência alimenta uma abordagem dissociativa da boa administração enquanto *i*) princípio geral jurisprudencialmente assente e de alcance alargado, incluindo a atuação das autoridades administrativas dos Estados-Membros que releve do âmbito de aplicação do direito da União, e *ii*) direito fundamental consagrado na CDFUE mas de alcance limitado

64 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 8 de maio de 2014, *H. N.*, Processo C-604/12, EU:C:2014:302, considerando 49-50. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-604/12&td=ALL>>. Em termos menos claros, a mesma orientação encontra-se também em TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 22 de novembro de 2012, *M. M.*, Processo C-277/11, EU:C:2012:744, considerando 81-84 e 89. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-277/11&td=ALL>>

65 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de julho de 2014, *YS*, Processos apensos C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081, considerando 67. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-141/12&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 5 de novembro de 2014, *Mukarubega*, Processo C-166/13, EU:C:2014:2336, considerando 44. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-166/13&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 11 de dezembro de 2014, *Khaled Boudjlida*, Processo C-249/13, EU:C:2014:2431, considerando 32-33. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-249/13&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses*, Processo C-419/14, EU:C:2015:832, considerando 83. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-419/14&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 9 de março de 2017, *Doux*, Processo C-141/15, EU:C:2017:188, considerando 60. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-141/15&td=ALL>>

à atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da União⁶⁶. A conceptualização concorrente da boa administração enquanto princípio geral e direito fundamental ganha desta forma dimensão prática acentuada pois resultam distintos os respetivos âmbitos de aplicação. O Tribunal de Justiça procura desta forma tirar o máximo partido da aplicabilidade dos princípios gerais de direito, de entre os quais se conta o princípio da boa administração, “*a qualquer autoridade encarregada de aplicar o direito [da União]*”⁶⁷, incluindo, pois, as autoridades administrativas dos Estados-Membros, respeitando assim o sentido literal do artigo 41º CDFUE.

3. O CASO *ISPAS* – A BOA ADMINISTRAÇÃO MORREU, VIVA A BOA ADMINISTRAÇÃO!

O acórdão *Ispas* em comento confirma a orientação jurisprudencial que privilegia uma interpretação literal do artigo 41º CDFUE no que respeita ao seu âmbito subjetivo passivo de aplicação. Tanto assim é que, como referido *supra*, a disposição sequer é mencionada no acórdão – para os Estados-Membros, a boa administração do artigo 41º CDFUE morreu. Mas isto não dispensa os Estados-Membros das obrigações decorrentes do princípio da boa administração enquanto princípio geral do direito acolhido na ordem jurídica da União – viva a boa administração!

No acórdão *Ispas*, o Tribunal de Justiça pronunciou-se com fundamento no princípio geral do respeito dos direitos de defesa⁶⁸. Decorre da jurisprudência do TJUE tratar-se de um “*princípio fundamental do direito da União*”⁶⁹ – qualificação primeiramente datada de 1979⁷⁰ – que

66 Cfr. acórdãos *YS*. Op. cit., considerando 67-69; *Mukarubega*. Op. cit., considerando 44-45; *Khaled Boudjlida*. Op. cit., considerando 30-34; e *WebMindLicenses*. Op. cit., considerando 83-84.

67 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de abril de 1988, *Krücken*, Processo 316/86, EU:C:1988:201, considerando 22. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=316/86&td=ALL>>

68 Para mais desenvolvimentos, cfr. PAIS ANTUNES, Luís Miguel. *Direito da Concorrência. Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1995.

69 Cfr. acórdãos *M. M.* Op. cit., considerando 81; *Mukarubega*. Op. cit., considerando 42; e *Khaled Boudjlida*. Op. cit., considerando 30; e ainda TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 21 de setembro de 1989, *Hoechst*, Processos apensos 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, considerando 14. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-46/87&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de outubro de 1989, *Dow Benelux*, Processo 85/87, EU:C:1989:379, considerando 25. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-85/87&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 29 de junho de 1994, *Fiskano*, Processo C-135/92, EU:C:1994:267, considerando 39. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-135/92&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 18 de dezembro de 2008, *Sopropé*, Processo C-349/07, EU:C:2008:746, considerando 36. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-349/07&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 3 de julho de 2014, *Kamino International Logistics*, Processos apensos C-129/13 e C-130/13, EU:C:2014:2041, considerando 28. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-129/13&td=ALL>>.

70 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche*,

responde às “*exigências de uma boa administração*”⁷¹. No que se refere, em especial, ao respeito dos direitos de defesa pelas autoridades dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça considerou ser “*dado assente que o princípio do respeito dos direitos de defesa se aplica aos Estados-Membros*” aquando da adoção de uma decisão que recai no âmbito de aplicação do direito da União e que, em consequência, não só “*as Administrações nacionais têm obrigação de respeitar os direitos de defesa quando tomam decisões que recaem no âmbito de aplicação do direito da União mas também que os interessados devem poder invocar diretamente o respeito desses direitos perante os órgãos jurisdicionais nacionais*”⁷². O acórdão *Ispas* inscreve-se nesta orientação jurisprudencial:

(...) o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio geral do direito da União que é aplicável sempre que a administração se proponha adotar, relativamente a uma pessoa, um ato lesivo dos seus interesses. Por força deste princípio, os destinatários de decisões que afetam de modo sensível os seus interesses devem ter a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre os elementos com base nos quais a Administração tenciona tomar a sua decisão. Esta obrigação incumbe às administrações dos Estados-Membros, sempre que estas tomem decisões que entram no âmbito de aplicação do direito da União, mesmo que a legislação da União aplicável não preveja expressamente essa formalidade⁷³.

Nenhuma menção é feita ao artigo 41º CDFUE, em geral, e, em particular, ao direito de acesso ao processo concretamente em causa, concebido na jurisprudência do TJUE enquanto “*corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa*”⁷⁴ na medida em que garante

Processo 85/76, EU:C:1979:36, considerando 9. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-85/76&td=ALL>>

71 TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 12 de julho de 2005, *Joël De Bry*, Processo T-157/04, EU:T:2005:281, considerando 79. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-157/04&td=ALL>>

72 Acórdão *Kamino International Logistics*. Op. cit., considerando 32 e 34, respetivamente.

73 Acórdão *Ispas*. Op. cit., considerando 26.

74 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland*, Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, considerando 68. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-204/00%20P&td=ALL>>. No mesmo sentido, cfr., entre outros, TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 1 de julho de 2010, *Knauf*, Processo C-407/08 P, EU:C:2010:389, considerando 22. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-407/08%20P&td=ALL>>. TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 18 de junho de 2008, *Hoechst*, Processo T-410/03, EU:T:2008:211, considerando 145. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-410/03&td=ALL>>. TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 12 de junho de 2014, *Intel Corp.*, Processo T-286/09, EU:T:2014:547, considerando 350. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-286/09&td=ALL>>

o “*exercício efetivo do direito a ser ouvido*”⁷⁵, para além de se encontrar expressamente consagrado no artigo 41º, nº 2, b), CDFUE – ainda que de alcance limitado à atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da União. Pelo contrário, depois de se alongar na problemática atinente ao âmbito de aplicação do direito da União para efeitos de aplicabilidade da CDFUE⁷⁶, nas suas Conclusões, Michal Bobek começou por afastar a aplicação do artigo 41º CDFUE à situação em causa no processo principal antes de lançar mão do princípio geral do respeito dos direitos de defesa e, em especial, do direito de acesso ao processo⁷⁷. No que se refere a este último, o Advogado-Geral rejeitou que a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça desenvolvida no domínio da concorrência fosse “transponível” ou aplicada por analogia a procedimentos nacionais conduzidos ao abrigo do direito da União, como os procedimentos de cobrança do IVA em causa no processo principal⁷⁸. Foi, por isso, com base no princípio da efetividade⁷⁹ que o Advogado-Geral propôs que o princípio geral do respeito dos direitos de defesa fosse interpretado no sentido de “exig[ir] que, num procedimento nacional de cobrança do IVA, o particular tenha acesso, mediante pedido, às informações e aos documentos com base nos quais foi adotada a decisão administrativa que estabelece as suas obrigações em matéria de IVA”⁸⁰ – entendimento que, em formulação próxima, viria a ser perfilhado também pelo Tribunal de Justiça:

O princípio geral do direito da União do respeito dos direitos de defesa deve ser interpretado no sentido de que, nos procedimentos administrativos relativos à inspeção e à determinação da matéria coletável do imposto sobre o valor acrescentado, um particular deve ter a possibilidade de obter a comunicação, a seu pedido, das informações e dos documentos que integram o processo administrativo e que a autoridade pública tomou em consideração quando adotou a sua decisão, a menos que objetivos de interesse geral justifiquem a restrição

75 Cfr., entre outros, TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 18 de dezembro de 1992, *Cimenteries*, Processos apensos T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, EU:T:1992:123, considerando 38. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-10/92&td=ALL>>. TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 25 de outubro de 2005, *Groupe Danone*, Processo T-38/02, EU:T:2005:367, considerando 33. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-38/02&td=ALL>>. TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 11 de julho de 2007, *Alrosa Company*, Processo T-170/06, EU:T:2007:220, considerando 197. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-170/06&td=ALL>>

76 BOBEK, Michal. Op. cit., considerandos 26-69; formulando uma proposta de “abordagem de farol e sombras” da questão, cfr. considerandos 64-65.

77 Idem, considerandos 74-91.

78 Idem, considerandos 105-111.

79 Idem, considerandos 112-126.

80 Idem, considerando 126.

do acesso às referidas informações e aos referidos documentos⁸¹.

A respeito da parte final deste considerando decisório, o Tribunal de Justiça recordou no acórdão *Ispas* a sua jurisprudência pela qual

os direitos fundamentais, tal como o respeito dos direitos de defesa, não constituem prerrogativas absolutas, mas podem comportar restrições, na condição de estas corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e não constituírem, à luz da finalidade prosseguida, uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra *a própria substância dos direitos assim garantidos*.⁸²

Deste modo, sem se referir *expressamente* aos direitos de defesa, em geral, e ao direito de acesso ao processo, em particular, como direitos fundamentais protegidos pelo direito da União, nomeadamente acolhidos no artigo 41º CDFUE, o acórdão *Ispas* acaba por acolher uma interpretação atualista daquele princípio – a mesma que resultaria da aplicação conjugada dos artigos 41º, nº 2, b), e 52º, nº 1, CDFUE⁸³. Seja como componente do “direito a uma boa administração” catalogado na CDFUE, seja como componente do princípio geral do respeito dos direitos de defesa jurisprudencialmente construído, o direito de acesso ao processo não é absoluto, sendo o seu exercício suscetível de ser restringido para atender a objetivos legítimos de interesse geral e no respeito pelo princípio da proporcionalidade. O acórdão *Ispas* singulariza a respeito o objetivo de “*proteger as exigências de confidencialidade ou de segredo profissional*”⁸⁴, igualmente mencionadas no artigo 41º, nº 2, b), CDFUE. Apesar de “calado” no acórdão, daqui resulta que, no quadro de procedimentos administrativos nacionais que relevam do âmbito de aplicação do direito da União, os objetivos de interesse geral consagrados pela regulamentação nacional aplicável à luz dos quais é legítima a restrição do direito de acesso ao processo devem ser reconhecidos pelo direito da União e que a ponderação dos interesses envolvidos,

81 Acórdão *Ispas*. Op. cit., considerando 40.

82 Idem, considerando 35. Cfr. ainda acórdão *Kamino International Logistics*. Op. cit., considerando 42; TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 15 de junho de 2006, *Dokter*, Processo C-28/05, EU:C:2006:408, considerando 75. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-28/05&td=ALL>>. TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de setembro de 2013, *Texdata Software*, Processo C-418/11, EU:C:2013:588, considerando 84. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-418/11&td=ALL>>

83 Assim dispõe o preceito: “Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros”.

84 Acórdão *Ispas*. Op. cit., considerando 36.

inclinados ora ao acesso, ora à proteção de informações e documentos, deve também ser realizada em conformidade com o direito da União.

Concorrendo ainda no sentido de que o Tribunal de Justiça acolheu no acórdão *Ispas* uma interpretação do princípio geral do respeito dos direitos de defesa que resultaria da aplicação conjugada dos artigos 41º, nº 2, b), e 52º, nº 1, CDFUE, está a afirmação de que “*estas exigências*”, acabadas de descrever, “*decorrem do princípio da efetividade*”⁸⁵. Com esta afirmação, o Tribunal de Justiça insufla o juízo de efetividade – segundo o qual as regras de direito nacional aplicáveis não podem tornar na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos reconhecidos aos particulares pelo direito da União – da retórica típica da restrição aos direitos fundamentais – em particular, a chave de ouro pela qual as medidas restritivas de direitos fundamentais não podem consubstanciar uma ingerência desmedida e intolerável que atente contra o respetivo conteúdo essencial. Não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça se socorre do regime das restrições dos direitos fundamentais, nomeadamente vertido no artigo 52º, nº 1, CDFUE, como quadro de referência para a interpretação de princípios ou conceitos específicos do direito da União⁸⁶ – testemunho, no global, de uma jurisprudência sensível aos ventos de mudança trazidos pela entrada em vigor da CDFUE no aprofundamento do processo de integração europeia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração do “direito a uma boa administração” no artigo 41º CDFUE renovou o interesse pela temática da boa administração na ordem jurídica da União Europeia, alento sucessivamente intensificado aquando da proclamação (2000) e posterior entrada em vigor (2009) daquele instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto instrumento vinculativo do direito primário da União (artigo 6º, nº 1, TUE), a CDFUE converteu-se, em especial, em padrão de conformação da atuação das autoridades incumbidas do exercício da função administrativa da União, bem como em instrumento de proteção dos direitos fundamentais de referência nas relações tecidas entre os cidadãos-administrados e aquelas autoridades – incluindo, pois, as autoridades administrativas dos Estados-Membros quando atuam na qualidade de administração da União de direito comum (artigo

85 *Idem*, considerando 37.

86 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 20 de setembro de 2016, *Ledra Advertising*, Processos apensos C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, considerandos 69-76. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-8/15%20P&td=ALL>>. O Tribunal de Justiça aí reconduziu o teste da violação suficientemente caracterizada, uma das condições constitutivas da responsabilidade civil extracontratual da União, ao regime de restrições delineado no artigo 52º, nº 1, CDFUE uma vez que o pedido de reparação fundava-se na alegada violação, imputada à Comissão Europeia, do direito de propriedade consagrado no artigo 17º CDFUE.

51º, nº 1, CDFUE). Sucede, contudo, que os contornos específicos do artigo 41º CDFUE evidenciam, ou porventura intensificam, as dificuldades, particularmente metódicas, da vinculação dos Estados-Membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União. De alcance limitado à atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da União, do âmbito de aplicação do preceito ficou excluída a atuação daquele que é o principal aparato responsável pela aplicação administrativa do direito da União – os Estados-Membros.

Procurando ultrapassar os limites da interpretação literal do artigo 41º CDFUE, a jurisprudência do TJUE tem alimentado uma abordagem dissociativa da boa administração enquanto *i)* princípio geral jurisprudencialmente assente e de alcance alargado, incluindo a atuação das autoridades administrativas dos Estados-Membros que releve do âmbito de aplicação do direito da União, e *ii)* direito fundamental consagrado na CDFUE mas de alcance limitado à atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da União. Para além de conferir dimensão prática à natureza dual da boa administração na ordem jurídica da União – princípio geral e direito fundamental –, pois resultam distintos os respetivos âmbitos de aplicação –, esta orientação jurisprudencial permite qualificar de hermética ou mitigada a vinculação dos Estados-Membros ao padrão de boa administração decorrente do direito da União.

O debate conheceu discreto, mas, porventura, terminante desenvolvimento no acórdão *Ispas* em comento neste trabalho. O acórdão confirma a orientação jurisprudencial que privilegia uma interpretação literal do artigo 41º CDFUE no que respeita ao seu âmbito subjetivo passivo de aplicação – de modo que, *de jure condito*, para os Estados-Membros, a boa administração do artigo 41º CDFUE morreu. Nem por isso, contudo, ficam os Estados-Membros, quando atuam no âmbito de aplicação do direito da União, dispensados das obrigações decorrentes do princípio da boa administração enquanto princípio geral do direito acolhido na ordem jurídica da União – e, assim, continua viva a boa administração!

A propósito desta problemática, a leitura conjugada do acórdão *Ispas* e da opinião anteriormente expressa por Michal Bobek nas suas Conclusões permite identificar alguns desvios nos caminhos seguidos confluentes, contudo, ao mesmo sentido interpretativo. Em particular, e como se viu, do confronto entre o acórdão do Tribunal de Justiça e as Conclusões do Advogado-Geral resulta particularmente evidenciado o *silêncio* do acórdão *Ispas* em relação ao artigo 41º CDFUE. Resta desvendar o que terá motivado tal silêncio, ou seja, o sentido deste *silêncio expressivo*.

Como procuramos explicitar, o facto de uma situação de direito interno integrar o âmbito geral de aplicação da CDFUE na aceção do

seu artigo 51º, nº 1, não significa que a específica disposição relevante seja concretamente aplicável – caso do artigo 41º CDFUE. Ao não levantar a questão respeitante à aplicabilidade da CDFUE e, em especial, ao “calar” o artigo 41º CDFUE no acórdão *Ispas*, o Tribunal de Justiça optou por *não* veicular a (não muito feliz) mensagem de que, muito embora a CDFUE fosse aplicável, não seria relevante/operante no caso concreto. A orientação seguida pelo Tribunal de Justiça, reiterada agora no acórdão *Ispas*, implica que a garantia de uma boa administração na ordem jurídica da União tenha ficado parcialmente imune à entrada em vigor da CDFUE, apenas operando enquanto direito fundamental na esfera de atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da União, subsistindo enquanto princípio geral na esfera de atuação da administração da União de direito comum, a saber: as autoridades administrativas dos Estados-Membros⁸⁷.

Ao privilegiar desta forma uma interpretação principiológica suscetível de ultrapassar os limites textuais resultantes da consagração expressa da boa administração no artigo 41º CDFUE, o Tribunal de Justiça não se deixa intimidar pela falta de vontade institucional verificada nos diversos momentos da vida da CDFUE para vincular os Estados-Membros ao “direito a uma boa administração” enquanto direito fundamental. Esta metodologia não está inteiramente isenta de críticas – desde logo, à luz do princípio da União de Direito, para além de não participar do exercício de visibilidade e consequente reforço da proteção dos direitos fundamentais⁸⁸ catalogados no artigo 41º CDFUE na ótica dos principais interessados: os cidadãos-administrados. Mas o seu emprego demonstra que o Tribunal de Justiça não abre mão da construção da boa administração enquanto princípio geral, aplicável por isso também à atuação das autoridades administrativas dos Estados-Membros no âmbito de aplicação do direito da União. Continua, pois, de premente atualidade a importância historicamente sedimentada da jurisprudência do Tribunal de Justiça na moldagem dos rumos da integração europeia e, em especial, na proteção dos direitos dos particulares nas suas relações com o poder público da União.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBEK, Michal. Conclusões de 7 de setembro de 2017. *Ispas*, Processo C-298/16, EU:C:2017:650. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-298/16&td=ALL>>

BOT, Yves. Conclusões de 11 de setembro de 2007, *Salzgitter*, Processo

87 Como refere Michal Bobek, a questão está em identificar a “fonte exata” dos direitos em causa – BOBEK, Michal. Op. cit., considerando 73.

88 Cfr. parágrafo 4 do Preâmbulo da CDFUE.

C-408/04 P, EU:C:2007:491. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-408/04%20P&td=ALL>>

BOUSTA, Rhita. “Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *European Public Law*, 2013, vol 19, nº 3, p. 481-488.

BÚRCA, Gráinne de. “The drafting of the European Union Charter of fundamental rights”. *European Law Review*, 2001, vol 26, nº 2, p. 26-138.

CHEVALIER, Emilie. *Bonne administration et Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2014.

CHITI, Mario. “Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible”. Em: AUBY, Jean-Bernard e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Traité de droit administratif européen*. 2ª ed. Bruxelas: Bruylant, 2015, p. 867-886.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 13/09/2000. COM(2000) 559 final.

CRAIG, Paul. *EU Administrative Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso. *As novas fronteiras do Direito*. Porto: Instituto da Conferência – Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2006.

DELGADO, Isaac Martín. “La Carta ante las Administraciones Nacionales: Hacia la europeización de los derechos fundamentales”. Em: NIETO GARRIDO, Eva e DELGADO, Isaac Martín (Ed.). *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

DUTHEILDELA ROCHÈRE, Jacqueline. “The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration”. Em: ARNULL, Anthony; EECKHOUT, Piet e TRIDIMAS, Takis (Eds.). *Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 157-177.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “El poder ejecutivo europeo”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, nº 18, p. 137-154.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade*. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. “Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit: mécanismes de droit administratif (contrôles, sanctions)”. Em: AUBY, Jean-Bernard, e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Droit Administratif Européen*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 823-836.

HOFMANN, Herwig; ROWE, Gerard e TÜRK, Alexander. *Administrative Law and Policy of the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KAŇSKA, Klara. “Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights”. *European Law Journal*, 2004, vol 10, n° 3, p. 296-326.

LADENBURGER, Clemens. “Institutional Report” [online]. Em: LAFFRANQUE, Julia (Ed.). *Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions – Reports of the XXV FIDE Congress Tallinn 2012. Volume 1*. Tallinn: Tartu University Press, 2012. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88>

LÉGER, Philippe. Conclusões de 10 de julho de 2001, *Hautala*, Processo C-353/99 P, EU:C:2001:392. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-353/99%20P&td=ALL>>

LÉGER, Philippe. Conclusões de 8 de abril de 2003, *Köbler*, Processo C-224/01, EU:C:2003:207. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-224/01&td=ALL>>

LENAERTS, Koen e GUTIÉRREZ-FONS, José António. “The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”. Em: PEERS, Steve, *et al.* (Eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 1413-1454.

MEHDI, Rostane. “L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif”. Em: AUBY, Jean-Bernard e DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (Eds.). *Droit Administratif Européen*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

MONNET, Jean. *Mémoires*. Paris: Fayard, 1976.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAIS ANTUNES, Luís Miguel. *Direito da Concorrência. Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1995.

PEREZ FERNANDES, Sophie. “A boa administração nas ‘calhas de roda’ dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – ‘Gira, a entreter a razão’...?”. *UNIO – EU Law Journal*, 2017, vol 3, nº 1, p. 95-113 [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/46588>>

PEREZ FERNANDES, Sophie. “Administração Pública”. Em: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, e MADEIRA FROUFE, Pedro (Eds.). *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 73-161.

PEREZ FERNANDES, Sophie. *A proteção dos Direitos Fundamentais pelo Direito da União Europeia - da Carta aos Estados, o enigma da Esfinge*. s.l.: CIEJD, 2017. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/53241>>

PESSOA, Fernando (Álvaro de Campos). “Outra Nota ao Acaso”. *Presença*, 1936, nº 48.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

PRATA ROQUE, Miguel. *Direito Processual Administrativo Europeu: a convergência dinâmica no Espaço Europeu de Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SARMIENTO, Daniel. “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”. *Common Market Law Review*, 2013, vol 50, p. 1267-1304.

SCHWARZE, Jürgen. “European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon”. *European Public Law*, 2012, vol 18, nº 2, p. 285-304.

SCHWARZE, Jürgen. *Droit Administratif Européen*. 2ª ed. Bruxelas: Bruylant, 2009.

SILVEIRA, Alessandra, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”. Em: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, e MADEIRA

FROUFE, Pedro (Eds.). *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 51-67.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direito Administrativo Europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche*, Processo 85/76, EU:C:1979:36. [consulta 28/2/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-85/76&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 1 de julho de 2010, *Knauf*, Processo C-407/08 P, EU:C:2010:389. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-407/08%20P&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 11 de dezembro de 2014, *Khaled Boudjlida*, Processo C-249/13, EU:C:2014:2431. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-249/13&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 15 de junho de 2006, *Dokter*, Processo C-28/05, EU:C:2006:408. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-28/05&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de dezembro de 2015, *WebMindLicenses*, Processo C-419/14, EU:C:2015:832. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-419/14&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de julho de 2014, *YS*, Processos apensos C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-141/12&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 17 de outubro de 1989, *Dow Benelux*, Processo 85/87, EU:C:1989:379. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-85/87&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 18 de dezembro de 2008, *Sopropé*, Processo C-349/07, EU:C:2008:746. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-349/07&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 20 de setembro de

2016, *Ledra Advertising*, Processos apensos C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-8/15%20P&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 21 de setembro de 1989, *Hoechst s*, Processos apensos 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-46/87&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 22 de novembro de 2012, *M. M.*, Processo C-277/11, EU:C:2012:744. [consulta 28/02/2018]. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-277/11&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 23 de abril de 1986, *Os Verdes*, Processo 294/83, EU:C:1986:166. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=294/83&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de abril de 1988, *Krücken*, Processo 316/86, EU:C:1988:201. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=316/86&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Fransson*, Processo C-617/10, EU:C:2013:105. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-617/10&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 26 de setembro de 2013, *Texdata Software*, Processo C-418/11, EU:C:2013:588. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-418/11&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 29 de junho de 1994, *Fiskano*, Processo C-135/92, EU:C:1994:267. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-135/92&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 3 de julho de 2014, *Kamino International Logistics*, Processos apensos C-129/13 e C-130/13, EU:C:2014:2041. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-129/13&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 5 de novembro de

2014, *Mukarubega*, Processo C-166/13, EU:C:2014:2336. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-166/13&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland*, Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-204/00%20P&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 8 de maio de 2014, *H. N.*, Processo C-604/12, EU:C:2014:302. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-604/12&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 9 de março de 2017, *Doux*, Processo C-141/15, EU:C:2017:188. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-141/15&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão de 9 de novembro de 2017, *Ispas*, Processo C-298/16, EU:C:2017:843. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-298/16&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), acórdão TJ de 6 de março de 2014, *Siragusa*, Processo C-206/13, EU:C:2014:126. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-206/13&td=ALL>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJUE), Parecer de 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, EU:C:2014:2454. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-2/13&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak*, Processo T-51/89, EU:T:1990:41. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-51/89&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 11 de julho de 2007, *Alrosa Company*, Processo T-170/06, EU:T:2007:220. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-170/06&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 12 de julho de 2005, *Joël De Bry*, Processo T-157/04, EU:T:2005:281. [consulta

28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-157/04&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 12 de junho de 2014, *Intel Corp.*, Processo T-286/09, EU:T:2014:547. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-286/09&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 18 de dezembro de 1992, *Cimenteries*, Processos apensos T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, EU:T:1992:123. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-10/92&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 18 de junho de 2008, *Hoechst*, Processo T-410/03, EU:T:2008:211. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-410/03&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 25 de outubro de 2005, *Groupe Danone*, Processo T-38/02, EU:T:2005:367. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-38/02&td=ALL>>

TRIBUNAL GERAL (TJUE), acórdão de 30 de janeiro de 2002, *max.mobil*, Processo T-54/99, EU:T:2002:20. [consulta 28/02/2018]. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=T-54/99&td=ALL>>

WARD, Angela. “Article 51”. Em: PEERS, Steve, *et al.* (Eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 1413-1454.

ZILLER, Jacques. “L’authorité administrative dans l’Union européenne”. Em: AZOULAI, Loïc e BURGORGUE-LARSEN, Laurence (Eds.). *L’authorité de l’Union européenne*. Bruxelas: Bruylant, 2006, p. 119-153.

RESUMO BIOGRÁFICO

Sophie Perez Fernandes é Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação), grupos de investigação CEDU (Estudos em Direito da União Europeia) e GLOB (Globalização, Democracia e Poder). Doutora em Direito (área de especialidade: Ciências Jurídicas Públicas) pela Universidade do Minho.

LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE INTEGRACIÓN AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A INTEGRAÇÃO EUROPEIA E O PRINCÍPIO COMUNITÁRIO DE INTEGRAÇÃO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

*Francisco Javier Sanz Larruga**

Resumen: *Sobre la base del fenómeno de la “integración comunitaria” que es el proceso de construcción del proyecto político de la Unión Europea y la conformación de un ordenamiento jurídico comunitario con sus propios principios y fuentes del Derecho, se analiza en este trabajo uno de los más relevantes principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el “principio de integración ambiental”. La apuesta de la Unión Europea por el fomento del desarrollo sostenible se sustenta en el citado principio de integración ambiental, en virtud del cual: “las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión” (art. 11º). Conocer el origen y desarrollo de este principio, así como sus notas más características y sus principales manifestaciones, es el objeto central de esta colaboración.*

Resumo: *Com base no fenômeno da “integração comunitária”, que é o processo de construção do projeto político da União Europeia e a formação de um ordenamento jurídico comunitário com seus próprios princípios e fontes de direito, neste trabalho é analisado um dos mais relevantes princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: o “princípio da integração ambiental”. O compromisso da União Europeia com a promoção do desenvolvimento sustentável baseia-se no mencionado princípio de integração ambiental, em virtude do qual, “os requisitos de proteção do ambiente devem/deverao ser integrados na definição e na realização das políticas e ações da União” (artigo 11º). Conhecer a origem e desenvolvimento deste princípio, bem como suas notas mais características e suas principais manifestações é o objeto central desta colaboração.*

* Universidade da Coruña, España.
E-mail: javier.sanz.larruga@udc.es
Recibido: 27/03/2018. Aceptado: 18/07/2018.

Palabras clave: Unión Europea, Integración comunitaria, Derecho ambiental

Palavras-chave: União Europeia, Integração comunitária, Direito ambiental

1. INTRODUCCIÓN O PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

Han pasado ya más de tres décadas desde la integración efectiva de España en la Comunidad Económica Europea, tras la firma en Madrid del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985. Desde entonces se han producido muchas novedades -no siempre positivas- en el proceso de consolidación de lo que hoy se conoce como Unión Europea y, desde luego, bien se puede afirmar que son las luces que sombras las que se proyectan en panorama jurídico español. En este contexto histórico elaboramos este estudio reflexionando cómo afecta –y cómo ha afectado- a nuestro ordenamiento jurídico una de las Disposiciones de Aplicación General recogidas en el Título II de la versión consolidada del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante, TFUE), más en concreto, la prevista en su artículo 11º que establece lo siguiente: “las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

Partiendo de la base de que la construcción europea es un proceso de integración económica, social y jurídica, y de que una clara manifestación de esta integración jurídica es la aplicación efectiva del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos de los Estados miembros (cfr. la clásica doctrina contenida en el asunto Costa c. ENEL de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec. 1141), nos proponemos analizar aquí, de forma muy somera, la repercusión del referido precepto del Tratado de Funcionamiento que dispone la obligación dirigida a la Instituciones Comunitarias de proceder a otro tipo de integración, la de tener en cuenta las exigencias de protección ambiental nada menos que en la “definición y realización” de todas las políticas (las previstas en el art. 3 y 4 del TFUE) y acciones de la Unión (contempladas en el art. 6 del TFUE), tanto las desarrolladas en el interior de la Unión Europea (cfr. Tercera Parte del TFUE) como las promovidas en su acción exterior (cfr. Quinta Parte del TFUE) y siempre a fin de lograr el desarrollo sostenible¹.

La más reconocida doctrina “ius-ambientalista” española se ha

¹ Cfr. el trabajo de AGUILAR FERNÁNDEZ, S. “El principio de integración medioambiental dentro de la Unión Europea: la imbricación entre integración y desarrollo sostenible”. *Papers*. 2013, nº 71, p. 77-97.

referido a esta exigencia de la “integración ambiental” de muy diversas formas: bien como un principio, el de “ubicuidad” (Martín Mateo); como uno de los caracteres del Derecho Ambiental: su “horizontalidad” (Jordano Fraga siguiendo a Prieur); como una “obligación o mandato” frente a la sostenibilidad como objetivo o proceso tendencial a largo plazo (Pernas García); como “cláusula de integración y del principio de transversalidad” (Montoro Chiner); o bien, como una de las más destacadas características de los objetivos del Derecho Ambiental: la “horizontalidad” (Betancor Rodríguez)². No obstante, la naturaleza jurídica de esta institución es controvertida como se pone de manifiesto por parte del gran especialista en Derecho Ambiental europeo, Ludwig Krämer, para quien la integración ambiental es el más importante de todos los principios pero no es una regla jurídicamente vinculante ya que “su puesta en práctica dependerá exclusivamente de la voluntad política de las instituciones comunitarias de hacerla plenamente operativa”³. Aquí seguimos, sin embargo, la opinión del profesor Betancor Rodríguez al subrayar la evidencia práctica de que, tanto el Consejo como la Comisión Europea, lo mismo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “asumen las consecuencias jurídicas obligacionales de tal principio”, si bien el problema no está en su eficacia jurídica sino en “el grado de indeterminación de su contenido”⁴.

Tengo que reconocer que el “principio de integración ambiental”, tal como aparece en la versión consolidada del TFUE (su art. 11), me ha llamado mucho su atención por su extraordinaria ambición y sus enormes potencialidades. Aquí interviene el principio del “desarrollo sostenible” –que se recoge con cierta profusión, tanto en el Tratado de la Unión Europea (en su Preámbulo y arts. 3, 3 y 5; 21,2, d y f), como en el propio TFUE (art. 11) y en la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (en su Preámbulo y en el art. 37). Y, es que, para quienes nos dedicamos –desde hace varias décadas- al Derecho Ambiental, el principio parece presentar un enorme potencial de cara a las políticas públicas que inciden –o pueden incidir, directa o indirectamente- sobre el medio ambiente. Quienes como yo estamos convencidos de que, para una ordenación jurídica-administrativa del territorio y de las actividades económicas que inciden sobre el mismo, es preciso tener presente la transversalidad de la protección ambiental, tal principio abre muy interesantes expectativas.

2 Cfr. la monografía de VERDÚ AMORÓS, M. *Concepto y formulación del Principio de Integración Ambiental*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008. Se trata del más exhaustivo trabajo publicado sobre este principio del derecho ambiental en el que se puede encontrar casi todas las referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales existentes hasta el año de su publicación. En particular, sobre el tratamiento de la doctrina española sobre el concepto de integración ambiental cfr. sus pp. 147 a 155.

3 Opinión que recoge y comenta de modo crítico el profesor BETANCOR RODRÍGUEZ en su valioso manual de *Derecho Ambiental* (La ley, Madrid, 2014): cfr. la nota 33 de la p. 461.

4 *Ibíd.* p. 461 y 462.

Como tendremos ocasión de comprobar al final de este trabajo, cuya conclusión adelanto en esencia, en la aplicación práctica del principio de integración ambiental, hasta el momento presente, hay más ruido que nueces, pero, sigo pensando que no debe renunciarse a que el gran paradigma de la sostenibilidad promueva preciosos frutos para la calidad de vida de los ciudadanos y para la mejora de los intereses públicos en juego. Una vez que hayamos buceado en los precedentes históricos de tal principio –que, como veremos, se encuentran en el Derecho Internacional- (en apartado 2), haremos un recorrido histórico sobre la recepción del principio de integración ambiental en el Derecho Comunitario Europeo y su plasmación y alcance en el ordenamiento vigente (en el apartado 3). Después nos referiremos brevemente a varios temas testigo del ordenamiento comunitario donde, a nuestro juicio, este principio está implantándose con prometedores resultados de cara al logro de la referida sostenibilidad ambiental (en el apartado 4). Sólo al final (en último apartado conclusivo) podremos ponderar si, en el marco del complejo proceso de la integración comunitaria europea, la integración ambiental –que, a su vez, procede de tal proceso- es verdaderamente consistente y valiosa.

2. PRECEDENTES DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El principio de integración ambiental está recogido en algunos textos normativos y, principalmente, en los de “soft law” del Derecho Internacional del medio ambiente. No obstante, su importancia ha sido remarcada por la doctrina especializada y así, en esta dirección, señala Rodrigo “el principio de integración es quizá el principio jurídico más adecuado y específico que tiene el Derecho Internacional para contribuir al objetivo del desarrollo sostenible”⁵. Y según el mismo autor, este principio “se puede considerar en la actualidad una norma de Derecho internacional general obligatoria para todos los Estados de la que se deriva una obligación de comportamiento”⁶.

5 Cfr. su monografía: *El desafío sostenible del desarrollo sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 149. Y añade que: “es el principio que mejor sintetiza el verdadero significado de la noción de desarrollo sostenible, representa el componente fundamental de dicho concepto, es la columna vertebral del mismo y su principal herramienta jurídica porque es el principio jurídico más operativo”. Cita también al gran especialista británico en derecho internacional del medio ambiente, Ph. SANDS para quien dicho principio “supone la mayor contribución del desarrollo sostenible al Derecho Internacional”, *Ibíd.*

6 *Ibíd.* p. 150. Aunque, como expone en su trabajo, el desafío que tiene por delante este principio es “hacerlo operativo”. En sus conclusiones acerca del principio de integración y de su aportación al desarrollo sostenible, tras analizar su reconocimiento, tanto en los tratados internacionales como en la jurisprudencia internacional, afirma que, al operar de forma transversal, “puede ser un buen instrumento para facilitar las relaciones entre regímenes internacionales”; sin embargo, concluye que carece de “un contenido objetivo, unívoco y fijo

Una de las primeras manifestaciones de este principio la encontramos, en el Principio 13° de la “Declaración de Estocolmo”, aprobada con motivo de la histórica “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano”, que se celebró en la capital sueca, en junio de 1972. En este principio se declara que: “A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un *enfoque integrado y coordinado* de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población”⁷.

Una década después, en la “Carta Mundial de la Naturaleza”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1982, se expresa en su apartado 2° de “Funciones” y, más concretamente, en su punto 7°, que: “En la planificación y realización de las actividades de desarrollo social y económico, se tendrá debidamente en cuenta el hecho de que la conservación de la naturaleza es parte integrante de esas actividades”.

De otra parte, la “Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, acordada con ocasión de la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en la primera quincena de junio de 1992, declara en su Principio n° 4° que: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, *la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo* y no podrá considerarse en forma aislada”⁸. Y, también, fruto de esta Cumbre Internacional, el “Programa o Agenda 21” dedica su Capítulo 8° sobre “Integrar medio ambiente y desarrollo en la adopción de decisiones”⁹.

Por último, en la “Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible” de 2002, la integración del desarrollo económico o social y la protección del medio ambiente –como pilares interdependientes y sinérgicos desarrollo sostenible “ha sido concebida también –como

para todos los Estados sino que está en función del contexto y de las circunstancias en que opera” (Ibid. p. 170).

7 El resaltado de la cita en cursiva es del autor.

8 El resaltado de la cita en cursiva es del autor. Es importante apuntar aquí que el “Informe Brundtland”, titulado “Nuestro futuro común” y publicado en 1987, preparatorio de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 contiene importantes referencias a la integración de las políticas ambientales en el marco del desarrollo sostenible (cfr. su nota n° 47). Por otra parte, el Informe pone de manifiesto que “la capacidad de anticipar y prevenir el daño ambiental exige que la dimensión ecológica de la política sea considerada al mismo tiempo que las consideraciones de orden económico, comercial, energética y otras” (n° 46).

9 En el capítulo octavo de la Agenda se contienen las siguientes “áreas de programas”:

- “a) Integración del medio ambiente y el desarrollo a nivel de políticas, planificación y gestión;
- b) Establecimiento de un marco jurídico y reglamentario eficaz;
- c) Utilización eficaz de instrumentos económicos e incentivos de mercado y de otro tipo;
- d) Establecimiento de sistemas de contabilidad ecológica y económica integrada”.

señala Rodrigo- como una responsabilidad colectiva”¹⁰.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el Comité de Derecho Internacional sobre desarrollo sostenible de la “International Law Association”, en su Informe presentado en Toronto en 2006, distingue en relación con el principio de integración tres dimensiones:

- a) La “sistémica”, que permite que se establezcan las relaciones entre normas y principios que regulan los aspectos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible y que presupone un enfoque cooperativo e inclusivo entre los diferentes actores que participan en el desarrollo sostenible.
- b) La “institucional”, consistente en la “creación o fortalecimiento de las estructuras institucionales y de procedimientos para integrar completamente las cuestiones de desarrollo y medio ambiente en todas las esferas de adopción de decisiones”¹¹.
- c) La “jurídica”, que se traduce en la “interrelación de normas jurídicas de ámbitos materiales diferentes con el fin de incrementar el rendimiento de las mismas en pro del desarrollo sostenible y conseguir resultados prácticos más integrados que faciliten dicho objetivo”¹².

3. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO. CONTENIDO Y ALCANCE

3.1. Recepción del principio de integración ambiental en los Tratados comunitarios

El “Acta Única Europea” –que supuso la primera gran modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea-,

10 Cfr. *El desafío del desarrollo sostenible*, Op. cit., p. 160. También cita en su estudio la “Declaración de Nueva Delhi sobre los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible” de 2002 en la que se recoge, en su apartado 7º, el “principio de integración e interrelación, en particular, en materia de derechos humanos y objetivos sociales, económicos y ambientales”.

11 RODRIGO, A. J. *Desafío del desarrollo sostenible*, Op. cit., p. 152. A su vez, distingue dentro de este apartado, una “integración intrainstitucional” –que tiene como objetivo que cada institución individual se asegure de que las consideraciones del desarrollo sostenible sean integradas en sus procedimientos decisionales- y una “integración interinstitucional” consistente en coordinar la actuaciones y adoptar decisiones y medidas coherentes entre las diferentes instituciones que tengan el objetivo común del desarrollo sostenible (a mayores, distingue dentro de este supuesto una integración “horizontal” y otra “vertical”), *Ibíd.* p. 152 y 153.

12 Se diferencia dentro de esta dimensión una “integración normativa” que consiste en “la incorporación de las consideraciones del desarrollo sostenible dentro de la redacción y contenido de las normas para incrementar su rendimiento en beneficio de tal objetivo”, de la integración como herramienta del razonamiento judicial, es decir, de la posibilidad que tienen los jueces y tribunales de conseguir un resultado más integrado a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas”, RODRIGO, Op. cit., p. 155-159.

firmado en 1986 y con entrada en vigor en julio de 1987, trajo consigo la introducción al máximo nivel normativo de la regulación de la protección del medio ambiente mediante la adición al Tratado CEE del Título VII sobre “Medio Ambiente” compuesto de tres artículos: 130R, 130R y 130T. Pues bien, su art. 130 R, tras recoger los objetivos de esta acción de la Comunidad (en su apartado 1º) y establecer, en su apartado 2º, los principios que han de orientar tal acción (de “acción preventiva”, de “corrección en la fuente”, y “quien contamina paga”), añade que “las exigencias de la protección del medio ambiente será un componente de las demás políticas de la Comunidad”¹³. Es, por siguiente, la primera plasmación del principio de integración ambiental en el derecho primario comunitario.

Pocos años más tarde, en la siguiente gran reforma de los Tratados Constitutivos, la que tuvo lugar en con la aprobación en Maastricht del “Tratado de la Unión Europea” el 7 de febrero de 1992 (con entrada en vigor al 1 de noviembre de 1993), se reconoce expresamente –para alcanzar los fines que se propone la nueva “Comunidad Europea”- la existencia de una “una política en el ámbito del medio ambiente” (cfr. su art. 3, k). También se sigue recogiendo –ahora en el nuevo Título XVI del Tratado- la referencia al principio de integración ambiental pero, en esta ocasión, un tanto mejorado en cuanto a su nivel de exigencia, al disponer en el art. 130 R 2 *in fine* que “las exigencias de la protección del medio ambiente *deberán integrarse* en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad”¹⁴. Paralelamente a la promulgación del Tratado de Maastricht –y en el marco histórico de la celebración de Cumbre de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en junio de 1992-, se aprobó –en febrero de 1993- el Quinto Programa comunitario de política y acción en materia de medio ambiente, titulado “Hacia un desarrollo sostenible”, llamado a orientar esta política comunitaria en el periodo 1993-2000, en el que el principio de integración ambiental se va

13 Con anterioridad a esta relevante plasmación del principio de integración ambiental la doctrina recuerda que el Tercer Programa Comunitario de acción en medio ambiente, aprobado e 7 de febrero de 1983, para el período 1982-1986, ya hay alguna referencia al principio que estamos estudiando: como recuerda VERDÚ AMORÓS, es la primera vez que se formula el principio de integración ambiental como principio junto con el complementario de la “globalidad”; este Programa “exige que se refuerce el carácter preventivo de la política del medio ambiente, en el marco de una estrategia global y que se *tienda a integrar las preocupaciones del medio ambiente en las otras políticas comunitarias*” (Cfr. Concepto y formulación del Principio de Integración Ambiental, Op. cit., p. 220). El subrayado es del mismo autor. Por lo que se refiere al Cuarto Programa de Acción en medio ambiente –el aprobado en 1987 para el período 1987 a 1992- el repetido autor señala que “se le otorgó una mayor relevancia al principio de integración ambiental, siendo el principio central sobre el que giró el citado Programa”, *Ibíd.* p. 221.

14 El subrayado es del autor. También resulta muy significativa la Declaración 12ª recogida en el Tratado sobre las “evaluaciones de impacto ambiental”, en virtud de la cual: “La Conferencia toma nota de que la Comisión se compromete a elaborar estudios de evaluación del impacto medioambiental cuando formule propuestas que puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente”.

a convertir en uno de los principios básicos¹⁵.

Otro salto de escala del principio de integración ambiental se produjo con la nueva reforma del Tratado de la Unión Europea por el acuerdo firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999). Esto es así ya que ahora se introduce en la parte general del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un nuevo art. 3 C estableciendo que:

Las exigencias de la protección del medio ambiente *deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad* a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible¹⁶.

Por consiguiente, el principio de integración ambiental se eleva de categoría –desde la regulación específica de la política ambiental en el Tratado- proyectándose sobre todas las políticas y acciones comunitarias que se recogen en su art. 3. Va a ser, justamente en torno a la aprobación del “Tratado de Ámsterdam”, cuando se va a producir –como vamos a comprobar- una de las etapas de la acción comunitaria más brillantes y activas en la promoción del principio de integración ambiental.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, señala Verdú Amorós que la primera vez en que el Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre el principio de integración ambiental fue con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de marzo de 1990¹⁷ -en relación con la solicitud por la República Helénica de la anulación de un Reglamento relativo a la condiciones de importación de productos agrarios originarios de países que habían sufrido el accidente de la Central nuclear de Chernobil-. La elección de la base jurídica del acto comunitario se realiza en esta Sentencia aplicando la teoría del “centro de gravedad” para decantarse, ante la concurrencia de objetivos ambientales y comerciales, por la base de la normativa comercial utilizada por el citado Reglamento. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de junio de 1996¹⁸ se hace una interpretación satisfactoria del principio de

15 En efecto, tras subrayar en su introducción “la imperiosa necesidad de tener en cuenta las consideraciones ecológicas a la hora de formular y aplicar políticas económicas y sectoriales, en las decisiones de los poderes públicos...”, diseña un estrategia claramente protagonizada por el “enfoque integrado”: selección de temas ambientales prioritarios (cambio climático, acidificación, biodiversidad, agua, medio ambiente urbano, zonas costeras y residuos) y selección de sectores donde deberán integrarse las consideraciones ambientales: industria, energía, transporte, agricultura y turismo. (Cfr. VERDÚ AMORÓS, Op. cit., p. 222-233).

16 El subrayado es del autor.

17 Asunto c-62/88, Grecia c. Consejo, Rec. I-1527 (1990). Cfr. *Concepto y Formulación de Principio de Integración Ambiental*, Op. cit., p. 160.

18 Asunto C-303/94, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea. Rec. I-2943. Cfr. *Concepto y Formulación de Principio de Integración Ambiental*, Op. cit., p. 163.

integración ambiental se reconoce la preferencia de la base ambiental de una Directiva dictada para la producción agrícola mediante la utilización de productos fitosanitarios y se anula por haberse fundamentado en la normativa agrícola. De otra parte, en el Asunto C-300/89, “Dióxido de Titanio”, el Tribunal afirmó que el hecho de que el antiguo 130R del Tratado de la Comunidad Económica Europea requiriera integrar las exigencias del medio ambiente como componente de las demás políticas implicaba que una medida comunitaria no tenía por qué basarse necesariamente en el art. 130S cuando entre sus objetivos estuviera la protección del medio ambiente¹⁹.

3.2. Fortalecimiento del enfoque de la integración ambiental: el “Proceso de Cardiff” y la “Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible”

La etapa más ambiciosa, en cuanto a la implantación del principio que estamos considerando, se inició a partir del Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo –en diciembre de 1997- cuando, a propuesta del primer ministro sueco, se solicitó a la Comisión Europea la elaboración de propuestas para implantar el principio de integración bajo la convicción de que para lograr el objetivo del desarrollo sostenible las exigencias de protección del medio ambiente deben integrarse en las políticas y actuaciones de la Comunidad. La respuesta de la Comisión a dicha solicitud llegaría en junio de 1998 con motivo de la Cumbre europea celebrada en la capital de Gales, Cardiff. En el documento de la Comisión, titulado “Colaboración para la integración- *Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la UE*”²⁰ aprobado en la citada Cumbre -que dio lugar a la apertura del llamado “Proceso de Cardiff”²¹-, es donde se contemplaban las siguientes compromisos y llamamientos:

- El compromiso de la Comisión de velar por que sus principales iniciativas políticas integren las consideraciones medioambientales mediante la introducción de un exhaustivo mecanismo de evaluación ambiental.
- El compromiso de la Comisión de realizar un examen de las políticas en sectores clave²², por ejemplo, la elaboración

19 Cfr. PLAZA MARTÍN, C. *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 18.

20 Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998 con el título “Colaboración para la integración - Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea” (Cardiff - junio de 1998) [COM (1998) 333].

21 Para una valoración de este proceso Cfr. el trabajo colectivo de FERGUSON, M., COFFEY, C, WILKINSON, D., y BALDOCK, D. *The effectiveness of EU Council Integration Strategies and Options for carrying forward the “Cardiff” Process*. IEEP, 2001.

22 Desde la Cumbre de Cardiff se fueron presentando por la Comisión propuestas sobre

de indicadores políticos y de resultados y de metas indicativas.

-Un llamamiento para que el Consejo determine una serie de acciones prioritarias respecto a la incorporación de los requisitos medioambientales y establezca mecanismos eficaces para controlar la aplicación de la estrategia.

-Un llamamiento para que el Consejo Europeo examine periódicamente el estado de la integración del medio ambiente en áreas políticas clave²³.

A partir de este momento, se lograron importantes progresos en la materialización de estas directrices²⁴ y, además, el principio de integración ambiental recibió un espaldarazo con la aprobación en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000, de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” –que no forma parte del Tratado de la Unión Europea, que se acababa de reformar a principios del 2001 por el Tratado de Niza²⁵, pero sin que los cambios afecten a nuestro tema- en cuyo Capítulo IV –relativo a la “Solidaridad”- se recoge el art. 37 sobre “protección del medio ambiente”, declarando que: “Las políticas de la Unión integrarán y garantizan con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”²⁶. Por lo tanto, nos encontramos de nuevo con una expresa referencia a la integración ambiental de todas las políticas de la Unión Europea para lograr el objetivo del desarrollo sostenible.

El año 2001 fue decisivo en el proceso de integración ambiental con la adopción en el Consejo Europeo de Gotemburgo de una “Estrategia de la Unión Europea para el Desarrollo Sostenible”²⁷ y la incorporación de un tercer pilar, el ambiental (junto al del crecimiento económico y al de la cohesión social), a la Estrategia de Lisboa de 2000²⁸. Esta estrategia establece un marco político a escala de la Unión Europea (UE) para permitir el desarrollo sostenible, es decir, para responder a las necesidades

integración ambiental de determinadas políticas: energía (octubre de 1998), agricultura (enero de 1999), mercado interior, industria y desarrollo (junio de 1999), pesca (en julio de 1999) y medio urbano (noviembre de 1999).

23 El Proceso incluía a nuevos sectores clave: el transporte, la agricultura y la energía, ahora abarca también las políticas industriales, de mercado interior, desarrollo, pesca, asuntos generales y asuntos económicos y financieros.

24 Cfr. el apartado 47 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Helsinki (10-11 de diciembre de 1999) que proporcionó aclaraciones sobre la aplicación de las estrategias de integración ambiental.

25 Su entrada en vigor se demoró hasta el 1 de febrero de 2003.

26 El subrayado es del autor.

27 Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 15 de mayo de 2001 bajo el título “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para el Desarrollo Sostenible” [COM(2001) 264].

28 La también llamada “Agenda de Lisboa” aprobada en el Consejo Europeo de Lisboa el 23 y 24 de marzo de 2000 trataba de convertir la economía de la Unión Europea en la más competitiva del mundo para 2010.

del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la hora de satisfacer sus propias necesidades, y el desarrollo sostenible se basa en cuatro pilares –económico, social, medioambiental y gobernanza mundial– que deben reforzarse mutuamente. Las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deben examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción. Entre los principios básicos de la Estrategia se encuentra el de la “coherencia e integración de las políticas”. En esta dirección, la Estrategia propone una serie de medidas ante siete tendencias insostenibles que requieren una intervención: la exclusión social y el envejecimiento demográfico (que ya prevé la Estrategia de Lisboa), el cambio climático y la energía, los transportes, el consumo y la producción, los recursos naturales, la salud y el fomento del desarrollo sostenible en el mundo. En virtud de la Estrategia los Estados miembros habían de elaborar estrategias nacionales y dar cuenta, periódicamente, de los avances registrados²⁹. La citada estrategia se vincula estrechamente al principio de integración, como dice Cuyás Palazón, “al propio desarrollo sostenible dando lugar a los que algunos han calificado de nueva versión ampliada (u horizontal) del principio de integración en cuanto impregna, inspira, informa y atraviesa todo el programa para la sostenibilidad desde su misma formación hasta la evaluación de sus resultados”³⁰.

La hoja de ruta ambiental de la Unión Europea hasta 2010 se inició en septiembre de 2002 con la entrada en vigor del Sexto Programa de Medio Ambiente de la Comisión³¹. En este nuevo Programa es donde el principio de integración ambiental cobra –si cabe– el máximo protagonismo³². Así es, el enfoque de la integración aparece de manera profusa a lo largo del Programa:

- En su Considerando 13° para subrayar que “El Programa debe promover el proceso de integración de las cuestiones en materia de medio ambiente en todas las políticas y actividades comunitarias en coherencia con el artículo 6 del Tratado, con objeto de reducir las presiones sobre el medio ambiente procedentes de diversas fuentes”.
- En su art. 1° -sobre el “ámbito del Programa” para expresar un deseo: “El Programa debería fomentar la integración de

29 En el caso de España, la “Estrategia española de Desarrollo Sostenible” se aprobó por el Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2007. El texto completo de esta Estrategia puede consultarse en la siguiente dirección de internet: <<http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/estrategia-espanola-desarrollo-sostenible/EEDSnov07editdictcm7-14887.pdf>>

30 *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 76.

31 Decisión n° 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, con el título “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”, DO L 242 de 10 de septiembre de 2002.

32 Cfr. VERDÚ AMORÓS, Op. cit., p. 237-243.

preocupaciones medioambientales en todas las políticas comunitarias y contribuir a la realización del desarrollo sostenible tanto en la actual Comunidad como en la futura Comunidad ampliada” (apartado 1º).

- En su art. 2º -donde se recogen los principios y metas del Programa- para indicar que: “El Programa constituirá una base de la dimensión medioambiental de la estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible y contribuirá a la integración de las preocupaciones medioambientales en todas las políticas comunitarias, en particular al establecer prioridades medioambientales para la estrategia” (apartado 1º).

- En el mismo art. 2º se declara como cometidos generales del programa que éste “fomentará la plena integración de las exigencias relativas a la protección del medio ambiente en todas las políticas y acciones comunitarias, estableciendo objetivos en materia de medio ambiente y, en su caso, metas y calendarios que deberán tenerse en cuenta en los ámbitos políticos pertinentes. Además, las medidas propuestas y adoptadas en favor del medio ambiente deberían ser coherentes con los objetivos de las dimensiones económica y social del desarrollo sostenible y viceversa” (apartado 4º)³³.

- En cuanto a los planteamientos estratégicos, a los que se refiere el art. 3º, el Programa insiste en que “son necesarios nuevos esfuerzos para integrar las exigencias de la protección del medio ambiente en la preparación, definición y aplicación de las distintas políticas y actividades comunitarias” (apartado 3º)³⁴.

- En el apartado de “Estrategias temáticas” (art. 4º del Programa) el 6º Programa se propone aplicar el enfoque integrado mediante la confección de una serie de estrategias sobre cuestiones fundamentales³⁵, constituyendo una aplicación del principio de

33 BETANCOR RODRIGUEZ comentando este Programa destaca que los instrumentos previsto por el mismo para lograr el objetivo de toma en consideración de la protección ambiental con las distintas políticas sectoriales son, fundamentalmente, la evaluación previa de las políticas en relación con sus efectos ambientales como requisito para su aprobación, la evaluación del impacto ambiental de proyectos y planes (evaluación estratégica), la transparencia y acceso a la información, y los controles periódicos de los efectos de las medidas a través, por ejemplo, de indicadores (Cfr. *Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 465).

34 En esta dirección se señala que es preciso “asegurar que las estrategias en materia de integración elaboradas por el Consejo en los diferentes ámbitos políticos se traduzcan en una actuación efectiva y contribuyan a la aplicación de las metas y de los objetivos medioambientales del Programa” y también “estudiar, antes de su adopción, si las actuaciones en los ámbitos económico y social son coherentes con los objetivos, metas y calendario del Programa y contribuyen a ellos”.

35 Estas estrategias temáticas están relacionadas con los ámbitos temáticos en que se concretan los objetivos y ámbitos prioritarios del Programa: “cambio climático” (cfr. art. 5º), “naturaleza y biodiversidad” (cfr. art. 6º), “salud y calidad de vida” (cfr. art. 7º), “gestión de recursos naturales y los residuos” (cfr. art. 8º), y “cuestiones internacionales” (cfr. art. 9º). Finalmente las estrategias –presentados por la Comisión a partir de 2005- cubrieron los siguientes

integración ambiental porque con ellas se trata de alcanzar el equilibrio entre la protección ambiental y los objetivos de Lisboa de crecimiento y empleo.

Profundizando en esta dirección de la aplicación del principio de prevención ambiental, la Comisión Europea puso de relieve, a finales de 2003, a través de su Comunicación sobre la “Revisión de la Política Medioambiental, 2003. Consolidar el pilar medioambiental del desarrollo sostenible”³⁶, perfilando –como señala Verdú Amorós- las medidas políticas necesarias para hacer del desarrollo sostenible una realidad: “será necesario poner un énfasis especial en los tres objetivos transversales que apuntan la política ambiental: integración de las cuestiones ambientales en otras políticas, aplicación e información”³⁷. Esto es lo que se propone en el apartado 4º de la citada Comunicación donde además se contemplan los objetivos más directamente vinculados con la integración ambiental. De forma resumida puede señalarse los siguientes:

1º. “Desarrollar un enfoque integrado de la elaboración de la política medioambiental” (frente al tradicional tratamiento sectorializado e individualizado de los problemas) para la cual se requiere incrementar la coherencia de las políticas y la evaluación “ex ante” de sus potenciales impactos³⁸.

2º. “Aumentar la integración sectorial”³⁹ y, en particular, en que las presiones ambientales son más elevadas (transporte, agricultura, energía, industria, mercado interior, desarrollo, pesca, asuntos generales y asuntos económicos y financieros). Se insiste en la necesidad de aplicar plenamente el “proceso de Cardiff”.

3º. Incrementar la integración de los Estados miembros, tanto a nivel nacional -utilizando sus respectivas estrategia de desarrollo sostenible- como en los niveles locales y regionales⁴⁰.

Haciendo balance del “Proceso de Cardiff”, a mediados de 2004, la Comisión hizo públicas sus conclusiones no muy positivas sobre el desarrollo, hasta ese momento, de la integración de las consideraciones

materias: protección del suelo (COM (2006) 231), medio ambiente marino (COM (2005) 504), uso sostenible de los plaguicidas (COM (2006) 372), medio ambiente urbano (COM (2005) 718), uso sostenible y gestión de los recursos naturales (COM(2005) 170), reciclado de residuos (COM(2005) 666) y calidad del aire (COM (2009) 446).

36 Cfr. Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo con referencia COM (2003) 745 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2003.

37 *Concepto y formulación del Principio de Integración Ambiental*, Op. cit., p. 247.

38 Cfr. el apartado 4.1.1. del documento COM (2003) 745 final.

39 *Ibid.*, apartado 4.1.2.

40 *Ibid.*, apartado 4.1.3.

ambientales en las políticas comunitarias⁴¹. Aunque la Comisión observa algunos avances positivos en algunas materias (como las energías renovables, eficiencia energética o reforma de la Política Agrícola Común), expone las principales dificultades encontradas para la materialización práctica del principios de integración: “una falta general de coherencia”, “el compromiso político podría ser más decidido”, “los mecanismos de realización, aplicación y revisión pueden perfeccionarse”, “se necesitan prioridades y una orientación más claras”, “convendría adoptar un planteamiento estratégico de amplias miras”, etc. Son afirmaciones suficientemente expresivas del relativo fracaso del enfoque integrado y del principio de integración ambiental. Por su parte, la Agencia Europea de Medio Ambiente publicó su informe sobre *Integración de la política ambiental en Europa. Situación actual y marco de evaluación* (2004)⁴² proponiendo un nuevo marco de evaluación de la integración de la política ambiental (IPA), a través del análisis de seis áreas principales: compromiso político, visión y liderazgo, cultura y prácticas administrativas, evaluaciones e información en el proceso de decisión; instrumentos políticos; control de avances en materia de integración; y contexto ambiental de la IPA. Se trata en definitiva de un encomiable esfuerzo teórico, conscientes las instituciones comunitarias de la grandes dificultades para aplicar plenamente el principio de integración⁴³.

En 2006 escribía el profesor Moreno Molina con relación al “principio de integración” afirmando que, pese a la “fuerza potencial enorme” y las “formidables” consecuencias que se pueden extraer de su enunciado –llamado abiertamente a “una exigencia de “ecologización” (*greening*) de todo el aparato comunitario-europeo”- “las consecuencias de este principio son tan importantes que es obligado constatar que la propia Comunidad no lo ha respetado habitualmente” y que “el examen de la aplicación práctica de este principio es bastante doloroso”⁴⁴. Y concluía que “el principio de integración ha pasado de ser hasta la fecha una declaración de contenido teórico y carece de plasmaciones prácticas suficientemente significativas”⁴⁵.

41 Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo relativo a la “Integración de las consideraciones medioambientales en otras políticas: balance del proceso de Cardiff”, con referencia COM (2004) 394 final, de 1 de junio de 2004.

42 Hemos consultado la edición en castellano publicada en 2006 por el Ministerio de Medio Ambiente.

43 Con relación España y especialmente aplicado a las Comunidades Autónomas vid. el trabajo de HANF, K.; MEZO, J.; LANAIA, A. y MORATA, F. “Integración ambiental de las políticas en el sistema autonómico español: un reto aún no superado”. *XI Congreso de las Asociación Española de Ciencia Política*, Sevilla, septiembre de 2013.

44 *Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 72 y 73.

45 No obstante, el mismo autor recoge en su manual algunos ejemplos de “cierta integración, o al menos de medidas adoptadas sobre la base de políticas diferentes a la ambiental, que persiguen de manera más o menos abierta objetivos de protección del entorno” y cita los supuestos de las

Desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, en esta etapa, el principio de integración ambiental tampoco pasó desapercibido. Este principio “ha sido utilizado -como señala RODRIGO- con frecuencia en la jurisprudencia del TJCE para atenuar las tensiones entre cuestiones económicas y ambientales y para intentar alcanzar un nivel adecuado de protección ambiental”⁴⁶, y de tal modo desempeña, además de su carácter principal, su función de regla general de interpretación tanto del Derecho Comunitario derivado como del Derecho primario. Así, en la Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1999 en el asunto “Braathens Sverige AB” (-346/97), el Tribunal interpretó la disposición de una Directiva sobre armonización de impuestos de hidrocarburos a la luz de las exigencias de protección ambiental⁴⁷.

Siguiendo de nuevo a Verdú Amorós⁴⁸, el principio que estamos estudiando se ha utilizado por el Tribunal de Luxemburgo como parámetro de interpretación del derecho nacional; así, por ejemplo en la STJCE de 13 de marzo de 2001⁴⁹, en el asunto “PreussenElektra”, el Tribunal tuvo en consideración -junto con otros factores- el principio de integración a la hora de examinar en qué medida la normativa de un Estado miembro, dirigida a fomentar el uso de energías renovables infringía el art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea, en el que se prohíben las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importancia de los Estados miembros⁵⁰. El Tribunal, pese a no entrar en el fondo argumentativo del principio de integración, pone de manifiesto su voluntad de proceder a una interpretación de conjunto de las disposiciones sobre libre circulación de mercancías conforme a las exigencias de protección del medio ambiente⁵¹.

Por otra parte, el principio de integración ambiental también ha servido al Tribunal de Luxemburgo como parámetro de interpretación del derecho originario y derivado⁵². Así, por ejemplo, resulta particularmente interesante la STJCE de 17 de diciembre de 2002 en el asunto “Concordia Bus Finland”⁵³, en el que el Tribunal utilizó

políticas agrícola, energética, de transportes y de la competencia, *Ibíd.* p. 73-76.

46 *El desafío del desarrollo sostenible...*, Op. cit., p. 166. Cita el trabajo de SKOURIS, W. “L’Integration de la dimension environnementale dans les differentes politiques communautaires, illustre par des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”. En N. COLNERIC, et al. (Eds.). *Une Communauté de droit, Festschrift für Gil carlos Rodriguez Iglesias*. Berlin: BMW, 2003, p. 497-508.

47 Cfr. RODRIGO, J. *El desafío del desarrollo sostenible...*, Op. cit., p. 166.

48 Cfr. *Concepto y Formulación de Principio de Integración Ambiental*, Op. cit., p. 166-170.

49 Asunto C-379/98. *PreussenElektra*, de 11 de junio de 1991. Rec. 2867.

50 Cfr. PLAZA MARTÍN, C. Op. cit., p. 183 y 184. Recoge el parágrafo 231 de la Sentencia en la que el Tribunal afirma que el principio de integración “no es meramente programático, sino que impone obligaciones jurídicas”, p. 182.

51 *Ibíd.* p. 184.

52 VERDÚ AMORÓS cita al respecto la STJCE de 14 de julio de 1998 (Asunto C-284/95).

53 Asunto C-513/99, I-7213. Citada por PLAZA MARTÍN, Op. cit., p. 184 y 185. También VERDÚ AMORÓS, Op. cit., p. 169 y 170, quien añade que la Directiva 2004/18/CE sobre

dicho principio para interpretar las disposiciones de una Directiva de contratación pública, declarando la posibilidad de que la entidad adjudicadora (autoridades locales de Helsinki) utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

La profesora Plaza Martín, citando a Wasmeier, señala que “cualquier norma comunitaria que no integre debidamente las exigencias del medio ambiente, en participar, si de ello se derivan efectos perjudiciales para el medio ambiente que no puedan identificarse sobre la base de razones claras e imperiosas de interés general, está sujeta a la anulación por el TJCE conforme al art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea”; y añade la autora, que el principio de integración tiene una especial importancia “porque ha de ser respetado por los Estados miembros al ejecutar todas y cada una de las normas comunitarias en el marco de cualquier acción o política comunitaria”⁵⁴.

3.3. El principio de integración ambiental en el marco jurídico comunitario vigente

En la versión vigente del Tratado de la Unión Europea (firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009) (TUE), los objetivos de sostenibilidad y de protección ambiental aparecen profusamente plasmados en su frontispicio: así, declara el Preámbulo, que “DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, *teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible*, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la *protección del medio ambiente*, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos”⁵⁵; y en el art. 3º sobre objetivos –en el Título I de “Disposiciones Comunes”- establece que “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará *en pro del desarrollo sostenible de Europa* basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y *en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”⁵⁶. Además, hay que tener en cuenta que, según el art. 6, 1 del TUE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de

coordinación de adjudicación de contratos de obras, de suministros y de servicios profundizó en la integración ambiental de la contratación haciéndose eco de dicha doctrina jurisprudencial. 54 *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, cit. p. 186. El trabajo citado es de WASMEIER, M. “The Integration Principle of Environmental Protection as a general Rule for interpreting Community Law”. *CMLR*, 2001, vol 38, p. 159-177.

55 Los subrayados son del autor.

56 Los subrayados son del autor.

2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, aunque en cuanto a la formulación relativa a la “protección del medio ambiente” del art. 37, no se ha producido modificación alguna.

Y, si acudimos a la versión consolidada del “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (TFUE), se mantiene en todo su vigor la formulación del principio de integración ambiental tal como aparecía en el Tratado de Ámsterdam. Efectivamente, el vigente art. 11 del referido TFUE establece que: “Las exigencias de la protección del medio ambiente *deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión*, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”⁵⁷. Además, cabe destacar como novedad la introducción en el mismo TFUE el Título XXI sobre “Energía” disponiendo en su art. 194,1 que: “En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente...”.

El principio de integración ambiental se mantiene plenamente reconocido, como vemos, en el Derecho primario de la Unión, pero cabe preguntarse cuál es la auténtica virtualidad del mismo en el momento presente, toda vez que el protagonismo que alcanzó a finales del siglo XX, gracias al “Proceso de Cardiff” parece haberse eclipsado. De hecho, el Profesor holandés Jan H. Jans plantea en su interesante artículo titulado: “Stop the Integration Principle”, que la proliferación de los principios que aparecen en los arts. 7 (coherencia de acuerdo con la atribución de competencias), 8 (igualdad), 9 (empleo, protección social, educación, salud) y 10 (lucha contra la discriminación) del TFUE –todos ellos han de ser tenidos en cuenta- debilita a su juicio la integración ambiental y hace que sea más complejo resolver un posible conflicto de intereses entre todos ellos⁵⁸.

Acerca del uso del principio de integración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, además de los pronunciamientos ya citados en el apartado anterior, el Profesor Betancor Rodríguez cita la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (en el Asunto Comisión v. Austria, C-28/2009) en la que se demuestra que la integración ambiental –junto a la protección de la salud- se utilizan como pieza básica argumentativa para justificar una medida de restricción de la libertad de circulación de mercancías⁵⁹. “La integración-inserción –dice el citado autor- es un pilar esencial del entramado jurídico que normaliza las exigencias de protección ambiental que, en tanto pueden entrar en conflicto con las libertades comunitarias, pueden modular o matizarlas”⁶⁰.

57 Los subrayados son del autor.

58 Cfr. *Fordham International Law Journal*. 2011, vol 33, n° 5, p. 1547.

59 Cfr. *Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 462

60 *Ibid.* p. 461 y 462 en la nota n° 34. Se presenta esta doctrina en contraste con la discutible opinión de KRÁMER para quien, pese a que el principio de integración “es el más importante

Si acudimos al contenido del Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente⁶¹, aprobado a finales del 2013 bajo el título “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta” (que se prolongará hasta el 2020), nos llama la atención que el principio de integración sigue apareciendo, como no podía ser menos, en su contenido:

-en el Preámbulo, para declarar primero que: “La integración, medioambiental en todos los ámbitos políticos pertinentes es fundamental para reducir las presiones que sobre el medio ambiente ejercen políticas y actividades de otros sectores y para alcanzar metas medioambientales y climáticas”.

-al recoger entre sus objetivos –en al art. 2, 1, g)- el de “intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas”

-al señalar en el apartado 5º del Anexo del Programa de Acción hasta 2020 que “se ha avanzado considerablemente en la integración ambiental de los objetivos ambientales en otras políticas y actividades de la Unión”⁶².

Por su importancia a los efectos del tema objeto de estudio quiero destacar el “Objetivo Prioritario nº 7” del Programa, dirigido a “intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas”⁶³ y en el que subrayamos las siguientes afirmaciones:

1º. Aun reconociendo que la integración ambiental es un requisito impuesto por el Tratado desde 1997, reconoce que los avances “no han sido suficientes para invertir todas las tendencias negativas”. Y con el fin de lograr la consecución de los objetivos del 7º

de todos”, a su juicio, “es un principio y no una regla jurídicamente vinculante para todos los casos”, citado por BETANCOR RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 461 en la nota 33.

61 Aprobado por la Decisión nº 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea L 354 de 28 de diciembre de 2013.

62 Más concretamente se afirma que: “Desde 2003, la política agrícola común (PAC) reformada vincula los pagos directos al cumplimiento por los agricultores de ciertos requisitos para mantener las tierras en buenas condiciones agrarias y medioambientales, y de la legislación pertinente en materia de medio ambiente. La lucha contra el cambio climático forma ahora parte integrante de la política de energía, y se está avanzando en la integración de las consideraciones relativas a la eficiencia en el uso de los recursos, el cambio climático y la eficiencia energética en otros sectores clave, como el transporte y la construcción”. No obstante, en el Informe de evaluación final del Sexto Programa (recogido en la Comunicación de 31 de agosto de 2011, COM (201) 531) la Comisión reconoce que todavía se está lejos de conseguir el reto de la integración ambiental, de manera que “las circunstancias cambiantes y la creciente interconexión de los problemas ambientales obligan a ser flexibles y a adaptarse”.

63 Cfr. también el informe de la AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA). *El Medio Ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2015. Informa de síntesis*. Copenague: 2015. En particular, vid. su Parte 3 sobre “perspectivas futuras” que comprende, su vez los capítulos 6º (“una mirada a los restos de carácter sistémico a los que se enfrenta Europa”) y 7º (“Respuestas a los desafíos sistémicos: de la visión a la transición”).

Programa destaca la importancia de la aplicación de las Directivas de Evaluación Ambiental Estratégica⁶⁴ y de Evaluación de Impacto Ambiental⁶⁵, de forma que "cuando se aplican correctamente, son unos instrumentos eficaces para garantizar la integración de los requisitos de protección del medio ambiente en planes, programas y proyectos" (apartado 85).

2º. Se reconoce a las autoridades locales y regionales un especial protagonismo ya que, en general, "son responsables de las decisiones sobre el uso de la tierra y los espacios marinos, tienen que desempeñar un papel especialmente importante en la evaluación de los impactos medioambientales y en la protección, conservación y mejora del capital natural, para reforzar asimismo la resiliencia ante los efectos del cambio climático y las catástrofes naturales" (apartado 86).

3º. Se hace referencia a las "redes de transportes y energía", así como la "infraestructura marítima" que "tendrá que ser compatible con las necesidades y obligaciones en cuanto a protección de la naturaleza y adaptación al cambio climático"; también se incluye la referencia a la "incorporación de la infraestructura verde en planes y programas conexos" (apartado 87).

4º. El Programa prevé una serie de objetivos prioritarios con la intención de reforzar la integración, refiriéndose expresamente a la "reforma de la política agrícola común, la política pesquera común, las redes transeuropeas (RTE) y la política de cohesión" (apartado 88)⁶⁶.

5º. Y, con el objetivo de "intensificar la integración ambiental y la coherencia entre políticas" en Programa, se propone – en su apartado 89- garantizar para el 2020 el siguiente gran objetivo: que "las políticas sectoriales de la Unión y los Estados miembros se desarrollen y apliquen de tal forma que favorezcan la consecución de objetivos y metas pertinentes en materia de clima y medio ambiente" y más particularmente se especifican las siguientes medidas:

64 Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, DOUE L 197 de 21.7.2001.

65 Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente DOUE, L 26 de 28.1.2012.

66 Se añade a este respecto que: "El éxito del VII PMA depende de que se refuerce la contribución de esas políticas a la realización de metas y objetivos relacionados con el medio ambiente. Por otro lado, las medidas dirigidas principalmente a conseguir mejoras medioambientales deben aspirar a lograr, siempre que sea posible, beneficios también para otras políticas. Por ejemplo, las actividades de restauración de ecosistemas pueden tener por objeto conseguir beneficios para hábitats y especies y secuestrar dióxido de carbono, y, al mismo tiempo, mejorar la capacidad de los ecosistemas para prestar servicios vitales a muchos sectores económicos, por ejemplo la polinización o la depuración de agua para la agricultura, y crear empleos verdes".

- i) integrar las condicionalidades e incentivos relacionados con el clima y el medio ambiente en una serie de iniciativas políticas, incluidas las reformas y revisiones de la política existente, así como en nuevas iniciativas, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros,
- ii) realizar evaluaciones *ex ante* de los impactos medioambientales, sociales y económicos de iniciativas políticas al nivel adecuado de la Unión y los Estados miembros para garantizar su coherencia y eficacia,
- iii) aplicar plenamente la Directiva de Evaluación Ambiental Estratégica y la Directiva de Impacto Ambiental,
- iv) utilizar la información de la evaluación *ex post* relacionada con la experiencia obtenida con la aplicación del acervo medioambiental con objeto de mejorar su consistencia y coherencia,
- v) abordar los posibles compromisos en todas las políticas, con objeto de maximizar las sinergias y evitar, reducir y, en la medida de lo posible, remediar los efectos negativos no intencionados en el medio ambiente”.

3.4. Aproximación al concepto y caracteres del principio de integración ambiental

Tras un largo esfuerzo de recopilación de información jurídica sobre el “principio de integración ambiental”, Verdú Amorós se atreve a definir el mismo como “el principio político-jurídico constitucional estructural o megaprincipio del ordenamiento jurídico que exige la integración ambiental en cualquier ámbito sectorial del ordenamiento jurídico a fin de lograr el desarrollo sostenible”⁶⁷. Y, a continuación, recoge los caracteres que se desprenden de tal definición:

- a) “Su carácter político en cuanto objetivo integrante de todas las políticas” como trasunto de la horizontalidad o transversalidad propia del ambiente⁶⁸, lo cual, como dice Cuyás Palazón, “exige especiales esfuerzos de coordinación y coherencia”⁶⁹.
- b) “Su carácter jurídico, en cuanto a su contemplación por el derecho positivo”, en tanto que está recogido en diversos textos del Derecho Internacional así como el Derecho Comunitario⁷⁰.

⁶⁷ *Concepto y formulación del Principio de integración ambiental*. Op. cit., p. 77.

⁶⁸ *Ibid.* p. 178-181.

⁶⁹ *Urbanismo ambiental...* Op. cit., p. 80.

⁷⁰ *Ibid.* p. 181-184. Aunque reconoce que el principio está en la “fase de desarrollo, que es donde verdaderamente está teniendo y dará sus frutos (...) lo cual depende de la labor de los distintos

- c) “Su carácter constitucional, en cuanto a su positivación al máximo rango normativo”⁷¹.
- d) “Su carácter estructural, en cuanto que dota de unidad al ordenamiento jurídico”⁷², es decir, se manifiesta como un principio unificador para que los objetivos y acciones en las distintas políticas contemplen su componente ambiental.
- e) “Su objetivo es la consecución de la sostenibilidad”⁷³. En parecidos términos señala Cuyas Palazón que bien puede afirmarse que “el desarrollo sostenible es el fin alcanzar mientras que el principio de integración es el medio, seguramente, más adecuado para ello”⁷⁴. Y, como apuntilla Plaza Martín, este principio está “ligado indisolublemente al concepto de desarrollo sostenible”⁷⁵.

Es importante destacar, siguiendo a Cuyas Palazón, que el principio de integración no puede explicarse aisladamente del desarrollo sostenible (aquél es “el instrumento para hacerlo posible y efectivo”) y del de prevención “en la medida en que la práctica de la integración no persigue otro objetivo que el de prevenir, desde el mismo momento de la adopción de las grandes decisiones y actos normativos, el impacto y coste ambiental que éstas pueden conllevar y, en atención, al principio de proporcionalidad, coste-beneficio, y mejores tecnologías disponibles, aprobarlas, atemperarlas o pura y llanamente rechazarlas”⁷⁶. Un principio, concluye la autora, que “ha sido el catalizador, el impulsor, el factor desencadenante de una nueva estrategia en la política ambiental de la Unión que puede resultar altamente atractiva, interesante y eficaz, aunque no falta de polémica y de seguros detractores”⁷⁷.

Esta visión optimista y esperanzada el principio que consideramos contrasta con otras opiniones como la de Moreno Molina, para quien: “el principio de integración ha pasado de ser hasta la fecha una declaración de contenido teórico, y carece de plasmaciones prácticas suficientemente significativas”⁷⁸. Por su parte, el profesor Betancor Rodríguez no duda en afirmar que “la integración es el corolario de la interrelación de todas

legisladores al contemplarlo en sus regulaciones así como de las distintas administraciones y tribunales encargados de aplicar y velar por el cumplimiento de este principio” (p. 182).

71 *Ibid.* p. 184 y 185. En el caso del ordenamiento constitucional español el autor vincula el principio de integración con el art. 45,2 de la Constitución Española de 1978: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

72 *Ibid.* p. 185.

73 *Ibid.* p. 185-186.

74 *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*. Op. cit., p. 76.

75 *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Op. cit. p. 180.

76 *Ibid.* p. 80.

77 *Ibid.* p. 83.

78 *Derecho Comunitario del Medio Ambiente*, Op. cit., p. 77.

las actividades humanas con la Naturaleza. Todo tiene, de una u otra manera, con mayor o menor intensidad, un efecto ambiental, la gestión de este efecto es compleja y aún más cuando se trata de traducirlo en normas⁷⁹; y, como “tanto este Derecho como la política de protección deben ser necesariamente holísticos, como lo que constituyen sus objetos (la Naturaleza), en cambio, los instrumentos y las técnicas de regulación, ordenación y planificación son sectoriales” (...) “la integración debería ser el sustrato de toda la gestión humana con para la Naturaleza”⁸⁰. Pero, al final, viene a concluir que, como la integración de la protección ambiental debe conjugarse con otros objetivos como los de crecimiento económico y la economía social de mercado –en el objetivo holístico del desarrollo sostenible– “el principio de integración ha sido desplazado por el del desarrollo sostenible”⁸¹. A mi juicio, no obstante, pese a reconocer que el principio de integración ambiental está muy lejos de lograr sus objetivos, pienso que hay datos del propio ordenamiento jurídico ambiental comunitario que nos abren algunas puertas, sino para el optimismo, para un sano realismo que valora la extraordinaria fuerza que contiene. Veamos en el apartado siguiente algunos destellos de tal potencialidad de la integración ambiental.

4. ALGUNAS PROMETEDORAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN AMBIENTAL EN DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

De forma muy sumaria deseamos apuntar en este apartado, sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos de lo que, a mi juicio, constituyen manifestaciones de las virtualidades del principio de integración ambiental: la técnica preventiva del “control integrado de la contaminación”, la técnica de evaluación ambiental aplicada al planeamiento urbanístico y la “política marítima integrada”.

En primer lugar, me refiero a la llamada técnica de “control integrado de la contaminación” que se recogió en la Directiva 96/61/CE de prevención y control integrados de la contaminación (conocida por las siglas IPPC). Siguiendo a Pernas García, esta normativa responde a una nueva orientación del Derecho Ambiental comunitario de finales del siglo XX ante el fracaso del enfoque sectorial desarrollado hasta entonces para combatir la contaminación y de la política del control y sanción, de carácter meramente reactiva y basada en la consideración

⁷⁹ *Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 467.

⁸⁰ *Ibídem*.

⁸¹ *Ibídem*. Y concluye apostillando que “la Unión no aspira tanto a la integración de la protección como a encarrilar la acción de la Unión hacia el objetivo estratégico señalado. La protección ambiental, y su integración, han sido devoradas por el desarrollo sostenible”, p. 467.

aislada del medio ambiente⁸². Más concretamente, siguiendo a este autor, el principio de integración despliega sus efectos desde una doble perspectiva: intrasectorial e intersectorial. El enfoque intrasectorial implica a su vez, de una parte que “el concepto de integración debe ser plenamente asumido en la propia política ambiental mediante el tratamiento conjunto de la contaminación, independientemente de cual sea su medio receptor (agua, aire, o suelo), y el abandono, al menos parcial, de la perspectiva sectorial inicial”⁸³; y de otra parte, “en el ámbito propio, más específico, de las políticas de protección de la atmósfera o de las aguas, tienen que establecerse mayores lazos de coordinación entre las estrategias de evaluación y gestión de la calidad del medio y las de prevención y control de las emisiones”⁸⁴. Y, en referido plano intersectorial, “el principio de integración debe suponer la incorporación de la variable ambiental en el desarrollo y aplicación del resto de la políticas comunitarias (transporte, industria, etc.), mediante la creación de metodologías y procedimientos adecuados de evaluación, la aplicación efectiva de estrategias en cada sector y la elaboración de indicadores de seguimiento”⁸⁵; se logra de este modo el paso “del control global de la contaminación al control integral de la actividad industrial”⁸⁶.

En la actualidad, la prevención y control integrados de la contaminación está regulado, a nivel comunitario en la Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales (sustituyendo a la Directiva 2008/1/CE que había recogido las modificaciones introducidas en la vieja Directiva 96/61/CE). En el caso de España, esta técnica de prevención y control integrados se contiene en la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

En segundo lugar, es inevitable aludir a la técnica de evaluación ambiental que resulta indispensable para la protección del medio ambiente al facilitar la incorporación de los criterios de sostenibilidad, bien en la toma de decisiones estratégicas, a través de la evaluación de los planes y programas –que fueron regulados por la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas sobre el medio ambiente-; o bien, a través de la evaluación de proyectos, garantizando de esta forma una adecuada prevención de los impactos ambientales que se puedan generar, al tiempo que establece mecanismos eficaces de corrección o compensación

82 Cfr. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 36 y 37.

83 *Ibíd.* p. 37

84 *Ibíd.* p. 38

85 *Ibíd.*

86 *Ibíd.*

(regulada en la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente que, a su vez, sustituyó a la vieja Directiva de Evaluación de Impacto ambiental de 1985 modificada en 1997, 2003 y 2009). En España, ambas normativas han sido transpuestas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, Evaluación Ambiental⁸⁷.

Como vimos más atrás los últimos programas de acción ambiental de la Unión Europea recomendaban vivamente la utilización de estos instrumentos de evaluación ambiental para conseguir la aplicación del principio de integración ambiental. Y, en este sentido, resulta muy ilustrativo el ejemplo de la aplicación de los principios de integración y sostenibilidad sobre la nueva perspectiva ambiental del suelo. Con palabras de Cuyás Palazón en su monografía sobre “Urbanismo ambiental y evaluación estratégica”⁸⁸, “cabe reconocer al principio de integración la decidida incidencia que ha tenido en el emprendimiento por parte de la Comunidad Europea de una nueva política que tiene al suelo por objetivo fundamental y a sus instrumentos de planificación –ordenación territorial y urbanismo, como medios útiles y necesarios para alcanzar el fin último de la sostenibilidad”⁸⁹. Además, aunque ya se ha podido deducir con facilidad, es la técnica de la evaluación ambiental estratégica el instrumento más apropiado para aplicar sobre la ordenación territorial y urbanística el principio de integración ambiental que posibilita un desarrollo territorial y urbanístico sostenible⁹⁰. En la parecida posición doctrinal se sitúa A. M. Moreno Molina cuando al analizar las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible contempla entre los principios relevantes en la configuración del urbanismo “eco-amigable” al principio de integración ambiental⁹¹; “las repercusiones del principio de integración –afirma dicho autor– en el campo de urbanismo son evidentes: la política urbanística debe “integrar” las exigencias del medio ambiente”⁹².

87 Cfr. el reciente comentario a la Ley 21/2013 en el libro coordinado por el profesor RUÍZ DE APODACA, A. R. *Régimen de la Evaluación Ambiental*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.

88 Publicado en la editorial Atelier, Barcelona, 2007.

89 *Ibid.* p. 81.

90 Cfr. el trabajo de MORENO MOLINA, A. M. “Políticas de planificación urbana, principio de integración y evaluación ambiental del planeamiento: situación actual y perspectivas de futuro”. En CASTILLO BLANCO, F. A. (Ed.). *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 147 y ss. Es significativo el título utilizado en el apartado 2º de su trabajo: “La evaluación ambiental como manifestación procesal o procedimental del principio de integración: evaluación de proyectos y evaluación de planes”, p. 154 y ss.

91 MORENO MOLINA, A. M. *Urbanismo y Medio Ambiente: las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 82-86.

92 *Ibid.* p. 86. Lo cual significa, como añade el autor, de una parte, que “a) la concepción y definición del instrumento de planeamiento urbanístico tienen que “tener en cuenta”, esto es, reflexionar activa y positivamente, sobre la incidencia que el plan va a tener sobre el medio ambiente y, b) identificar qué objetivos de calidad ambiental se pueden y deben incorporar en el planeamiento...”.

El profesor Moreno Molina se encarga de recordarnos varias leyes españolas en que se incorporado a nuestro ordenamiento el principio de integración que inspira las Directivas que son objeto de transposición, se trata de los grupos normativos sobre urbanismo, protección de la biodiversidad y evaluación ambiental. En efecto, es el caso, en primer lugar, de la Ley estatal del Suelo, que ahora se encuentra en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo u Rehabilitación Urbana. Si bien no hay una referencia al principio de integración ambiental, implícitamente se remite al mismo al establecer en su art. 3,1 que “las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible...”⁹³. En segundo lugar, hay una referencia expresa al “principio de integración” en la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en particular, en su art. 2, e) al recoger como principio: “La *integración* de los requisitos de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad en las políticas sectoriales y, en particular, en la toma de decisiones en el ámbito político, económico y social, así como la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”. Finalmente, otra de las manifestaciones relevantes de introducción del “principio de integración ambiental” en nuestro ordenamiento jurídico es con la citada Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, en donde, de una parte, se considera como uno de los objetivos de la ley “la integración de los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos” (art. 1,1, a), y, de otra parte, al recoger entre los principios de la evaluación ambiental el de “integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones” (art. 2, k).

En tercero y último lugar, la “política marítima integrada” (PMI) tiene su origen el impulso dado por la Unión Europea a partir de 2005 –con el “Libro Verde sobre una futura política marítima en la Unión Europea, a fin de desarrollar un sector próspero y sostenible”⁹⁴– en un intento de regular y gestionar las diferentes acciones y políticas comunitarias que se relacionan con el mar, con un planteamiento estratégico y global⁹⁵. Sin

93 El art. 3,2 del Texto Refundido establece además que “En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente...”.

94 Cfr. el documento COM (2005) 73 final, de 2 de marzo de 2005.

95 Cfr. el libro colectivo dirigido por la profesora NÚÑEZ LOZANO, M. C. *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*. Madrid: Iustel, 2010.

que podamos abordar esta compleja política, nos limitamos a señalar siguiendo a Núñez Lozano que con ella se trata de abordar los asuntos marítimos con un planteamiento integral que debe aplicarse en todas sus dimensiones: “en cada uno de los sectores de actividad, en cada uno de los niveles de administración, en las actuaciones de todos los agentes interesados, en los organismos de asesoramiento científico y político y en las actividades de los grupos de interés”⁹⁶; para ello “es esencial la cooperación y la coordinación, que debe operar en todos los planes y niveles, muy especialmente en lo normativo y en el procedimiento”⁹⁷.

El pilar ambiental de la PMI está plasmado en la Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política marítima del medio marino (también conocida como Directiva Marco sobre Estrategia Marina). Este Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino⁹⁸. Más recientemente, se adoptó en la Unión Europea la Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo⁹⁹. Como precedente de estas normas cabe destacar la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2002, relativa a la gestión integrada de las zonas costeras en Europa¹⁰⁰, que persigue “equilibrar los intereses sectoriales y lograr un empleo sostenible de los recursos marítimos que se ajuste a la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea”. Este grupo normativo referido a la ordenación integral de actividades marítimas y de protección del medio marino constituye a mi juicio un ejemplo paradigmático de la aplicación del enfoque de integración ambiental que estamos comentando.

Finalmente, como un botón de muestra de la riqueza de este

96 “La política marítima integrada de la Unión Europea”, en el libro colectivo citado en la nota precedente, p. 25 y 26.

97 *Ibíd.*, p. 26

98 BOE nº 317, de 30 de diciembre de 2010. Sobre esta Ley cfr. el libro colectivo coordinado por ARANA GARCÍA, E.; SANZ LARRUGA, F. J. y NAVARRO, A. *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*. Madrid. Thomson Reuters-Civitas, 2012.

99 En el considerando 16º de la Directiva se describen sus objetivos principales: “la ordenación del espacio marítimo puede desempeñar un papel muy útil a la hora de determinar las orientaciones relativas a la gestión sostenible e integrada de las actividades humanas en el mar, la conservación del entorno vital, la fragilidad de los ecosistemas costeros, la erosión y los factores sociales y económicos. La ordenación del espacio marítimo debe aspirar a integrar la dimensión marítima de algunos usos o actividades costeros y sus efectos y permitir finalmente una visión integrada y estratégica”.

100 Cfr. el trabajo de SANZ LARRUGA, F. J. “La Unión Europea y la Estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras”. En *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2009, p. 29 y ss.

enfoque integrado orientado a la ordenación y gestión costera¹⁰¹ –a la que he dedicado mi atención intensivamente los últimos años–, quiero recoger resumidamente las enormes consecuencias y potencialidades que derivan de base teórica de la llamada “gestión integrada” y que, a nuestro juicio, parten de los siguientes presupuestos¹⁰²:

- La “gestión integrada” es el punto de llegada o perfeccionamiento del sistema de gestión ambiental de la naturaleza conforme al “enfoque eco sistémico” que tiene como fase intermedia la puesta de relieve de la interdependencia entre los medios o recursos que se trata de proteger o gestionar

- Para lograr el desarrollo sostenible es preciso, al menos, una triple integración:

1º. La integración del ambiente en la planificación del territorio y la gestión específica del litoral

2º. La integración de los elementos constitutivos del ambiente (aire, agua, ecosistema, paisaje, residuos, fauna, flora) y de sus interrelaciones e interacciones

3º. La integración de los cuatro fundamentos del desarrollo sostenible: los factores económico, social, cultural y ambiental.

- La única forma de lograr una gestión integrada es partir de una visión o planteamiento global y, a su vez, para este fin se hace preciso contar con eficaces mecanismos de coordinación entre las instituciones y los agentes políticos, sociales, públicos y privados, así como con los principios de “gobernanza” o “buen gobierno” que pasan a aportar una abundante información y vías de acceso para la participación

- Las modalidades de integración que resultan imprescindibles para la aplicación de un verdadero proceso de gestión integrada son las siguientes:

1ª. La “integración territorial” que tenga en cuenta la interdependencia entre las partes terrestres y marítimas del litoral,

2ª. La “integración institucional”, a través de la coordinación horizontal y vertical de las autoridades públicas,

3ª. La “integración de las planificaciones y de las actuaciones” mediante las estrategias, planes y programas que se someten

101 Un nuevo enfoque que ha sido asumido por nuestra doctrina sobre la ordenación jurídica costera: MENENDEZ REXACH, A. “La gestión integrada del litoral”. En NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Ed.). *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea: Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*. Madrid: Iustel, 2010, p. 135-185.

102 Ideas extraídas del trabajo de PRIEUR, M. y SANZ LARRUGA, F. J. “El Protocolo sobre gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo”. En *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2009, p. 17-18.

a una evaluación ambiental estratégica,

4ª. La “integración de la decisión”, relativa a los proyectos y actividades, concertación, decisión en común, participación de los agentes y evaluación previa de los impactos sobre el ambiente, y

5ª. La “integración fronteriza” basada principalmente en la cooperación transfronteriza y en las evaluaciones ambientales transfronterizas.

REFLEXIÓN CONCLUSIVA

En el número 200, del año 2016 de la *Revista de Administración Pública* dedicado a “El Derecho Administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea”, escribe la profesora Lozano Cutanda ofreciendo una visión panorámica del Derecho Ambiental en España, acerca de su surgimiento y desarrollo, así como de los principales problemas y desafíos que plantea actualmente la protección del medio ambiente¹⁰³. En este trabajo se pone de manifiesto la enorme importancia que ha tenido para el derecho ambiental español la incorporación del acervo jurídico europeo: “un completo sistema jurídico dirigido a la prevención de los daños ambientales” y un sucesivo realzamiento del objetivo ambiental en la Unión Europea dotándole de un acervo normativo en la materia “considerado como uno de los más avanzados y completos del mundo”¹⁰⁴. Y cita entre los principios del derecho ambiental al de “integración del medio ambiente en las demás políticas de la Unión” como uno de los más asentados que se han labrado en el ámbito del Derecho Internacional y que hoy aparece constitucionalizado en los Tratados de la Unión Europea¹⁰⁵.

No cabe duda de que la crisis económica mundial ha puesto de manifiesto la necesidad de promover otro principio, el de “no regresión” o “cláusula de *standstill*” de la que también habla la profesora citada¹⁰⁶. Sin embargo, pese a la popularidad de este necesario principio de la política ambiental, he querido con esta colaboración reconocer, reivindicar la importancia que, a mi juicio y según la mayoría de los autores, tiene el principio de integración ambiental. Quizá de forma más desapercibida, menos espectacular, pero efectiva –gracias a algunas de las técnicas que promueve, orienta e inspira– va colaborando a que la integración europea sea también una verdadera integración jurídica-ambiental.

103 En su artículo titulado: “Derecho Ambiental: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, p. 409-438.

104 *Ibíd.* p. 422.

105 *Ibíd.* p. 425.

106 *Ibíd.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA). *El Medio Ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2015. Informa de síntesis*. Copenague: 2015.

AGUILAR FERNÁNDEZ, S. “El principio de integración medioambiental dentro de la Unión Europea: la imbricación entre integración y desarrollo sostenible”. *Papers*. 2013, n° 71, p. 77-97.

ARANA GARCÍA, E.; SANZ LARRUGA, F. J. y NAVARRO, A. *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*. Madrid. Thomson Reuters-Civitas, 2012.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Derecho Ambiental*. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2014.

FERGUSON, M., COFFEY, C, WILKINSON, D., y BALDOCK, D. *The effectiveness of EU Council Integration Strategies and Options for carrying forward the “Cardiff” Process*. IEEP, 2001.

HANF, K.; MEZO, J.; LANAIA, A. y MORATA, F. “Integración ambiental de las políticas en el sistema autonómico español: un reto aún no superado”. *XI Congreso de las Asociación Española de Ciencia Política*, Sevilla, septiembre de 2013.

MENENDEZ REXACH, A. “La gestión integrada del litoral”. En NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Ed.). *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea: Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*. Madrid: Iustel, 2010, p. 135-185.

MORENO MOLINA, A. M. “Políticas de planificación urbana, principio de integración y evaluación ambiental del planeamiento: situación actual y perspectivas de futuro”. En CASTILLO BLANCO, F. A. (Ed.). *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

MORENO MOLINA, A. M. *Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MORENO MOLINA, A. M. *Urbanismo y Medio Ambiente: las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

NÚÑEZ LOZANO, M. C. *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*. Madrid: Iustel, 2010.

PERNAS GARCÍA, J. J. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Atelier, 2004.

PLAZA MARTÍN, C. *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

PRIEUR, M. y SANZ LARRUGA, F. J. “El Protocolo sobre gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo”. En *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2009, p. 17-18.

RODRIGO, A. J. *El desafío del Desarrollo Sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

RUÍZ DE APODACA, A. R. *Régimen de la Evaluación Ambiental*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.

SANZ LARRUGA, F. J. “La Unión Europea y la Estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras”. En *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2009.

SKOURIS, W. “L’Intégration de la dimension environnementale dans les diferentes politiques communautaires, illustré par des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”. En N. COLNERIC, et al. (Eds.). *Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlin: BMW, 2003, p. 497-508.

VERDÚ AMORÓS, M. *Concepto y formulación del Principio de Integración Ambiental*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008.

WASMEIER, M. “The Integration Principle of Environmental Protection as a general Rule for interpreting Community Law”. *CMLR*, 2001, vol 38, p. 159-177.

ANEXOS

I. Normativo

A. Derecho Internacional (Declaraciones internacionales)

- “Declaración de Estocolmo”, aprobada con motivo de la “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano”, aprobada en la 21 sesión plenaria, en Estocolmo, el 16 de junio de 1972.
- “Carta Mundial de la Naturaleza”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por su Resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982
- “Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, aprobada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro entre los días 3 al 14 de junio de 1992
- “Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible”, aprobada en la 17 sesión plenaria, celebrada el 4 de septiembre de 2002.

B. Derecho Comunitario

- Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985 (DO, L 302, de 15 de noviembre de 1985).
- “Acta Única Europea”, firmada en 1986 y con entrada en vigor en julio de 1987 (DO, L 169 de 29 de junio de 1987).
- “Tratado de la Unión Europea” (Tratado de Maastricht) de 7 de febrero de 1992 (con entrada en vigor al 1 de noviembre de 1993) (DO, C 191, de 29 de julio de 1992).
- Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación (Directiva IPPC) (DO, L 257, de 10 de octubre de 1996).
- “Tratado de la Unión Europea” (Tratado de Ámsterdam), aprobado por el acuerdo firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999).
- Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas sobre el medio ambiente (Directiva sobre evaluación ambiental estratégica) (DO L 197, de 21 de julio de 2001).
- Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2002, relativa a la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa (DO, L

- 148, de 6 de junio de 2002).
- “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (2000/C 364/01), de 7 de diciembre de 2000
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009)
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/C 326/01; DO C 326 de 26 de diciembre de 2012).
- Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política marítima del medio marino (Directiva Marco sobre la Estrategia Marina) (DO L 164, de 25 de junio de 2008).
- Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales (entrada en vigor el 7 de enero de 2013) (DO L 334 de 17 de diciembre de 2010).
- Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo (DO 257, de 28 de agosto de 2014).

C. Derecho Español

- Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2007).
- Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino (BOE nº 317, de 30 de diciembre de 2010)
- Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE nº 140, de 12 de junio de 2013).
- Ley 21/2013, de 9 de diciembre, Evaluación Ambiental (BOE nº 296, de 11 de diciembre de 2013).
- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015).

II. Jurisprudencial (del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964 (asunto Costa c. ENEL, Asunto c-6/64, Rec. 1141)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de marzo de

- 1990 (Asunto c-62/88, Grecia c. Consejo, Rec. I-1527 (1990)).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1996 (asunto C-303/94, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea. Rec. I-2943).
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 1991 (asunto C-290/89, Comisión c. Consejo).
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1999 (asunto “Braathens Sverige AB” C-346/97)
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001 (asunto C-379/98. “PreussenElektra”, Rec. 2867).
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2002 (asunto “Concordia Bus Finland” C-513/99, I-7213).
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011 (asunto Comisión v. Austria, C-28/2009).

RESUMEN BIOGRÁFICO

Francisco Javier Sanz Larruga es Catedrático de Derecho Administrativo y Profesor de Derecho Ambiental en la Universidade da Coruña, España.

RELAÇÃO ENTRE A RECEPÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E O GRAU DE ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AOS FENÔMENOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

RELACIÓN ENTRE LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL GRADO DE APERTURA DE LAS CONSTITUCIONES A LOS FENÓMENOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

*Aline Beltrame de Moura**

Resumo: *O presente artigo objetiva analisar a posição hierárquica que as normas internacionais assumem perante os ordenamentos jurídicos dos Estados membros do MERCOSUL de modo a estabelecer a relação entre a forma de recepção do direito internacional e o grau de abertura das constituições nacionais aos fenômenos de integração regional. Observa-se que há um tratamento bastante diferenciado em cada um dos países analisados, dificultando o aprofundamento da cooperação regional. A metodologia utilizada baseia-se na pesquisa comparativa da legislação, doutrina e jurisprudência dos cinco Estados membros do MERCOSUL, qual sejam Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.*

Resumen: *El presente artículo tiene por objeto analizar la posición jerárquica que las normas internacionales asumen ante los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del MERCOSUR para establecer la relación entre la forma de recepción del derecho internacional y el grado de apertura de las constituciones nacionales a los fenómenos de integración regional. Se observa que hay un tratamiento bastante diferenciado en cada uno de los países analizados, dificultando la profundización de la cooperación regional. La metodología utilizada se basa en la investigación comparativa de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los cinco Estados miembros del MERCOSUR, que son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.*

* Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.
E-mail: aline.moura@ufsc.br
Recibido: 12/03/2018. Aceptado: 30/06/2018.

Palavras-chave: Direito Internacional, Direito Constitucional, Direito Comparado, Hierarquia das fontes, MERCOSUL

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Comparado, Jerarquía de las fuentes, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO

No âmbito dos processos de integração, a construção de um quadro normativo decorrente das decisões tomadas pelos órgãos regionais sempre apresentou características próprias no que se refere à implementação de tais normas no espaço territorial dos Estados Partes. Portanto, a sua efetividade depende, principalmente, da incorporação por parte de cada um dos sistemas jurídicos estatais da norma de direito internacional e, ainda, do modo como em um determinado ordenamento estatal as diferentes categorias de normas internacionais são aplicadas e coordenadas com as respectivas regras internas. Neste ponto, cumpre esclarecer que, para os fins de solução prática dos problemas concernentes à incorporação, se mostra irrelevante o debate aprofundado entre certas posições teóricas, como o monismo e o dualismo, pois mesmo em se adotando uma ou outra perspectiva, o conteúdo, em si, não é alterado¹.

Considerando, portanto, o ordenamento jurídico interno das organizações internacionais como um ordenamento derivante do direito internacional geral, o problema das relações entre aquele e os sistemas jurídicos internos dos Estados membros não se apresenta em termos diferentes do mais amplo problema da relação entre o ordenamento internacional geral e os respectivos ordenamentos internos. Além disso, sendo a organização internacional fundada em um tratado constitutivo, trata-se, pois, de examinar a eficácia deste nos ordenamentos internos².

Um dos pontos relevantes da relação entre direito do MERCOSUL e sistemas jurídicos nacionais é a posição hierárquica que o primeiro adquire quando incorporado a estes. Nesse sentido, de acordo com o que será analisado, Argentina, Paraguai e Venezuela adotam um sistema que privilegia as normas MERCOSUL, por sua vez, Brasil e Uruguai não preveem nenhum tratamento diferenciado. Trata-se, assim, de verificar qual é a eficácia adquirida pelas normas estatutárias do MERCOSUL (tratados e protocolos) e pelos atos emanados de seus órgãos quando

1A título de esclarecimento, segundo os defensores do monismo, o direito estatal encontra o seu fundamento no direito internacional, já os que sustentam o dualismo afirmam que o ordenamento estatal seja originário e, portanto, completamente distinto e separado do ordenamento internacional. Para aprofundamento ver: CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. VIII ed. Napoli: Scientifica, 2010, p. 308.

2 DRAETTA, Ugo. *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*. 3° ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 169-170

entram em contato com as normas nacionais dos Estados membros.

Outro ponto de suma importância na relação entre ambos os ordenamentos é a questão da harmonização das legislações dos Estados membros em favor da construção do mercado comum. Apesar de esta ser uma das afirmações previstas pelo art. 1 do Tratado de Assunção, de 1991, observa-se que é uma meta de difícil alcance na atual fase do processo de integração do MERCOSUL. É irrefutável que existam países cujos ordenamentos já se encontram preparados para uma experiência mais intensa de convivência no plano internacional e outros que, ao invés, parecem ser indiferentes às evidentes mudanças do cenário regional e global.

No âmbito do MERCOSUL, Argentina e Paraguai procederam à reforma das respectivas Constituições com a finalidade de se harmonizarem às exigências de uma efetiva integração no plano regional. Por sua vez, Venezuela já possuía uma Carta constitucional redigida tendo em vista este fim, enquanto que Brasil e Uruguai ainda conservam uma certa desconfiança em relação às adaptações constitucionais necessárias para fazer avançar a integração regional também em termos jurídicos.

Observa-se, dessa forma, que a integração do direito do MERCOSUL no ordenamento interno de cada um dos Estados membros varia de acordo com o grau de abertura das Constituições aos fenômenos de integração regional. A experiência europeia demonstra que a relação do direito comunitário com os sistemas jurídicos nacionais ocorreu por meio da progressiva transformação destes ordenamentos até o momento em que se fez premente a realização de modificações constitucionais ou mesmo a introdução de normas permissivas ou limitadoras do processo de integração³.

No caso do MERCOSUL, observa-se que deveria existir um verdadeiro compromisso político em realizar um progresso em prol de modalidades mais intensas de integrações, para somente depois iniciar uma harmonização constitucional que admita a aplicação preferencial dos instrumentos internacionais em geral, incluindo aqueles de integração regional, sobre o direito interno e, em um segundo momento, a introdução de uma espécie de “cláusula de habilitação” que permita o acesso às estruturas supranacionais⁴.

3 Observa-se que esta integração não diz mais respeito somente a legislação ordinária, pois nos ordenamentos nacionais foi sendo realizada, ao longo do tempo e sob a pressão de várias exigências, uma verdadeira *constitucionalização* (em sentido amplo) da *União Europeia nas Constituições nacionais*. A introdução da chamada “cláusula europeia” ocorreu em todas as Constituições dos 27 Estados membros, por exemplo, nos arts. 23A – 23F da Constituição da Áustria, o art. 34 daquela da Bélgica, arts. 88-1 a 88-4 da francesa, art. 23 da Lei Fundamental alemã, arts. 11, 117 e 120 da Constituição italiana, art. 10a daquela do Reino Unido e art. 93 da Carta Magna espanhola.

4 BAZÁN, Víctor. *La integración supranacional y el federalism en interacción: perspectivas y desafíos*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV. Montevideo, 2009, p. 639-687, p. 644.

2. O PAPEL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA HIERARQUIA DAS FONTES

A determinação da posição hierárquica dos instrumentos internacionais perante o ordenamento interno dos Estados membros do MERCOSUL depende, principalmente, das disposições constitucionais de cada um destes com relação à hierarquia das fontes. De qualquer forma, o problema acerca do papel que o direito internacional assume ao ser incorporado mostra-se extremamente complexo, dado que define as suas relações com a legislação ordinária e com as normas constitucionais⁵. De um lado, Argentina, Paraguai e Venezuela possuem Constituições que disciplinam especificamente a posição dos tratados internacionais na hierarquia das fontes. A paisagem, todavia, muda de fisionomia no caso do Brasil e do Uruguai, em virtude não somente das carências normativo constitucionais, mas também em razão de certos critérios jurisprudenciais predominantemente adotados pelos tribunais nacionais.

A *Suprema Corte de Justicia de la Nación* da Argentina, mesmo antes da reforma constitucional de 1994, já tinha atribuído aos instrumentos internacionais uma hierarquia superior às leis nacionais, assegurando a sua aplicação prevalente, principalmente em matéria de direitos humanos⁶. Veja-se os casos *Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros* de 7 de julho de 1992 e *Fibraca Constructora versus Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* de 7 de julho de 1993.

No primeiro caso analisado pela *Suprema Corte*, em 1992, uma pessoa física alegava ter sido ofendida nos seus sentimentos e convicções religiosas por um apresentador de televisão que tinha pronunciado certas opiniões sobre a Virgem Maria e sobre Jesus, as quais o autor havia considerado graves. Com a finalidade de exercitar o direito de réplica, previsto no art. 14.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o ofendido promoveu uma ação judicial, não acolhida em segunda instância, mas julgada procedente pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* em sede recursal⁷.

A Constituição argentina, por sua vez, foi além ao prever expressamente uma posição hierárquica constitucional a onze acordos internacionais sobre direitos humanos e também em favor daqueles que no futuro venham a ser incorporados ao ordenamento jurídico argentino. Em outras palavras, a Argentina adotou um sistema *supralegal*⁸ ao dispor

5 CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. 8ª ed. Napoli: Scientifica, 2010, p. 318 e 335.

6 FONTOURA, Jorge. "Asimetrías Constitucionales en el MERCOSUR". Em: GOMES, Eduardo Blacchi (Ed.). *A integração regional no direito internacional: o futuro do MERCOSUL e da União Europeia*. São Paulo: LEX, 2006, p. 104-105.

7 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 1-7.

8 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. "Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do MERCOSUL". *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol 52, nº 1, 2009, p. 66.

no art. 75, inciso 22⁹ que aprovado o tratado internacional pelo Congresso, depois da ratificação pelo Presidente da Nação¹⁰, este goza de um *status* hierárquico intermediário, isto é, superior às normas ordinárias, mas subordinado à Constituição e que os tratados sobre direitos humanos que sejam aprovados por um terço do total de membros do Congresso Nacional, gozam de posição hierárquica constitucional.

Com relação ao Paraguai, uma resposta constitucional equivalente à argentina pode ser extraída de uma interpretação sistemática dos artigos 137¹¹ e 141¹² da Constituição paraguaia de 1992.

De fato, o art. 137, § 1º estabelece uma ordem de precedência das disposições legais que considera integrantes do direito positivo nacional. Logo após a supremacia do documento constitucional, os tratados, as convenções e os acordos internacionais aprovados pelo Congresso assumem uma posição hierárquica que se posiciona entre a Constituição e as outras leis nacionais, ou seja, obedece ao sistema *supralegal* tal como o argentino. Quanto aos tratados sobre direitos humanos, a única referência neste sentido encontra-se no dispositivo sobre a sua eventual denúncia, segundo o qual tais tratados perderiam a vigência somente após um procedimento especial que requer a aprovação por maioria qualificada do Congresso, exigência idêntica aquela requerida para o procedimento de emenda constitucional¹³.

Em sintonia com os preceitos constitucionais, a jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia* paraguaia já havia tido oportunidade de interpretar e de expressamente declarar o valor *supralegal* de tais documentos de direito internacional¹⁴.

Por sua vez, a Constituição da Venezuela de 1999, apesar de não

9 “Art. 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...] 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”.

10 “Art. 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

11 “Art. 137 – De la supremacía de la constitución: La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

12 “Art. 141 - De los tratados internacionales: Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

13 “Art. 142 - De la denuncia de los tratados: Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.”

14 Acórdãos nº 59/2001 de 20 de março de 2001 e nº 126/2002 de 19 de março de 2002.

fazer nenhuma menção acerca do papel que um tratado em geral assume no ordenamento venezuelano, prevê que aqueles sobre direitos humanos adquirem uma posição hierárquica constitucional e prevalecem no ordenamento interno na medida em que contenham normas mais favoráveis que as estabelecidas pela Constituição e pelas leis nacionais¹⁵. Prevê, ainda, que tais tratados possuem aplicabilidade imediata e direta pelos tribunais e pelos órgãos do Poder Público, evidenciando a utilização da tradição monista neste tipo de temática¹⁶. O autor sustenta que a Venezuela adota um sistema misto para a incorporação do direito internacional, pois alguns tipos de tratados obedecem a teoria monista, como aqueles sobre direitos humanos e sobre a integração regional, e outros, ao contrário, seguem a tradição dualista.

Todavia, a jurisprudência venezuelana vem interpretando tais preceitos constitucionais em um modo bastante limitado, restringindo, de certa forma, o seu alcance. Alguns polêmicos acórdãos proferidos pela *Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justicia* (n° 1013 de 12 de junho de 2001, n° 1942 de 15 de julho de 2003 e n° 1572 de 9 de dezembro de 2008) tinham a clara intenção de interpretar restritivamente o art. 23, no sentido de excluir os juízos e as opiniões de instituições ou organismos internacionais de direitos humanos do *status* equivalente ao constitucional, pois o juiz nacional, segundo o pronunciamento dos magistrados em tais processos, seria o único capaz de interpretá-los. Nestas oportunidades os juízes sustentaram que

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Na realidade, este comportamento visava atingir diretamente as recomendações contidas nos informativos adotados pela Comissão Interamericana, atribuindo-lhes o caráter “não obrigatório”, assim como os acórdãos da Corte Interamericana que, para terem força executiva dentro do Estado, devem se adaptar à Constituição, em conformidade com o juízo dos magistrados nacionais¹⁷. Recordar-se que a Venezuela

15 “Art. 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

16 OLIVEIRA, María Fátima Pinho de. “Los tratados internacionales y sus posibles conflictos en el orden interno a luz de la constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”. *CONHISREMI: Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*. vol 7, n° 3, 2011, p. 136-137.

17 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 654-655.

ratificou a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos em 1977 e reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1981. Porém, em 10 de setembro de 2012 o país apresentou denúncia e, um ano depois, desligou-se legalmente da Convenção. Tal denúncia, contudo, não tem o efeito de desobrigar o Estado Parte de eventuais violações que houver cometido anteriormente à data na qual a denúncia passou a produzir efeito.

Em que pese a atual situação política da Venezuela e as pronúncias dos tribunais venezuelanos em sentido contrário aos propósitos aparentemente definidos pela Constituição, fato é que a Venezuela prevê expressamente uma disciplina nesta matéria, estabelecendo um sistema teoricamente muito receptivo aos tratados internacionais e, em especial, àqueles de direitos humanos.

Como havia sido mencionado em precedência, a paisagem muda totalmente de fisionomia quando se procede a uma análise da situação do Brasil e do Uruguai. A lacuna normativa acerca da interação dos instrumentos internacionais com o direito interno é atualmente uma questão irrefutável¹⁸ e prejudica a interpretação e a aplicação do direito por parte dos juízes nacionais que, por sua vez, não têm a disposição as ferramentas jurídicas aptas para afrontar determinadas situações de natureza internacional ou regional e acabam por utilizar os fatídicos mecanismos de direito doméstico que nem sempre são os mais adequados.

Ambos os países adotam um sistema de *legalidade*¹⁹ nas relações entre direito internacional e direito estatal. Isto significa que, em regra, qualquer que seja a norma internacional, esta não adquire um *status* diferenciado e que qualquer norma posterior ou mais específica pode derrogar aquela anterior ou mais geral, independentemente do fato de esta ser uma norma de origem nacional ou internacional.

Com efeito, o contexto constitucional do Uruguai caracteriza-se pela ausência de normas sobre a posição hierárquica dos instrumentos internacionais perante o direito interno. A doutrina é unânime no sentido de que a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento uruguaio deve ser objeto de uma reforma constitucional capaz de superar a atual incerteza jurídica, jamais desejada nem admissível em um processo de integração²⁰.

Apesar disso, no plano jurisprudencial, a *Suprema Corte de Justicia* uruguaia já se manifestou no *Recurso de Cassación*, Ficha nº 357/989 de 20 de junho 1990, ao interpretar uma norma da Convenção Internacional do Trabalho nº 98, que “*compartir la tesis que la Ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación, tesis que*

18 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 648.

19 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Op. cit., p. 66.

20 FERRAND, Martín Riso. *Derecho Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 383-384; BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 652.

[...] es unánime en la jurisprudencia de los jueces internos de todos los países.” Em outras palavras, os magistrados acolheram uma tese que, segundo eles, seria unânime na jurisprudência e na doutrina de todos os países e que admitiria a aplicação da lei nacional posterior mesmo em caso de contradição com um tratado internacional, uma vez que aceitar um comportamento diferente seria o mesmo que violar a Constituição. De acordo com a lógica decorrente da aplicação desta tese, aprovado um tratado, o Parlamento seria proibido de ditar códigos e leis que não coincidissem plenamente com aquele, bem como seria obrigado a derrogar todas as normas internas anteriores incompatíveis, situação que, do ponto de vista dos magistrados, era totalmente inadmissível.

No tocante aos tratados sobre direitos humanos, a Constituição uruguaia não é explícita, mas, indiretamente, o art. 72 estabelece que os direitos, os deveres e as garantias contidas na Carta Magna não excluem outros direitos inerentes à pessoa humana, deixando assim uma abertura para a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos, sem determinar, contudo, a previsão de um tratamento diferenciado como é vislumbrado nos países acima analisados.

Por fim, no Brasil, a Constituição não prevê a posição hierárquica que devem adquirir os tratados internacionais em geral quando são incorporados ao ordenamento interno. A lacuna normativa acabou deixando espaço à atuação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual é clara ao afirmar que a paridade hierárquica entre lei federal e tratado internacional é o critério prevalentemente utilizado, salvo específicas exceções, como o art. 98 do Código Tributário Nacional e em matéria de extradição. Estas são exceções à regra *lex posterior derogat priori* que asseguram uma posição hierárquica superior aos tratados internacionais em matéria tributária em relação às leis ordinárias. Neste contexto, deduz-se que, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais, inclusive as normas do MERCOSUL, adquirem a natureza de lei ordinária, permitindo que sejam desaplicadas em base aos critérios da sucessão normativa, isto é, por qualquer norma nacional posterior contrária, ou da especialidade, quando uma norma específica se impõe sobre a geral.

Salienta-se que esta é uma lógica que obedece a solução acolhida por dois acórdãos pronunciados durante o período militar, os Recursos Extraordinários n° 71.154 de 1971 e n° 80.004 de 1977. No primeiro, o STF analisou a Constituição seguindo um juízo de analogia, colocando o tratado no mesmo nível da lei ordinária, isto é, de idêntica natureza, autorizando a revogação de uma lei interna para um tratado posterior. No segundo caso, afirmou-se que a lei ordinária posterior ao tratado pode alterá-lo²¹. Muito embora em um momento precedente fosse adotada a ideia de que os tratados internacionais tinham uma posição

21 FONTOURA, Jorge. Op. cit., p. 102-103.

superior em relação às leis ordinárias, a lógica de paridade hierárquica, construída e consolidada nos anos 70 por meio dos citados acórdãos, é aquela até hoje acolhida pela jurisprudência e pela doutrina brasileira.

Além disso, evidencia-se que não é prevista nenhuma distinção entre normas MERCOSUL e tratados internacionais em geral, ambos são submetidos a mesma disciplina. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve ocasião de se pronunciar sobre a incorporação e aplicabilidade de norma mercosulinas na Carta Rogatória (AgRg) nº 8.279/98, afirmando que

A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral [...]. A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.

Apesar do que foi dito acima, parece necessário advertir que se observa um certo progresso no panorama brasileiro em relação aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, fundamentalmente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 que inaugurou uma nova fase na disciplina da incorporação dos tratados nesta matéria. Segundo o art. 5, § 3 da Constituição Federal os tratados desta natureza que sejam aprovados tanto pela Câmara quanto pelo Senado Federal, em dois turnos e por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, isto é, terão *status* de norma constitucional²². Até o momento, o único tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a adquirir hierarquia equivalente ao da emenda constitucional foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 2007 na cidade de Nova Iorque e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, mais de uma vez (RE nº 466343/SP de 5 de junho de 2009, RE nº 349703/RS de 6 de junho de 2009 e HC nº 87585/TO de 26 de junho de 2009), que o *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele contrastante, seja esta anterior ou posterior ao ato de adesão ao tratado. Em todos os casos tratava-se de considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que fosse a modalidade de depósito,

²² “Art. 5, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas *constitucionais*”.

prevista pelo art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal e pelas normas subalternas, em razão de uma interpretação à luz do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7).

Salienta-se que, tecnicamente, a prisão do depositário infiel não foi considerada inconstitucional pelos ministros do Supremo, passando a ser tida como ilícita (Súmula Vinculante nº 25 do STF) e descabida (Súmula 419 do STJ) porque as leis que operam esta medida coercitiva encontram-se abaixo dos tratados sobre direitos humanos e, por conseguinte, tornam-se inaplicáveis, não havendo mais base legal para prisão civil do depositário infiel.

3. O GRAU DE ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AOS FENÔMENOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

No tocante ao grau de abertura das constituições dos Estados membros do MERCOSUL aos fenômenos de integração regional, observa-se a latente dificuldade de alguns países em harmonizarem suas legislações com as naturais exigências de uma cooperação internacional mais estreita e estabelecida entre Estados ligados entre si por laços econômicos, políticos, sociais e culturais.

A Constituição argentina reflete a sua abertura ao externo também na política em matéria de relações internacionais e, em particular, com relação ao fenômeno da integração regional. Tanto que a própria Constituição faz uma distinção entre tratados internacionais em geral e tratados internacionais de integração regional. Com efeito, o art. 75, inciso 24 é claro ao afirmar a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição às organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade, desde que seja respeitada a ordem democrática e os direitos humanos, advertindo que tais normas assumem uma posição superior às leis²³. Por conseguinte, pode-se dizer que, em última análise, tal dispositivo prevê uma habilitação constitucional para, por exemplo, permitir a criação de um tribunal supranacional com jurisdição delegada²⁴.

23 “Art. 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. [...]”

24 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 646.

Além disso, o citado dispositivo constitucional estabeleceu um tratamento privilegiado no tocante ao procedimento e às maiorias parlamentares exigidas para a aprovação dos tratados relativos à criação de blocos de integração cujos membros sejam Estados latino americanos. Neste caso, é necessário a maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara. Diversamente, para os tratados assinados com Estados terceiros, isto é, que não pertençam à América Latina, além deste requisito é exigida também uma prévia declaração de conveniência, sendo que a efetiva aprovação do tratado somente poderá ocorrer após um lapso temporal de cento e vinte dias do ato declarativo.

Sob tal perspectiva, o Paraguai prevê uma norma aparentemente análoga, mas substancialmente diversa, disposta no art. 45 da Constituição²⁵. Este dispositivo admite, em condições de reciprocidade com os outros Estados, a participação do Paraguai em uma “*orden jurídico supranacional*” que garanta o respeito aos direitos humanos, à paz, à justiça, à cooperação e ao desenvolvimento nos âmbitos políticos, econômico, social e cultural. Salienta, ainda, que as decisões tomadas em conformidade com tal ordenamento jurídico supranacional devem ser adotadas pela maioria de cada uma das Câmeras do Congresso.

Uma simples leitura revela a manifesta incongruência deste dispositivo constitucional. A primeira parte permite a eventual criação de um direito supranacional, isto é, de um ordenamento comunitário²⁶ e, por consequência, as normas de direito derivado deveriam obedecer a lógica supranacional e, portanto, terem aplicabilidade imediata e efeito direto nos sistemas jurídicos estatais²⁷. Contudo, a redação da segunda parte da norma surpreende ao exigir a necessidade da adoção de procedimentos de incorporação das decisões tomadas pelos órgãos regionais de integração para terem validade no plano interno.

Dessa forma, diferentemente da Argentina, que prevê somente a necessidade de incorporação dos tratados constitutivos de organizações internacionais regionais de caráter supranacional, a norma paraguaia estipula que também o direito que destas sejam derivados deverão ser incorporados de acordo com os procedimentos internos para fins de validade e de vigência no país.

25 “Art. 145 - *Del orden jurídico supranacional: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso*”.

26 Para um estudo aprofundado sobre os elementos que compõem o fenômeno da supranacionalidade ver: MOURA, Aline Beltrame de. “Organizações Internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da União Europeia e a intergovernamentalidade do MERCOSUL”. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Ed.). *Organizações internacionais e seus dilemas formas e informais*. Ijuí: ed. Unijuí, 2012, p. 268-281.

27 JIMENES, Martha Lucia Olivar. “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO, Maristela (Ed.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 84-85.

É interessante notar que foi designada uma norma constitucional específica para disciplinar o funcionamento de um eventual ordenamento jurídico supranacional, separada das disposições sobre os tratados internacionais em geral. De tal fato, deduz-se o intento dos constituintes paraguaios em evidenciar a concepção autônoma ofertada as temáticas concernentes aos processos de integração regional. Muito embora não tenha sido regulamentada de modo específico a posição hierárquica que este tipo de norma possa adquirir ao ser recepcionada pelo sistema jurídico paraguaio, acredita-se que a mesma assumiria o *status* dos tratados internacionais em geral.

A abertura constitucional à integração regional é expressa também no art. 153 da Constituição da Venezuela, o qual estabelece que este Estado promoverá e favorecerá a integração latino americana e do Caribe com o escopo de criar uma comunidade de nações e, para este fim, pode celebrar tratados com a finalidade de atribuir às organizações supranacionais o exercício das competências necessárias para a realização dos processos de integração. No sentido da abertura verso a integração regional, é relevante observar que, apesar de a unidade monetária da Venezuela ser o bolívar, o art. 38 dispõe que “*En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.*” Além disso, o mesmo artigo salienta que as normas adotadas no âmbito dos acordos de integração serão consideradas partes integrantes do ordenamento jurídico vigente e terão aplicabilidade direta e preferencial em relação à legislação interna.

Ademais, a Venezuela possui um sistema de controle prévio de constitucionalidade dos instrumentos internacionais e isto significa que, através de um procedimento específico, se verifica a conformidade dos tratados assinados pela República com a Constituição antes que seja realizada a ratificação. Em razão disso, em teoria, não seria possível submetê-los, no futuro, a um procedimento de controle ou a uma ação de inconstitucionalidade. Assim, o estabelecimento de uma modalidade de controle prévio dos tratados parece ser uma solução interessante para os processos de integração supranacional, em virtude da promoção de uma maior segurança jurídica²⁸.

O Brasil, por sua vez, apesar de insculpir o princípio que rege as suas relações internacionais no art. 4, parágrafo único da Constituição de 1998, segundo o qual a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino americana de nações”, não faz nenhuma outra menção a este respeito ao longo da Carta constitucional.

No plano jurídico, também o Uruguai não prevê uma cláusula

28 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 653.

de habilitação capaz de permitir a atribuição de certas faculdades ou competências aos organismos supranacionais. Embora exista um consenso doutrinário no sentido de que o Tratado de Assunção não apresenta nenhuma incompatibilidade com a Constituição uruguaia de 1967, sobretudo em uma fase intergovernamental do MERCOSUL, não existe uma consonância absoluta de que, no caso de aprofundamento da integração e de uma eventual transferência de competências a um organismo supranacional habilitado a emitir normas de aplicabilidade direta, imediata e preferencial sobre o direito interno, o tratado seria considerado inconstitucional²⁹.

Em particular, o art. 4 da Constituição dispõe que “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes [...]*”. Tal enunciado induziu grande parte da doutrina a afirmar que a única alternativa para o Uruguai, em um caso hipotético de organização supranacional, seria a de realizar uma reforma constitucional com a finalidade de introduzir uma cláusula de habilitação no estilo da previsão argentina³⁰.

CONCLUSÃO

Do exposto verifica-se que um dos pontos críticos da relação entre direito do MERCOSUL e sistemas jurídicos nacionais é a posição hierárquica que o primeiro adquire quando incorporado aos últimos. Como visto, Argentina, Paraguai e Venezuela adotam um sistema que privilegia as normas MERCOSUL, chamado supralegal, posicionando-as abaixo da Constituição, mas acima das demais leis. Por sua vez, Brasil e Uruguai não preveem nenhum tratamento diferenciado, sendo a jurisprudência dos tribunais superiores a responsável por preencher tal lacuna constitucional. Segundo os magistrados brasileiros e uruguaio, os tratados internacionais em geral assumem um papel equivalente ao de uma lei ordinária, já os que versam sobre direitos humanos podem adquirir um *status* análogo ao constitucional, desde que sejam observadas determinadas condições.

Dada a disparidade de tratamento que as normas do MERCOSUL recebem no interior dos Estados membros, torna-se complicado estabelecer padrões de segurança jurídica compatíveis com os propósitos de crescimento do processo de integração. Em algumas situações, possuindo paridade com as leis ordinárias, os acordos regionais podem ser desaplicados ou revogados por qualquer lei específica ou posterior. Em outras palavras, o problema é que a falta de correspondência, ou

29 BAZÁN, Victor. *Ibíd.*, p. 651.

30 ESPIELL, Héctor Gros. “El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1991, p. 16; SOÑA, Ángel Landoni. “La solución de conflictos en el MERCOSUR”. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, vol 36, n° 54, 1994, p. 332.

melhor, a ausência de uma mínima harmonização entre as legislações nacionais pode causar uma perigosa situação de incerteza, uma vez que uma determinada norma MERCOSUL poderia vir a ser revogada em um Estado membro e se encontrar plenamente em vigor em um outro país.

No tocante à abertura constitucional aos fenômenos de integração regional, verifica-se que Argentina, Paraguai e Venezuela são dotados de dispositivos constitucionais que consentem uma maior recepção por parte dos seus sistemas jurídicos do direito emanado pelas organizações regionais, em particular do MERCOSUL. Entretanto, as primeiras duas Constituições expressamente adotam o princípio da reciprocidade, vale dizer, exclui qualquer adoção unilateral de medidas destinadas à incorporação automática das normas MERCOSUL e da sua posição hierárquica privilegiada se os outros Estados membros não procedem no mesmo sentido. Em outras palavras, estes países não utilizam tais mecanismos constitucionalmente previstos no caso em que não sejam vislumbradas reformas nas Constituições dos outros Estados, uma vez que tanto Brasil quanto Uruguai mantêm em vigor instrumentos constitucionais em dissonância com as necessidades de um verdadeiro direito da integração³¹, não prevendo nenhuma disposição concreta no sentido de favorecer o aprofundamento dos processos integracionistas dos quais participam.

Por fim, da análise dos formantes doutrinário, normativo e jurisprudencial dos países que compõem o MERCOSUL extrai-se que existe uma heterogeneidade de soluções que torna difícil o avanço do fenômeno de integração e dos propósitos enunciados pelos tratados constitutivos, talvez também em virtude da ausência de um *acquis* jurisprudencial capaz de uniformizar os preceitos jurídicos dos tribunais nacionais no tocante à aplicabilidade das normas do MERCOSUL e com relação a sua posição hierárquica no sistema das fontes. E tal situação não faz outro que corroborar a baixa taxa de incorporação das normas MERCOSUL pelos sistemas jurídicos dos Estados membros e, por consequência, a inobservância das regras destinadas a consolidar e fazer avançar este processo de integração latino americano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAZÁN, Victor. *La integración supranacional y el federalism en interacción: perspectivas y desafíos*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV. Montevideo, 2009, p. 639-687.

CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. 8ª ed. Napoli: Scientifica, 2010.

DRAETTA, Ugo. *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*. 3º ed. Milano: Giuffrè, 2010.

31 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Op. cit., p. 66.

ESPIELL, Héctor Gros. “El Tratato de Asunción: una aproximación a su problemática juridical”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1991.

FERRAND, Martín Risso. *Derecho Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

FONTOURA, Jorge. “Asimetrías Constitucionales en el MERCOSUR”. Em: GOMES, Eduardo Blacchi (Ed.). *A integração regional no direito internacional: o futuro do MERCOSUL e da União Europeia*. São Paulo: LEX, 2006, p. 104-105.

JIMENES, Martha Lucia Olivar. “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO, Maristela (Ed.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 84-85.

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. “Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol 52, nº 1, 2009.

MOURA, Aline Beltrame de. “Organizações Internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da União Europeia e a intergovernamentabilidade do MERCOSUL”. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Ed.). *Organizações internacionais e seus dilemas formas e informais*. Ijuí: ed. Unijuí, 2012, p. 268-281.

OLIVEIRA, María Fátima Pinho de. “Los tratados internacionales y sus posibles conflictos en el orden interno a luz de la constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”. *CONHISREMI: Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*. vol 7, nº 3, 2011.

SOSA, Ángel Landoni. “La solución de conflictos en el MERCOSUR”. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, vol 36, nº 54, 1994.

RESUMO BIOGRÁFICO

Aline Beltrame de Moura é Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano, Itália.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad double blind review, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. Esos datos **NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO**.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “*Times New Roman*”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcellos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/ PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A frequência da publicação é semestral.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade double blind review, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef, e está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoria B1 e REDIB.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual filiação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na

filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO**.

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.

2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas— Nomes. *Título do livro* —em *itálico*—. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcellos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados*

Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- **CAPÍTULO DE LIVRO**

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- **PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS**

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- **REVISTAS**

Título da revista– em cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

- **ARTIGOS DE REVISTA**

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – em cursiva* - ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- **ARTIGO DE PERIÓDICO**

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva-* (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Versión online finalizada
en agosto de 2018.

Versión impresa finalizada
en agosto de 2018.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUR/CMC/DEC N°37/03 y MERCOSUR/CMC/DEC. N° 15/15 que abrogó a las resoluciones MERCOSUR/GMC/RES N° 66/05 y MERCOSUR/GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros – art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUL/CMC/DEC N°37/03 e MERCOSUL/CMC/DEC N° 15/15 que derroga as resoluções MERCOSUL/GMC/RES N° 66/05 e MERCOSUL/GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelos Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR



www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

